



Schurende relaties tussen recht en religie

Door:

Prof. mr.	F.T. Oldenhuis
Prof. mr.	J.G. Brouwer
Mw. mr.	D.N.R. Wegerif
Mr.	F.E. Keijzer

Voorwoord

Evenals in de meeste andere West-Europese landen overheersen in Nederland religieuze tegenstellingen het multiculturele debat. Dit komt vooral doordat de islam naast het christendom de tweede religie geworden is in ons land. Religie heeft een belangrijke invloed op de identiteit van immigranten en autochtonen, en daarmee ook op hun wederzijdse beeldvorming en interactie. Religie is dus een factor om rekening mee te houden bij het integratiebeleid. Religieuze tegenstellingen betreffen vooral de *waargenomen* contrasten tussen standpunten van moslims enerzijds en opvattingen van christenen en niet-religieuzen anderzijds. Op dit moment beschikken we echter over weinig kennis over de vele vormen van de islam en hun invloed op integratie van moslims. Dat maakt het moeilijk om effectief beleid te definiëren gericht op de integratie van moslims in ons land. Onbekendheid maakt dat angst prevaleert, met een neiging tot onderdrukking van geloofsuitingen. Het valt te betwijfelen of dit de juiste weg is. De vraag is of het niet juist beter is om de positieve krachten binnen verschillende religies actief in te zetten ter bevordering van integratie, en beleid zo vorm te geven dat religieuze groepen zich opgenomen in plaats van onderdrukt of buitengesloten voelen.

Vanuit deze gedachte verricht het instituut voor Integratie en Sociale Weerbaarheid van de Rijksuniversiteit Groningen op dit moment onderzoek naar de invloed van religie op de integratie in verschillende domeinen van onze samenleving. Het onderzoek vindt plaats met een financiële ondersteuning vanuit het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het rapport “Schurende relaties tussen recht en religie” is het eerste rapport dat in het kader van dit onderzoek verschijnt. In dit rapport gaat het om de vraag hoeveel vrijheid de overheid via wetgeving en rechtspraak aan kerkgenootschappen kan en moet bieden. De opkomst van nieuwe religies – met name de islam – heeft de discussie over scheiding tussen kerk en staat opnieuw doen opblazen. Beslissingen over godsdienstvrijheid beïnvloeden percepties van tolerantie in de samenleving ten opzichte van religieuze groeperingen. Daarmee zijn zij van invloed op de integratie. Het is belangrijk om te weten *hoe precies* politieke beslissingen over de omvang van godsdienstvrijheid in onze pluriforme samenleving integratieproblematiek beïnvloeden.

Dit rapport geeft een beschrijving van de vrijheidsgraden die godsdiensten hebben in de Nederlandse samenleving en geeft aan op welke onderdelen er soms sprake is van een schurende verhouding tussen recht en religie. Daarnaast verschaft het rapport een weloverwogen overdenking van de consequenties voor de integratie van keuzes ten aanzien van het functioneren van religieuze groeperingen in de Nederlandse samenleving. Het rapport geeft geen pasklare oplossingen voor de keuzes waar de overheid in dat opzicht voor staat. Dat is ook niet het doel. Het biedt daarentegen meer dan voldoende stof voor een weloverwogen reflectie op die keuzes.

Groningen, 14 mei 2007

Prof. Dr. Karen van Oudenhoven-van der Zee

Directeur Instituut voor Integratie en Sociale Weerbaarheid

Inhoudsopgave

Inleiding	5
1 Scheiding tussen kerk en staat	8
1.1 Inleiding	8
1.2 Historie tussen kerk en staat in Nederland	9
1.3 Het huidige politieke debat	12
1.4 Huidige interpretaties van de scheiding tussen kerk en staat	13
1.5 Conclusie	18
2 De godsdienstvrijheid	19
2.1 Inleiding	19
2.2 Artikel 9 EVRM	19
2.3 Artikel 6 Grondwet	22
2.4 De godsdienstvrijheid bij het EHRM	25
2.4.1 Religion of belief	26
2.4.2 Vereniging op godsdienstige grondslag	29
2.5 De godsdienstvrijheid en Nederlandse rechter	29
2.6 Conclusie	33
3 Grondrechten in de pluriforme samenleving	35
3.1 Inleiding	35
3.2 Verbod van religieuze uitingen	36
3.2.1 Toetsingskader EHRM	36
3.2.2 Toetsingskader van de Nederlandse rechter en semi-rechterlijke instanties	43
3.2.3 De Nederlandse rechtspraak	45
3.2.4 De Commissie Gelijke Behandeling	46
3.2.5 Evaluatie hoofddoekverbod	51
3.3 Groetgedrag	52
3.3.1 De Commissie Gelijke Behandeling	54
3.3.2 Evaluatie groetgedrag	57
3.4 Onderscheid naar geslacht	57
3.5 Conclusie	61
4 Rechtspluralisme	63
4.1 Inleiding	63
4.2 Begripsvorming	64
4.2.1 Multiculturele samenleving	64
4.2.2 Rechtspluralisme	65
4.3 Recht op multiculturele grondslag	66
4.3.1 Grondrechten	67
4.3.2 Strafrecht	67
4.3.3 Personen- en familierecht	68
4.3.4 Vermogensrecht	72
4.3.5 Overige regelgeving	75
4.4 Autonomie van kerkgenootschappen	76
4.5 Conclusie	76

5	Autonomie kerkgenootschappen in Nederland	78
5.1	Inleiding	78
5.2	Kerkgenootschap	79
5.3	Statuut in strijd met de wet	82
5.4	Kerkgenootschap versus vereniging of stichting	85
5.5	Nieuwe ontwikkelingen	86
5.6	Conclusie	87
6	Autonomie in de praktijk	89
6.1	Inleiding	89
6.2	Rooms-Katholieke Kerk	90
6.2.1	Interne rechtsgang	92
6.2.2	Nederlandse rooms-katholieke procedures	92
6.2.3	Straffen	94
6.2.4	Rechtsbevoegdheid van de diocesane rechtbanken	94
6.2.5	Huwelijksrecht	96
6.2.6	Rooms- katholieke rechtspraak	97
6.2.7	Arbeidsrecht	97
6.2.8	Het vermogen van de RKK	99
6.2.9	Eigen structuur	100
6.2.10	Evaluatie RKK	100
6.3	Protestantse Kerk in Nederland	101
6.3.1	Interne rechtsgang	102
6.3.2	Tuchtrecht	103
6.3.3	Bezwaren en geschillen	104
6.3.4	Andere procedures	106
6.3.5	Processuele waarborgen	106
6.3.6	Evaluatie PKN	108
6.4	Overige kerkgenootschappen	108
6.4.1	Rechtspositie predikant in protestantse kerken	109
6.5	De burgerlijke rechter in kerkelijke aangelegenheden	112
6.5.1	Bevoegdheid rechter	112
6.5.2	Ontvankelijkheid eiser	113
6.5.3	Wat mag de rechter toetsen?	114
6.5.4	Hoe gaat de rechter om met uitspraken van interne beroepsinstanties?	114
6.5.5	Waaraan kan de burgerlijke rechter toetsen?	115
6.5.6	Kerkelijke aangelegenheid	117
6.6	Conclusie	117
7	Sharia	119
7.1	Inleiding	119
7.2	De bronnen van de klassieke sharia	120
7.2.1	Koran en soenna	120
7.2.2	Consensus van de rechtsgeleerden	121
7.2.3	Analogische redenering	121
7.2.4	Fiqh	121
7.2.5	Siyasa	122
7.3	Sharia in de huidige tijd	122

8	Moskeeorganisaties in Nederland	124
8.1	Inleiding	124
8.2	De verhouding tussen kerk en staat in de islam	125
8.3	Organisatiestructuur moskeeorganisaties	127
	8.3.1 Rechtspersoonlijkheid	127
	8.3.2 Rechtspersonen in het islamitische recht	128
	8.3.3 Vereniging of stichting	128
	8.3.4 Moskeeorganisatie als kerkgenootschap	130
	8.3.5 Lidmaatschap	131
	8.3.6 Besluitvorming	132
8.4	Interne geschilbeslechting	132
8.5	Religieuze aangelegenheid	135
	8.5.1 Inleiding	135
	8.5.2 Huwelijksrecht	136
	8.5.3 Zakelijke geschillen	136
	8.5.4 Tuchtrechtspraak	137
	8.5.5 Arbeidsrecht	138
8.6	Conclusie	138
9	Sharia en IPR	140
9.1	Inleiding	140
9.2	Internationaal privaatrecht	142
9.3	Openbare orde	145
9.4	Sharia	148
9.5	Verstoting	151
9.6	Casus	159
9.7	Afsluiting	169
10	Slotbeschouwing	170
11	Literatuur	175

Inleiding

De verhouding tussen kerk en staat is de afgelopen eeuwen bij herhaling voorwerp van discussie geweest. Dat is niet verwonderlijk voor een land dat zijn soevereiniteit mede dankt aan een door godsdienst geïnspireerde vrijheidsoorlog. De ontkerkelijking in de jaren zestig van de vorige eeuw en de hiermee gepaard gaande ontzuiling drukte het vraagstuk – naar nu blijkt – tijdelijk naar de achtergrond.

Sinds 1983 is de grondwettelijke basis van de verhouding tussen kerk en staat af te leiden uit het samenspel tussen art. 1 en art. 6 Grondwet (Gw). Nieuw is dat art. 6 Gw niet alleen de vrijheid van godsdienst, maar ook die van levensovertuiging garandeert.

Die betrekkelijke windstilte is van korte duur geweest. De opkomst van een voor Nederland nieuwe godsdienst – de Islam – zorgde voor een in alle hevigheid heropleven van een wat we dachten gedateerde problematiek: de verhouding tussen kerk en staat. Alle vanuit het verleden bekende vraagstukken vonden in hoog tempo hun weg naar de politieke agenda. Hoeveel vrijheid kan en moet de overheid kerkgenootschappen bieden? Kan de overheid ingrijpen in religieuze samenkomsten indien hierin een met de openbare orde strijdige boodschap wordt verkondigd? In hoeverre mag het door de overheid gegeven recht ruimte bieden voor het hanteren van de sharia in de verhouding tussen burgers onderling?

Het zijn allemaal fundamentele vragen waarop allesbehalve eenvoudig te antwoorden valt. Nieuw en complicerend is dat de vragen moeilijk beantwoord kunnen worden vanuit enkel een gedachtewisseling over de omvang van de vrijheid van godsdienst, want steeds zullen op de achtergrond de effecten van een voorgestelde politieke beleidswijziging op de integratieproblematiek een rol spelen.

Vooropgesteld zij dat het ten principale opnieuw overdenken van de verhouding tussen kerk en staat en het openstaan voor een herijking van onze staatsrechtelijke uitgangspunten niet onmiddellijk hoeft te leiden tot een rigoureuze herformulering van ingenomen standpunten. Wel tot bezinning!

Dit onderdeel van het onderzoek naar religieuze deugden vormt een aanzet tot die bezinning, met in het bijzonder aandacht voor de wijze waarop religieuze gemeenschappen binnen de Nederlandse samenleving functioneren.

Deel 1

Scheiding tussen kerk en staat is één van de staatsrechtelijke uitgangspunten in Nederland. Dit concept kent echter allerlei modaliteiten die zijn gelegen in het spectrum tussen strikte scheiding en pluralistische samenwerking. In het eerste hoofdstuk wordt in hoofdlijnen beschreven hoe de scheiding tussen kerk en staat in ons land historisch vorm gekregen heeft.

De pluriformiteit van een samenleving is één van de belangrijkste ijkpunten van een democratie. Dat blijkt steeds opnieuw in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de bescherming van de rechten van de mens. Niet is gezegd dat zij het beste kan worden bereikt via ons historische gegroeide compromis. Pluriformiteit kan even zeer gerealiseerd worden in een model van strikte scheiding. Frankrijk heeft zich bijvoorbeeld de laatste eeuw juist meer en meer in die richting ontwikkeld. Of Nederland die zelfde weg moet gaan, is een vraag die in hoofdstuk 1 aan de orde komt.

In hoofdstuk 2 en 3 analyseren wij waarom het effect van grondrechten, speciaal de vrijheid van godsdienst in ons land is dat religieuze deugden ook in de openbare

ruimte gemakkelijk in stand kunnen blijven, terwijl dat bijvoorbeeld in een land als Turkije niet het geval is.

In hoofdstuk 4 bestuderen we op welke wijze de pluriforme samenleving zoals gewaarborgd door de grondrechten zijn weerslag heeft gekregen in het Nederlandse rechtssysteem. Hoewel in Nederland geen verschillende rechtssystemen naast elkaar bestaan, is het mogelijk om in het individuele geval rekening te houden met cultureel bepaalde opvattingen. Ook is het in ruime mate mogelijk om binnen organisaties door middel van alternatieve geschilbeslechting eigen opvattingen een rol te laten spelen bij het oplossen van conflicten. Welke rechtsgebieden laten hiertoe de ruimte? De beschouwing over pluriformiteit in het recht is interessant voor dit onderzoek gelet op het feit dat hier te lande het middenveld ook in religieus opzicht zeer breed is ontwikkeld. De in de wet verankerde autonomie van kerkgenootschappen heeft ertoe geleid dat kerkgenootschappen hun eigen conflicten via interne rechtscolleges oplossen. Binnen de Nederlandse samenleving vindt deze vorm van beslechting erkenning. Het gelijkheidsbeginsel impliceert evenwel dat datgene wat binnen de Rooms-Katholieke Kerk of binnen de Protestantse Kerk in Nederland aan interne rechtspraak in de loop der jaren is ontwikkeld, ook – zij het in aangepaste vorm – zou kunnen fungeren binnen Marokkaanse of Turkse gemeenschappen. Niet ondenkbaar is dat op lange termijn hiervan een integratiebevorderend effect uitgaat. Inzicht in interne rechtspleging binnen de traditionele kerkgenootschappen maakt in elk geval de acceptatie van parallelle ontwikkelingen binnen niet-westerse religieuze gemeenschappen sneller mogelijk. Het is mede vanuit die optiek dat het eerste deel afsluit met een beschouwing over rechtspluralisme en pluriformiteit in het recht.

Deel 2

Het laatste hoofdstuk van deel 1 vormt tevens een opstapje voor het tweede deel. Daarin staat de autonomie van de kerkgenootschappen centraal. In de hoofdstukken 5 en 6 vindt een uiteenzetting plaats van de wijze waarop kerkgenootschappen invulling aan de autonome positie hebben gegeven. Bij die inventarisatie is opnieuw in het bijzonder aandacht voor het spanningsveld tussen recht en religie. Hoe breed is de autonomie? Welke aangelegenheden komen er aan de orde? Het tweede deel sluit af met een *tour d'horizon* van de islamitische gemeenschappen, in het bijzonder hoe zij aan die autonomie in Nederland vorm hebben gegeven. Hoe sluiten de islamitische geloofsgemeenschappen aan bij de verhouding tussen kerk en staat en de pluriforme samenleving? De Nederlandse verhouding is vreemd aan de islamitische geloofsgemeenschappen, omdat het merendeel van de moslims in tweede of in derde generatie afkomstig is uit landen waar de islam een staatsgodsdienst is of waar op zijn minst de islam de godsdienst is met de meeste aanhang.¹

Bij de inventarisatie speelt op de achtergrond het uitgangspunt van de scheiding tussen kerk en staat steeds mee. Scheiding tussen kerk en staat betekent immers dat de verschillende religies behandeld moeten worden zonder dat er ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt wordt. Dat betekent ook dat het corrigeren van niet te tolereren gedrag op gelijke voet plaatsvindt. In die zin staan uitlatingen van predikant en imam op een en dezelfde lijn en wordt het gedrag aan dezelfde normen getoetst: artikel 2:2 en artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Strafrecht. In die hoofdstukken blijkt ook duidelijk dat scheiding van kerk en staat niet betekent dat er een

¹ Coppens 2003, p. 511.

waterscheiding tussen beide bestaat. Uiteindelijk heeft de wereldlijke rechter het laatste woord.

Rechtsstatelijk is de mogelijkheid van ingrijpen door zowel de strafrechter als de burgerlijke rechter van grote betekenis. Bij de beschrijving van de autonomie van de traditionele kerkgenootschappen staat centraal hoe de kerkgenootschappen die autonomie hebben vormgegeven en welke zaken als kerkelijke aangelegenheden beschouwd worden. Van daaruit wordt de religievergelijking gemaakt. De aangelegenheden die kerkelijke rechters beslechten, zouden moskeeorganisatie ook zelf tot een oplossing mogen brengen, zij het dat de uitspraak in beide gevallen geen publiekrechtelijke werking zal hebben. De wereldlijke rechter respecteert echter in vergaande mate de interne rechtspraak. De rechter toetst de uitkomsten van de kerkelijke procedure slechts marginaal. Er kan dus gesproken worden van een rechtsstelsel op religieuze grondslag, zij het dat het rechtsstelsel niet naast de staat functioneert, maar binnen de statelijke rechtsorde.

Deel 3

Deel 2 van het onderzoek richt zich op het interne functioneren van geloofsgemeenschappen. In het laatste deel valt opnieuw de aandacht op het publieke domein. Opnieuw wordt onderzocht op welke wijze religieuze deugden zich handhaven. Nu niet vanuit de invalshoek van de grondrechten, maar vanuit het internationaal privaatrecht. Het internationaal privaatrecht is er op gericht om in rechtsverhoudingen waarbij meerdere rechtsstelsels betrokken zijn, het meest verwante rechtsstelsel toe te passen op de rechtsverhouding. Het doel hiervan is het voorkomen van hinkende rechtsverhoudingen en de bevordering van de rechtszekerheid. In sommige nationale rechtsstelsels, zoals in Marokko, zijn elementen van de sharia opgenomen. Als men via de verwijzingsregels van het internationaal privaatrecht uitkomt bij de personen- en familiewetgeving van Marokko, dringt de sharia in feite in de Nederlandse rechtsorde door. Dat het op dit terrein nogal kan bliksemen onder de regenboog van scheiding van kerk en staat, moge duidelijk zijn.

Werkwijze

De vragen zoals die in de inleiding zijn opgeworpen, zullen worden onderzocht door middel van literatuuronderzoek en waar mogelijk worden ondersteund door jurisprudentieonderzoek. Voor de hoofdstukken over de autonomie van kerkgenootschappen en moskeeorganisaties zijn gesprekken gevoerd met kerkrechtgeleerden, met juristen die werkzaam zijn bij islamitische organisaties en met bestuursleden van islamitische organisaties. Gezien het tijdsbestek is het niet mogelijk om een inventarisatie per stroming binnen de islam in Nederland te maken. De keuze voor bepaalde personen kleurt vanzelfsprekend de visie. Vraaggesprekken worden gevoerd met personen die gezien hun werkterrein kennis hebben van de organisatiestructuur van moskeeorganisaties in Nederland. Verondersteld wordt dat genoemde personen de organisatiestructuur van moskeeorganisaties in Nederland kunnen overzien en zo een bijdrage kunnen leveren aan de beantwoording van de door ons opgeworpen vragen. In hoofdstuk 8 volgt een verkenning van de verhouding van moskeeorganisaties tot de autonomie van kerkgenootschappen. Het onderzoek wordt afgesloten met eindconclusies.

1 Scheiding tussen kerk en staat in Nederland

1.1 Inleiding

Scheiding tussen kerk en staat is één van de staatsrechtelijke beginselen in Nederland. Dit beginsel kan echter allerlei hoedanigheden aannemen. Dat blijkt uit de onderling sterk van elkaar verschillende invullingen van dit beginsel in de landen van Europa. Er zijn ruwweg drie modellen aan te wijzen voor de verhouding tussen kerk en staat: de gevestigde kerk, de strikte scheiding van kerk en staat en de pluralistische samenwerking.² Deze drie modaliteiten zijn alle vertegenwoordigd in de landen van Europa.³

Onder de eerste categorie, die van de gevestigde kerk, vallen landen met een staatskerk. Een of meer godsdiensten hebben in dit model de status van bevoorrechte godsdienst en de leerstellingen ervan worden gezien als de normatieve grondslag van de maatschappij. Dat is bijvoorbeeld het geval in het Verenigd Koninkrijk, Denemarken en Noorwegen⁴. Van een bevoorrechte positie van de Rooms- Katholieke kerk kunnen we bijvoorbeeld spreken in landen als Ierland, Polen, Italië en Spanje.

Onder de tweede categorie, die van een strikte scheiding van kerk en staat, vallen landen als Turkije en Frankrijk. Dat laatste land heeft een geleidelijke ontwikkeling doorgemaakt waarin de scheiding van kerk en staat steeds strikter is doorgevoerd. In 1881 werd de overheidsfinanciering van de bijzondere scholen afgeschaft. In 1905 kreeg deze stap een vervolg en werd in artikel 1 van de Franse Grondwet vastgelegd: “La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l’égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d’origine, de race ou de la religion. Elle respecte toutes les croyances.” Het verplicht de Franse staat een godsdienstneutrale houding aan te nemen en het strikt buiten het publieke domein houden van godsdienst. Het voorlopige einde van deze ontwikkeling vond plaats in 2003 toen bij wet een verbod is ingevoerd op het dragen van religieuze tekens in overheidsgebouwen.

Onder de derde categorie, die van de pluralistische samenwerking, vallen landen als Nederland en België. Zij kennen uiteenlopende religieuze gemeenschappen en de overheid stelt zich neutraal op ten aanzien van die verschillende religies.⁵ De pluralistische samenwerking tussen kerk en staat onderscheidt zich van de strikte scheiding onder andere doordat religie in het publieke domein wel merkbaar is en overheidsfinanciering niet is uitgesloten. Zo ontvangen de bedienaren van de eredienst bij onze zuiderburen ondanks dat kerk en staat gescheiden zijn een staatstrakement. Overheidsfinanciering heeft dan ook geen overheidsbemoeienis tot gevolg.⁶ De neutraliteit van de overheid is gelegen in de omstandigheid dat de overheid de verschillende religies gelijk behandelt.

Het historisch gegroeide beginsel van scheiding tussen kerk en staat in ons land ligt in de huidige Nederlandse samenleving onder vuur. De komst van andere godsdiensten – met name die van de Islam – en de als gevolg hiervan nieuw ingetreden

² Vermeulen & Kanne 2004, p. 70-71.

³ Het EHRM geeft de ruimte aan deze verschillende invullingen van het beginsel. Zie hoofdstuk 2.

⁴ In Noorwegen vindt thans een grondwetswijziging plaats.

⁵ Dölle 2002, p. 685.

⁶ Overbeeke 2006, p. 55-63.

verzuiling roept de vraag op of het nog wel om een werkbaar beginsel gaat. Sommigen menen van niet en pleiten voor invulling van scheiding van kerk en staat naar Frans voorbeeld, waarin de neutraliteit van de overheid eist dat religie geen enkele rol speelt in het publieke domein. Anderen staan nog steeds achter de Nederlandse benadering zoals die historisch vorm heeft gekregen.

Om enig inzicht te krijgen in hoe die scheiding tussen kerk en staat in ons land eruit ziet, wordt eerst een korte historische schets gegeven. Vervolgens zullen we proberen aan te geven of deze modaliteit in de nieuwe constellatie van onze samenleving nog steeds het ideaaltypische model is of dat wij gedwongen zijn het Franse voorbeeld te volgen.

1.2 Historie kerk en staat in Nederland

Een aantal belangrijke historische gebeurtenissen en perioden heeft bijgedragen aan de vormgeving van de scheiding tussen kerk en staat. Allereerst de Investituurstrijd tussen paus en keizer van 1073-1122. Vanzelfsprekend geldt dit ook voor de reformatie ten tijde waarvan de eigen karakters van het wereldlijke en geestelijke bestuur benadrukt worden. Voorts hebben de godsdienstoorlogen in de zestiende en zeventiende eeuw bijgedragen aan het uitgangspunt van scheiding van kerk en staat. De godsdienstvrijheid in de Unie van Utrecht kan worden gegarandeerd als gevolg van de scheiding van kerk en staat. In die tijd is ook het beginsel van de geestelijke vrijheid ontwikkeld, in die zin dat de greep van de overheid zich niet uitstrekt tot het geestelijke domein.⁷

Ten tijde van de Republiek der Verenigde Nederlanden (1579-1795) neemt Nederland op het gebied van staat en religie al een bijzondere plaats in ten opzichte van de haar omringende Europese landen. De meeste Europese landen kennen in die tijd een staatskerk en zijn weinig tolerant ten opzichte van andere religies. De Republiek der Verenigde Nederlanden kent geen staatskerk, hoewel de Gereformeerde kerk (later: Hervormde kerk) wel een geprivilegieerde positie heeft. Bijzonder is dat artikel 13 van het verdrag van de Unie van Utrecht indertijd al bepaalt dat “een yder particulier in sijn Religie vrij sal mogen blijven”.⁸ In de Republiek der Verenigde Nederlanden geldt derhalve al een vorm van godsdienstvrijheid, die de (deel)staten verder mogen vormgeven. De geprivilegieerde positie van de gereformeerde kerk houdt in dat zij de publieke kerk is, de kerkgebouwen in Nederland tot haar beschikking heeft en financiële steun van de overheid ontvangt. De keerzijde hiervan is dat de overheid veel toezicht op deze kerk uitoefent en zich in theologische twisten binnen de gereformeerde kerk mengt, om de rust in het maatschappelijke leven te bewaren. In die zin is er dus zeer veel inmenging van de staat in de aangelegenheden van de kerk.

De aanhangers van andere religies in de Republiek der Verenigde Nederlanden hebben een zwakke positie in verhouding tot de gereformeerden. Zij mogen hun religie enkel in privé-sfeer belijden. Daartoe worden erediensten in schuilkelders georganiseerd die, veelal in ruil voor een vergoeding, door de overheid worden gedoogd. Ten opzichte van de omringende Europese landen, waar andere religies dan de staatskerk veelal niet worden toegestaan, hebben de religieuze minderheden in de Republiek echter een sterke positie, de verschillende godsdiensten worden immers gedoogd.⁹

⁷ Vermeulen & Kanne 2004, p. 69-70.

⁸ Artikel 13 van de Unie van Utrecht is opgenomen in Hasselt 1979.

⁹ De Bruijn 2004, p. 49-53.

De Verlichting en de grote revoluties in Frankrijk en Amerika hebben de scheiding tussen kerk en staat verder vormgegeven.^{10 11} Met de Bataafse revolutie in 1795 komt er een einde aan de Republiek der Verenigde Nederlanden en ontstaat er een eenheidsstaat onder leiding van Frankrijk. In deze eenheidsstaat wordt in november 1796 door de Nationale Vergadering van de Bataafse Republiek een einde gemaakt aan de bevoorrechte positie van de Gereformeerde kerk en wordt de scheiding tussen kerk en staat gelegitimeerd.¹² Deze scheiding betekent indertijd dat alle kerkgenootschappen gelijk behandeld worden en dat alle onderdanen godsdienstvrijheid genieten. Deze vaststelling heeft tot gevolg dat de godsdiensten nu religieus en politiek gelijk zijn. “Het kerkelijk pluralisme dat onder de oude Republiek slechts was gedoogd, werd nu gelegaliseerd.”¹³ Door de scheiding van kerk en staat verdwijnt de religie niet naar de achtergrond. Ten tijde van de Bataafse Republiek wordt de rol van religie van groot belang geacht voor de maatschappij en de politiek; de nadruk wordt gelegd op de gemeenschappelijke christelijke identiteit.

In het Koninkrijk der Nederlanden dat in 1813 vorm krijgt, komen de godsdienstvrijheid en de scheiding tussen kerk en staat zoals die sinds 1796 gelden, ook tot uitdrukking in de grondwetten van 1814 en 1815.¹⁴ Onder Willem I krijgen de kerken financiële steun van de overheid, met als keerzijde dat de overheid toezicht uitoefent op de kerkgenootschappen en zich met de interne aangelegenheden van de kerken bemoeit. De overheid legt in 1816 een algemeen reglement op aan de Hervormde kerk. De twee Israëlitische kerkgenootschappen en het Evangelisch-Lutherse kerkgenootschap ontvangen bestuursreglementen, respectievelijk in 1814 en in 1818¹⁵. Hieruit blijkt dat de scheiding niet consequent is doorgevoerd. Dit is met name duidelijk bij het conflict in de Hervormde kerk dat leidt tot de afscheiding van 1834. De koning mengt zich hierin door de afgescheidenen te vervolgen.¹⁶ Pas vanaf 1840 wordt het toezicht van Willem I op de kerk minder stringent.¹⁷

In de Grondwet van 1848 zoals ontworpen door Thorbecke worden de scheiding van kerk en staat en de godsdienstvrijheid opnieuw opgenomen.¹⁸ De toezichtbepalingen, zoals het recht van placet, worden nu uit de Grondwet gehaald. In 1853 komt het kabinet Thorbecke ten val door de anti-papistische ophef die ontstaat als de Rooms-Katholieke Kerk Nederland als kerkprovincie herstelt en vier bisdommen en een aartsbisdom in Nederland vestigt. Nog in datzelfde jaar brengt een nieuw kabinet onder leiding van Van Hall de Wet op de kerkgenootschappen tot stand die de rust moet doen wederkeren.¹⁹ In deze wet wordt de vrijheid van kerkgenootschappen opnieuw

¹⁰ Dölle 2002, p. 685.

¹¹ De verschillende opvattingen over de betekenis van de scheiding tussen kerk en staat worden mede historisch onderbouwd. Betogen gericht op religie als privé-aangelegenheid worden onderbouwd met argumenten uit de verlichting. Anderen betogen dat voornamelijk de reformatie en het christendom hebben bijgedragen aan de vorming van het beginsel. Voor deze discussie zie: M. ten Hooven&T. de Wit, *Ongewenste goden. De publieke rol van religie in Nederland*, Amsterdam: Sun 2006.

¹² Dölle.2002, p. 684-693. Zie ook Labuschagne & Ten Napel 2001, p.147-159.

¹³ De Bruijn 2004, p. 54.

¹⁴De tekst van de grondwetten is opgenomen in: Hasselt 1979.

¹⁵ Opvallend is dat de remonstrantse en doopsgezinde broederschappen géén reglement ontvingen.

¹⁶ Vgl. Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 366-367 & 373.

¹⁷ De Bruijn 2004, p. 53-58.

¹⁸De tekst van de grondwetten is opgenomen in: Hasselt 1979.

¹⁹ Wet van 10 september 1853, *Stb.* 1853, 102.

bevestigd.²⁰ Er zijn wel enkele beperkingen, waaronder een gedeeltelijk processieverbod.

De politieke leiders streven in de periode erna naar eenheid waarbij de christelijke boodschap als richtsnoer dient. Hierbij is vooral een taak weggelegd voor het openbaar onderwijs dat van staatswege geregeld en ingericht, dient op te leiden tot christelijke en maatschappelijke deugden.²¹ Deze zienswijze stuit op verzet vanuit verschillende kerkgenootschappen in Nederland. De orthodoxe protestanten en later ook de katholieken pleiten voor bijzondere scholen waarin specifiek godsdienstonderwijs wordt gegeven. De schoolstrijd die hieruit is ontstaan heeft aanvankelijk primair een godsdienstige en kerkelijke achtergrond. Wanneer de roep om bijzonder onderwijs geen gehoor vindt bij de gevestigde politiek, krijgt zij tevens een politiek karakter. Er ontstaat een grote politieke beweging die uitmondt in partijvorming op confessionele grondslag. Het is echter pas in de Grondwet van 1917 dat de financiële gelijkstelling van algemeen en bijzonder onderwijs wordt vastgelegd.²²

De confessionele partijvorming brengt verzuiling op politiek en maatschappelijk terrein met zich mee. Dit proces zal tot in de jaren zestig van de twintigste eeuw voortduren. De pluraliteit van de Nederlandse samenleving is zo niet enkel gelegaliseerd, maar tevens geïnstitutionaliseerd. De kerken oefenen indirect veel macht uit op de politiek, doordat sterk georganiseerde kerkgenootschappen hun leden adviseren op bepaalde geestesverwante partijen te stemmen. De politiek houdt rekening met de wensen van de kerkgenootschappen, zoals onder meer handhaving van de zondagsrust. De kerk speelt in het begin van de twintigste eeuw tevens in algemene zin nog een grote rol, doordat de Nederlandse samenleving sterk geënt is op de christelijke moraal.

In de jaren zestig start een proces van ontzuiling in de Nederlandse samenleving. Dit proces gevoegd bij de ontkerkelijking heeft tot gevolg dat de publieke rol van kerkgenootschappen afneemt. De teruggang van het ledenaantal van kerkgenootschappen heeft als consequentie dat de invloed van kerkgenootschappen afneemt. Op politiek terrein hebben de confessionele partijen al snel geen meerderheid meer.

De afnemende betekenis van kerkgenootschappen in het publieke leven komt tot uitdrukking in de Grondwet van 1983.²³ Hierin wordt voor het eerst geen hoofdstuk, maar nog slechts één artikel aan de godsdienst gewijd. Daarin wordt onder andere de godsdienstige overtuiging gelijkgesteld aan de levensovertuiging. Overigens speelt ook art. 1 Gw een belangrijke rol als het gaat om de bescherming van de vrijheid van godsdienst²⁴. 1983 is tevens het jaar waarin de 'zilveren koorden' met de kerkgenootschappen verbroken worden. De financiële banden met de kerkgenootschappen worden grotendeels beëindigd.²⁵

²⁰ De Bruijn 2004, p. 53-58. Zie ook Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 146-147 en 374. Zie ook Santing-Wubs 2002, p. 6-11.

²¹ De Bruijn 2004, p. 60.

²² De Bruijn 2004, p. 58-62.

²³ Wetswijziging van 17 februari 1983, Stb. 1983, 70.

²⁴ Men zie bijvoorbeeld de bespreking van de uitspraken van de Commissie Gelijke Behandeling. De Algemene wet gelijke behandeling is een uitwerking van art. 1 Gw.

²⁵ De geestelijke verzorging in de krijgsmacht, het gevangeniswezen, ziekenhuizen en bejaardenoorden. Ten aanzien van het onderhoud van monumentale kerkgebouwen worden nog overheidssubsidies afgegeven. Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 376. Zie ook Commissie Hirsch Ballin, *Overheid, godsdienst en levensovertuiging. Eindrapport van de Commissie van advies inzake de criteria voor*

In combinatie met de opkomst van nieuwe godsdiensten zoals de islam, leidt dit proces ertoe dat het waardensysteem in Nederland niet meer homogeen is en het pluralisme meer verscheidenheid vertoont dan ooit tevoren. Van een homogene publieke moraal kan niet langer gesproken worden.²⁶ Er breekt een nieuwe fase aan in het traditioneel verdedigde uitgangspunt van scheiding tussen kerk en staat in Nederland. Er dient gezocht te worden naar de wijze waarop aan die verhouding in een gesecculariseerde samenleving waarin het religieuze deel van de bevolking sterk heterogeen van aard is een nieuwe invulling kan worden gegeven.

1.3 Het huidige politieke debat

Ten tijde van de ontkerkelijking en het eind van de verzuiling leek het debat over de scheiding tussen kerk en staat zijn relevantie verloren te hebben en leidde het een relatief rustig bestaan. Hoe anders is dat in het huidige tijdsgewricht waarin de rol van religie in het publieke leven weer een dominant aandeel in het politieke debat heeft. Discussies worden gevoerd over de positie van het bijzonder onderwijs en over uitingen van godsdienst op specifieke overheidsterreinen, zoals de rechterlijke macht, de politie en de ambtenaar van de burgerlijke stand. Hierbij komen vragen aan de orde zoals: mag een griffier van de rechtbank een hoofddoek als religieus symbool dragen? Mag een protestantse school een lerares van een ander geloof weigeren? Mag een openbare school maatregelen treffen tegen een islamitische lerares die weigert mannen een hand te geven?²⁷ Kan een openbare school een lerares die publiekelijk uiting geeft aan haar geloof, weigeren?²⁸

Er is een aantal redenen waarom de scheiding tussen kerk en staat weer een actueel onderwerp van debat is. Allereerst heeft deze opleving van de discussie te maken met het feit dat Nederland sinds de laatste jaren een samenleving is met een seculier karakter, doordat het aantal gelovigen in Nederland is gedaald terwijl Nederland eeuwenlang een natie is geweest met een gedeelde christelijke moraal. Naast dit proces van ontkerkelijking heeft de komst van naar Nederlandse begrippen nieuwe godsdiensten zoals de islam, ervoor gezorgd dat de verhouding tussen kerk en staat opnieuw doordenking verdient.²⁹ Enerzijds doordat er in islamitische stromingen andere visies bestaan op de verhouding tussen kerk en staat en anderzijds doordat een deel van

steunverlening aan kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag, 's-Gravenhage: Ministerie van Binnenlandse Zaken 1988.

²⁶ De Bruijn 2004, p. 63-67. Voor deze paragraaf is het artikel van De Bruijn uit 2004 als uitgangspunt genomen. Zie echter ook Dölle 2002, p. 684-693 en Elzinga, de Lange & Hoogers 2006, p. 365-385 en Vermeulen 2000, p. 93-109 en Sap 2004, p. 93-104.

²⁷ Deze vraag is onlangs door de Commissie Gelijke Behandeling ontkennend beantwoord. Oordeel 2006-221. Dit oordeel heeft veel stof doen opwaaien. Zo heeft minister Verdonk van Vreemdelingenzaken en Integratie naar aanleiding van deze uitspraak geopperd om de CGB op te heffen. Zie bijvoorbeeld: Redactie politiek, 'Verdonk wil af van Commissie gelijke behandeling', *Trouw* 9 november 2006, p. 1. Zie hoofdstuk 3.

²⁸ Er speelt tevens een discussie met betrekking tot de vraag in hoeverre religie bij kan dragen aan het vormgeven van normen en waarden in de samenleving en in hoeverre het de samenleving kan 'binden'. Dit debat wordt hier verder buiten beschouwing gelaten. Zie bv.: Ten Hooven & De Wit (red.), en Labuschagne 2004 en Van de Donk, Jonkers, Kronjee & Plum 2006.

²⁹ De helft van de Nederlandse bevolking is christelijk, hiervan vormen de Rooms-katholieken de grootste groep. In Nederland is het christendom dus nog steeds de godsdienst met de meeste aanhang. De islam, een religie die van oudsher niet bestaat in Nederland, is inmiddels de tweede godsdienst. Iets meer dan vijf procent van de Nederlandse bevolking is moslim. <www.cpb.nl>

de moslims zich in de publieke ruimte wil manifesteren als gelovige, door het dragen van religieuze symbolen, zoals de hoofddoek.³⁰

Dölle noemt tevens twee andere factoren die eraan hebben bijgedragen dat de scheiding tussen kerk en staat weer een actueel debat is: het steeds radicaler opgevatte juridische gelijkheidsbeginsel³¹ en het ongemakkelijke gevoel dat mensen uit bepaalde kringen van de bevolking bekruipt wanneer men kennis neemt van sommige godsdienstig bepaalde opvattingen ten aanzien van bijvoorbeeld de discussies rond abortus, het homohuwelijk en euthanasie. Deze tweede factor is niet zozeer gelegen in het ongemakkelijke gevoel dat religie op kan roepen, maar in het feit dat de religieuze opvatting een minderheidsopvatting is geworden.³² Door de hierboven beschreven factoren staat de scheiding tussen kerk en staat weer volop op de politieke agenda en wordt het maatschappelijke debat er door gevoed.³³

1.4 Huidige interpretaties van de scheiding tussen kerk en staat

Een eenduidige invulling van de scheiding tussen kerk en staat is momenteel in de literatuur niet te ontdekken³⁴. De scheiding tussen kerk en staat wordt door vrijwel een ieder onderschreven, maar er bestaat veel discussie over de vraag wat scheiding betekent. In de verkiezingsstrijd van 2006 is de rol van religie in het publieke domein regelmatig in debatten aan de orde geweest.³⁵ De discussie over de scheiding tussen kerk en staat is nauw verbonden met de discussie over Nederland als multiculturele samenleving en het integratiebeleid van de Nederlandse staat.³⁶

De grootste tegenstelling openbaart zich tussen de aanhangers van de *laïcité* en zij die een Nederlandse invulling voorstaan van de scheiding tussen kerk en staat zoals die historisch is vormgegeven.³⁷ Ten Hooven illustreert deze tegenstelling met het verschil tussen de toespraken van de Franse president Chirac en de Amsterdamse burgemeester Cohen.³⁸ Beiden doen een beroep op de scheiding tussen kerk en staat, maar verbinden daar totaal verschillende conclusies aan. De Franse president is voorstander van de scheiding van kerk en staat met als invulling de *laïcité* en op grond

³⁰ Dölle 2002, p. 686. Zie ook De Bruijn 2004, p. 67 en Samkalden 2004, p. 583-584. Zie ook Labuschagne & Ten Napel 2001, p. 147-159.

³¹ Bijvoorbeeld de discussie over artikel 147 van het Wetboek van Strafrecht (smalende godslastering) waarin het kamerlid Van der Laan (D66) pleit voor afschaffing van dit artikel, omdat zij van mening is dat gelovigen met handhaving van dit artikel meer rechten en plichten hebben dan atheïsten of agnosten. *Handelingen II* 2004/05, 23, p. 1335-1342.

³² Dölle 2002, p. 686.

³³ Vgl. de Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 614, nr. 2.

³⁴ Daarentegen heeft het kabinet een helder standpunt ingenomen; men zie de Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving.

³⁵ Een kleine greep: Eén NL en de Partij voor NL willen de scheiding tussen kerk en staat in de Grondwet vastleggen. Groep Wilders is tegen het dragen van een hoofddoek in het openbaar.

³⁶ De discussie over de multiculturele samenleving, waaraan Paul Scheffer, Ayaan Hirsi Ali, Roger van Boxtel, Job Cohen en anderen deelnemen, wordt hier niet afzonderlijk besproken, omdat dit het bestek van dit onderzoek te buiten zou gaan. Zie bv. Cliteur & Van den Eeckhoudt 2001 en Rutgers & Molier 2004.

³⁷ Loenen plaatst tegenover de *laïcité* een vorm van sterk religieus pluralisme, waarin maximale ruimte wordt gegeven aan het uiten van religie in de openbare sfeer en waarin een ieder vrij is om naar de eigen godsdienstige normen te leven. Eigenlijk komt deze sterke vorm van religieus pluralisme niet voor in Europa. De Nederlandse kerk/staat verhouding zit hier volgens Loenen tussenin, maar sluit toch meer aan bij het sterke religieuze pluralisme. Loenen (Geloof in geding) 2006, p. 11-16.

³⁸ Ten Hooven 2006, p. 13-37.

daarvan is hij tegen religieuze uitingen op scholen, omdat de school een ‘republikeins heiligdom’ is.³⁹ De burgemeester van Amsterdam is ook voorstander van de scheiding tussen kerk en staat, maar tegen de *laïcité* als leidinggevend beginsel. Een staat handelt zijns inziens juist partijdig indien de staat zijn macht aanwendt om religie tot het privé-domein terug te dringen. In zijn ogen behoort een staat neutraal te zijn door een publieke ruimte te waarborgen waarin gelovigen én ongelovigen zich kunnen uiten zoals zij dat zelf willen.⁴⁰

Historische Nederlandse invulling

De historische opvatting over de verhouding tussen kerk en staat zoals die in Nederland is ontwikkeld heeft ook nu nog vele aanhangers.⁴¹ Pluriformiteit wordt hierin gezien als een van de wezenskenmerken van de staat. De overheid dient de verscheidenheid te accepteren. De grondrechten gelden immers ook voor mensen die in hun opvattingen, cultuur en religie afwijken van hetgeen gangbaar is in ons land. De staat dient iedere godsdienst en levensbeschouwing gelijk te behandelen, zoals volgt uit art. 1 Gw en de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb).⁴² De grenzen van de pluriformiteit worden bepaald door ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.⁴³

In de beschrijving van de historische ontwikkeling van de scheiding tussen kerk en staat komt naar voren dat de scheiding mede is ontstaan om de vrijheid van godsdienst te kunnen garanderen. In Nederland gaat dit terug op de Unie van Utrecht in 1579, waarin de persoonlijke gewetensvrijheid al gold. In zijn opstel in de bundel ‘Ongewenste goden’ betoogt Wöltgens dat deze historie te vaak terzijde geschoven wordt. Men redeneert te veel vanuit de staat, waarin de gelovigen blij moeten zijn met de ruimte die de staat hen biedt, terwijl zijns inziens de staat juist wordt gelegitimeerd door de godsdienstvrijheid en de andere grondrechten. Deze waarborgen dat een ieder vrij is om vanuit eigen waarden aan de democratie deel te nemen.⁴⁴ In deze opvatting legt men de nadruk op het beginsel van de geestelijke vrijheid zoals die is ontstaan ten tijde van de reformatie en waarin de taak van de overheid zich niet uitstrekt tot het geestelijke domein.⁴⁵

Het overheidsbeleid gaat uit van de historische invulling van het beginsel van scheiding tussen kerk. Directe overheidsfinanciering van levensbeschouwelijke of godsdienstige activiteiten wordt in deze visie ontoelaatbaar geacht, maar indirecte overheidsfinanciering zoals het geven van subsidies voor maatschappelijke activiteiten die een kerkgenootschap ontplooit, wordt toelaatbaar geacht.⁴⁶ De overheid financiert nog steeds het bijzonder onderwijs op gelijke wijze als het openbare onderwijs.

De overheid heeft als het gaat om de scheiding tussen kerk en staat een rechtsvormdende taak. In de nota ‘Grondrechten in een pluriforme samenleving’

³⁹ J. Chirac, Over de scheiding van kerk en staat, Rede uitgesproken op 17 december 2003, op het Elysee, <www.elysee.fr>.

⁴⁰ J. Cohen, *Willem van Oranje lezing. Scheiding van kerk en staat in de 21ste eeuw*, 1 juni 2004, <www.amsterdam.nl/cohen/toespraken>.

⁴¹ Vb. Snel 2004, p. 155-161. Vgl. M.J. Cohen, *Toespraak nieuwjaarsreceptie*, Amsterdam 2002.

⁴² Wallage 2004, p.69-81.

⁴³ Oldenhuis 2006. De betekenis van het woord ‘wet’ in de artikel 6 Gw en artikel 2:2 BW zal in de hoofdstukken 2 en 3 aan de orde komen.

⁴⁴ Wöltgens 2006, p. 231-233. Zie ook: Oldenhuis 2006.

⁴⁵ De Blois in zijn noot onder Rechtbank ’s-Gravenhage 7 september 2005, *NJCM-bulletin* 2005, p. 1091-1123 (De SGP en de uitsluiting van vrouwen, m.nt. M. de Blois en T. Loenen).

⁴⁶ Vermeulen 2000, p. 104-106. Vgl. noot 21.

onderschrijft de regering de historische invulling van het beginsel van scheiding tussen kerk en staat en geeft de betekenis ervan aan.⁴⁷

De *laïcité* als ideaal

Vrijwel een ieder is voor de scheiding tussen kerk en staat en een neutrale overheid, maar de meningen lopen uiteen over wat die neutraliteit inhoudt.⁴⁸ Wanneer is een overheid neutraal? Hiervoor maakten we kennis met de opvatting van een historisch ingevulde verhouding tussen kerk en staat in Nederland.

Er zijn echter in Nederland ook pleitbezorgers van de opvatting dat er met die invulling gebroken zou moeten worden. De scheiding tussen kerk en staat zou strikt neutraal vorm moeten worden gegeven, in die zin dat religie geen rol dient te spelen in het publieke domein.⁴⁹ Deze opvatting wordt wel aangeduid met de term ‘verlichtingsdenken’ omdat hierin betoogd wordt dat de verlichting de scheiding tussen kerk en staat beslissend heeft vormgegeven in die zin dat religie een privé-aangelegenheid is en in het publieke domein slechts de rede een rol speelt.⁵⁰ Men kijkt dan veelal naar de *laïcité* als ideaal.

Tegenstanders van hen die de *laïcité* als leidinggevend beginsel nemen voeren als tegenargumenten aan dat in die opvatting voorbijgegaan wordt aan de specifieke wijze waarop de scheiding tussen kerk en staat zowel in Nederland als in Frankrijk is vormgegeven. De ontwikkeling van het beginsel in Nederland is terug te voeren op de Unie van Utrecht waarin de vrijheid van geweten is ontstaan. Die traditie is in Nederland voortgezet en heeft geresulteerd in een pluriforme samenleving die politiek en onderwijs op verschillende grondslagen kent.⁵¹ Bovendien heeft religie door de verzuiling een plaats in de politiek gekregen middels de partijen op confessionele grondslag en zijn bepaalde politici in Nederland gedreven door hun religie.⁵² Tenslotte is de Nederlandse staat vervlochten met het christendom. Zo zijn veel vrije dagen gebaseerd op de christelijke feestdagen en is de algemene vrije dag de zondag en niet bijvoorbeeld de zaterdag.⁵³

De ontwikkeling van de verhouding tussen kerk en staat in Frankrijk is omgekeerd aan de ontwikkeling zoals Nederland die heeft doorgemaakt. Frankrijk heeft altijd een overwegend rooms-katholieke bevolking gehad. Daar komt bij dat de Rooms-Katholieke Kerk tot ver in de twintigste eeuw doorgaans partij koos voor reactionaire, anti-democratische en monarchistische krachten. Het was niet zonder reden dat de overheid de Rooms-Katholieke Kerk zag als een bedreiging voor waarden die zij essentieel achtte. In 1881 is de ontwikkeling van de strikte scheiding tussen kerk en staat ingezet met de wetten van Jules Ferry. Met deze wetten is de macht van de Rooms-Katholieke Kerk in Frankrijk teruggedrongen, onder andere doordat de financiering van het bijzonder onderwijs is afgeschaft. Een verdere voortgang van de scheiding tussen kerk en staat heeft plaatsgevonden door de *laïcité* als leidinggevend beginsel in de

⁴⁷ Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 614, nr. 2.

⁴⁸ In orthodoxe kringen zijn er personen die een theocratie nastreven, zowel aan christelijke als aan islamitische zijde.

⁴⁹ Vb. Cliteur 2004 (de neutrale staat). Vgl. Eerdmans & Schreijen 2004, p. 139-141.

⁵⁰ Een ieder is het erover eens dat de Verlichting heeft bijgedragen aan de vorming van de scheiding tussen kerk en staat, maar over de wijze waarop en de impact ervan, bestaat verschil van mening. Vgl. J. Cohen 2004 en Wöltgens 2006, p. 222-234. Anders: Cliteur 2004.

⁵¹ Wöltgens 2006, p. 222-234. Vgl. Oldenhuis 2006.

⁵² Vgl. Donner 2004.

⁵³ Coppens 2003, p. 509-524.

Grondwet van 1905 op te nemen. In 2004 is op aanbeveling van de Commissie Stasi een wet ingevoerd waarin religieuze symbolen in de openbare scholen worden verboden. Deze wet ligt in de lijn van de ontwikkeling van de scheiding tussen kerk en staat in Frankrijk. Die strikte scheiding tussen kerk en staat is in gang gezet, omdat het Katholicisme een meerderheidsgodsdienst was, die een duidelijk stempel op de Franse overheid drukte. Mede door de komst van vele immigranten naar Frankrijk uit gebiedsdelen van overwegend islamitische aard, is de strikte scheiding verder vorm gegeven.

De grondrechten worden in Frankrijk niet gezien als rechten die bescherming bieden tegen de staat, maar als rechten om vrijheden te genieten die de staat juist waarborgt. De staat vertegenwoordigt in dit beginsel zelf een stelsel van waarden en is er tevens de hoeder van. Het is vanwege dat uitgangspunt dat de Franse staat de *laïcité* als uitgangspunt kan hebben.⁵⁴ In deze opvatting ligt de nadruk meer op de wijze waarop de Verlichting heeft bijgedragen aan de vorming van de grondrechten.

Cliteur brengt tegen het verwijt dat de *laïcité* niet aansluit bij de Nederlandse situatie in dat hij de visie op de unieke geschiedenis van Nederland wel onderschrijft, maar dat deze er niet toe noodzaakt om altijd dezelfde koers te blijven varen. Hij betoogt dat Nederland een andere weg zal moeten bewandelen, in de richting van de *laïcité*. Er leven in Nederland inderdaad verschillende culturen en religies naast elkaar en met elkaar, maar dit betekent niet dat de staat ook multicultureel en pluriform moet zijn. Juist in een multiculturele samenleving is het zijns inziens van belang dat er een neutrale scheidsrechter is. De staat moet deze scheidsrechtersrol vervullen in een neutrale hoedanigheid.⁵⁵ Hij plaatst in zijn opvatting de neutrale overheid en de pluriformiteit tegenover elkaar. Nederland kent zijns inziens een vorm van ‘min of meer uitgebalanceerde pluriformiteit’ en geen neutrale staat.⁵⁶

Anderen betogen juist dat de scheiding tussen kerk en staat niet vertaald kan worden met het begrip *laïcité*, omdat dit de specifieke verhouding in Frankrijk weergeeft. De scheiding tussen kerk en staat in Nederland houdt volgens hen in dat de overheid iedere godsdienst gelijk behandelt en aan religieuze uitingen wel de ruimte laat.⁵⁷ In die opvatting staat het beginsel van scheiding tussen kerk en staat, met als uitgangspunt de neutrale overheid, juist een pluriforme samenleving toe.

Als kritiekpunt op de *laïcité* wordt aangevoerd dat de neutrale staat wordt verheven tot een nieuw geloof. De staat zou eigenlijk niet meer neutraal zijn, omdat men de seculiere staat aan alle onderdanen oplegt. De onderdanen mogen religie in het openbare leven, waartoe ook het onderwijs behoort, niet uiten. Nu het atheïsme door het EHRM gelijkgesteld wordt met een geloofsopvatting, zou een totalitaire atheïstische staat vergelijkbaar zijn met een theocratische staat. “Doorslaggevend is niet de religie, maar het feit dat een staat één godsdienst of daarmee gelijk te stellen opvatting dwingend oplegt aan zijn onderdanen, zonder ruimte te laten voor andere opvattingen.”⁵⁸

De verlichtingsdenkers betogen met een beroep op het beginsel van scheiding tussen kerk en staat dat personen die in de rol van de overheid functioneren, geen religieuze tekens mogen dragen. Cliteur schaaft onder deze publieke functies alle

⁵⁴ Samkalden 2004, p. 592-593.

⁵⁵ Cliteur 2004, p. 7.

⁵⁶ Cliteur 2004, p. 8. Vgl. Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 11-16.

⁵⁷ Snel 2004, p. 155-161 en Wöltgens 2006, p. 222-233.

⁵⁸ Samkalden 2004, p. 581-595. Vgl. Wöltgens 2006, p. 222-234.

organisaties waarin de staat functioneert, zoals de rechterlijke macht en de politie. Het openbaar onderwijs wordt ook als een staatsaangelegenheid gezien waarin geen ruimte is voor religieuze uitingen, omdat de overheid neutraliteit uit moet stralen.⁵⁹

Loenen geeft aan dat er veel kritiek bestaat op deze redenering. Allereerst is de grens tussen openbare en private ruimte lastig aan te geven en ten tweede miskent deze opvatting dat religie een wezenskenmerk van personen is en dat religie niet achtergelaten kan worden, zodra men de openbare ruimte betreedt.⁶⁰

Scheiding tussen religie en politiek

Religieuze uitingen in het openbaar, zoals het dragen van hoofddoeken, keppeltjes of kruistekens, zijn een goed voorbeeld van een onderdeel waarvan men kan zeggen dat er sprake is van een schurende relatie tussen recht en religie.

Het beginsel van scheiding tussen kerk en staat alleen kan eigenlijk geen antwoord geven op de vraag of religieuze uitingen zijn toegestaan in het openbaar. Ook het gelijkheidsbeginsel, zoals neergelegd in art. 1 Gw en de uitwerking daarvan in de Algemene wet gelijke behandeling, speelt een belangrijke rol. De scheiding van kerk en staat zegt iets over de manier waarop de kerk en de staat zich tot elkaar verhouden.⁶¹ Deze scheiding is in Nederland immers ontstaan om de godsdienstvrijheid te waarborgen en zegt eigenlijk niet direct iets over de mate waarin religieuze uitingen in het openbaar gedaan mogen worden. Bovendien heeft de scheiding tussen kerk en staat er juist toe geleid dat de verschillende geloofsopvattingen deel kunnen nemen aan het publieke debat, doordat de overheid niet één godsdienst oplegt.⁶²

Indien men antwoord wil hebben op de mate waarin religieuze uitingen in het publieke domein getoond mogen worden, is het niet voldoende om te verwijzen naar de scheiding tussen kerk en staat, maar dient onderzocht te worden hoever de godsdienstvrijheid reikt. Een ieder is vrij om zijn geloof te belijden, mits het niet in strijd is met fundamentele bepalingen van dwingend recht.⁶³ De keuzes die de overheid in dit vraagstuk maakt zijn politiek-staatsrechtelijke keuzes en hebben meer te maken met politieke voorkeur en de verhouding tussen religie en politiek, dan met de wijze waarop de kerk en staat zich tot elkaar verhouden.⁶⁴

De scheiding tussen kerk en staat houdt historisch gezien in dat de overheid en de kerk twee aparte sferen vormen, maar dat zij wederzijds wel met elkaar vervlochten zijn. Gelovigen nemen deel aan het publieke debat en vertegenwoordigen de maatschappelijke ideeën en de staat stelt zich neutraal op, zodat zij neutrale regels kan stellen en daarin geen levensbeschouwelijke ideeën hoeft te verwoorden.⁶⁵ De staat legt de vloer waarop het politieke debat zich afspeelt. In de Nederlandse staat is op grond daarvan de ruimte om politiek te bedrijven op grond van welke overtuiging dan ook, inclusief de confessionele. Als een land veel religieuze inwoners heeft, zal de politiek ook religieus gekleurd zijn en andersom. De scheiding tussen kerk en staat heeft er in Nederland toe geleid dat religie en politiek samen kunnen gaan. In de discussie over

⁵⁹ Cliteur 2004, p. 31-54.

⁶⁰ Loenen 2006, p. 11-12.

⁶¹ Maneschijn 2004, p. 73-86.

⁶² Snel 2004, p. 155-161.

⁶³ Zie hoofdstuk 2.

⁶⁴ Deze vragen zullen dan ook aan de orde komen in hoofdstuk 2 dat handelt over de godsdienstvrijheid.

⁶⁵ J.P.H. Donner, 'Kerk en staat. Toespraak van minister Donner van Justitie bij de predikantenbijeenkomst Savornin Lohmanstichting', www.jusitie.nl/toespraken, Den Haag: Fractiekamer CDA 2004.

religieuze uitingen moet het onderscheid tussen kerk en staat en religie en politiek in ogenschouw genomen te worden.

Het beginsel houdt tevens de erkenning van de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing in,⁶⁶ alsmede de vrijheid van kerkgenootschappen om hun eigen organisatie vorm te geven.⁶⁷ Uit dit beginsel vloeit mede voort dat de kerk geen publiekrechtelijk gezag uitoefent en de staat zich neutraal opstelt, wat inhoudt dat iedere godsdienst en levensovertuiging gelijk behandeld dient te worden.⁶⁸ Er is geen bevoorrechte kerk en de staat legt geen geloofsovertuiging op.⁶⁹ De scheiding tussen kerk en staat houdt historisch gezien derhalve wel in dat er twee aparte sferen bestaan, maar wil niet zeggen dat er een waterdichte scheiding bestaat tussen de twee sferen.

1.5 Conclusie

Er zijn verschillende modellen van scheiding tussen kerk en staat te onderscheiden. Op de vraag welke verhouding tussen kerk en staat ideaal zou zijn, is geen eenduidig antwoord te geven. Het blijkt dat die verhouding niet los gezien kan worden van de historische context van een staat en die verschilt van land tot land. Ook blijkt de verhouding tussen kerk en staat geen statische te zijn. In een land als Frankrijk heeft zich de laatste eeuw een proces voltrokken waarin de scheiding tussen kerk en staat steeds strikter is doorgevoerd. Een van de in de inleiding opgeworpen vragen is of ook Nederland een dergelijke ontwikkeling zal, dan wel zal moeten doormaken.

De scheiding van kerk en staat is in ons land niet scherp. De Nederlandse staat heeft geen strikt seculier karakter. De staat waarborgt het pluriforme karakter van de samenleving door op voet van volstrekte gelijkheid ruimte te geven aan elke religie. Vanuit de historie valt die attitude goed te verklaren. Het overgrote deel van de bevolking was religieus georiënteerd op grond waarvan de overheid door de eeuwen heen gedwongen was concessies te doen aan de religieuze meerderheid, bijvoorbeeld in de sfeer van de financiering van het bijzondere onderwijs. Echter, steeds op voet van gelijkheid waardoor de pluriformiteit van de samenleving optimaal gewaarborgd kon blijven.

De Nederlandse regering is de mening toegedaan dat de historisch gegroeide verhouding tussen kerk en staat nog altijd voldoet. De pluriformiteit van de samenleving is optimaal gewaarborgd, een ieder kan vanuit zijn eigen waarden deelnemen aan de democratie. Er vallen echter ook andere geluiden in de samenleving te beluisteren. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat de Nederlandse samenleving qua samenstelling sterk verandert. Die wijziging zou noodzaken het Franse model te implementeren. Uit de analyse van de informatie die in dit onderzoek bijeengebracht is, volgt die conclusie echter vooralsnog niet dwingend, waarmee niet gezegd is dat een alternatief model a priori moet worden uitgesloten.

Wijziging van het model kan door nieuwe religieuze bewegingen worden opgevat als een blijk van wantrouwen. Er zijn daarom sterke argumenten nodig om een beleidswijziging te legitimeren.

⁶⁶ Artikel 6 Gw, artikel 9 EVRM en artikel 18 IVBPR.

⁶⁷ Artikel 2:2 BW. Dit artikel zal uitvoerig aan de orde komen in hoofdstuk 3 van dit rapport.

⁶⁸ Dölle 2002, p. 685 en p. 691-693.

⁶⁹ Snel 2004, p. 155-161.

2 De godsdienstvrijheid⁷⁰

2.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is de discussie weergegeven over de vraag welk concept betreffende de verhouding tussen kerk en staat in Nederland nu het ideaaltypische is. We stelden vast dat er op die vraag geen eenduidig antwoord valt te geven. Wat de ideale verhouding is, hangt af van de specifieke statelijke context. Welke modaliteit men echter ook hanteert, steeds worden de grenzen van overheidsbemoeienis dan wel onthouding van de overheid bepaald door de vrijheid van godsdienst, geweten en levensovertuiging, zoals vastgelegd in verdragen en nationale juridische regelgeving.

Deze vrijheid betekent een garantie voor het kunnen belijden van welke godsdienstige opvatting dan ook dan wel het huldigen van willekeurig welke seculiere opvatting, met als uiterste grens de verantwoordelijkheid van een ieder volgens de wet. Dit houdt in dat staten slechts beperkte ruimte wordt geboden bij de begrenzing van religieus pluralisme. Steeds is de overheid gehouden de grenzen van de internationale mensenrechtenverdragen en de grondrechten te respecteren. Bij concrete vraagstukken als die van bijvoorbeeld het verbieden van het dragen van religieuze symbolen of tekens, moet dit steeds in het achterhoofd worden gehouden.

Ook godsdienstvrijheid blijkt echter een statelijke context te hebben. Het antwoord op de vraag welke de omvang van die vrijheid moet zijn om pluriformiteit te kunnen garanderen, blijkt te verschillen van staat tot staat. In de ene statelijke situatie heeft een ruime godsdienstvrijheid een gunstig effect op de pluriformiteit, in een andere blijkt juist de godsdienstvrijheid te moeten worden beperkt om de pluriformiteit te waarborgen. In dit hoofdstuk wordt beschreven wat de redenen hiervan is.

Hieronder zal eerst een uitleg volgen van de godsdienstvrijheid in de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De godsdienstvrijheid is neergelegd in artikel 6 van de Nederlandse Grondwet (Gw), in artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke rechten (IVBPR)⁷¹ en in artikel 9 EVRM.⁷² Vervolgens zal aan de hand van rechterlijke uitspraken de reikwijdte van de godsdienstvrijheid beschreven worden zoals die door de rechter in concrete gevallen wordt vastgesteld.

Eerst volgt een bespreking van de artikelen 9 EVRM en 6 Gw in abstracto (par. 2.2. en 2.3). Hierin komt ook het toetsingsschema van de rechter aan de orde. Vervolgens wordt de rechtspraak van het EHRM en de Nederlandse rechtspraak op het terrein van de godsdienstvrijheid besproken (par. 2.4 en 2.5).

2.2 Artikel 9 EVRM

De godsdienstvrijheid is in internationale verdragen gewaarborgd. De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties heeft op 10 december 1948 op internationaal niveau de universele beginselen vastgelegd in de Universele Verklaring van de Rechten

⁷⁰ Zie over de godsdienstvrijheid ook uitgebreid de Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 614, nr. 2.

⁷¹ Verdrag van 19 december 1966, *Trb.* 1969, 99.

⁷² Verdrag van 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154.

van de Mens. Aan deze verklaring wordt veel gewicht toegekend, maar de verklaring is niet bindend. Binnen de Verenigde Naties heeft de Universele Verklaring in een later stadium wel tot vaststelling van een aantal tastbare normen in verdragen geleid. Het algemene verdrag waarin de burgerlijke en politieke beginselen zijn vastgelegd is het IVBPR. Het IVBPR kent een rapportageverplichting, een statenklachtrecht en een individueel klachtrecht, dat aan individuen de mogelijkheid biedt om zich tot het onafhankelijk functionerende comité voor de rechten van de mens te wenden. Het comité doet (voorsnog) geen bindende uitspraken, maar geeft ‘inzichten’ aan de bij het geschil betrokken staat, die overigens wel als gezaghebbend worden beschouwd.

In Europees verband is in het kader van de Raad van Europa te Rome het EVRM totstandgekomen, waarin ook de godsdienstvrijheid is vastgelegd. Dit verdrag kent een rapportageprocedure, een statenklachtrecht en een individueel klachtrecht. Ieder individu kan, na het doorlopen van de nationale middelen een klacht indienen bij het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM). De uitspraken van het EHRM hebben grote gevolgen voor de Nederlandse wetgeving, omdat de rechtsregels uit de arresten van het EHRM verwerkt moeten worden in de wetgeving, ook indien Nederland geen partij is bij het betreffende geschil, maar de uitspraak wel gevolgen heeft voor de Nederlandse rechtsorde.⁷³

Deze twee verdragen hebben de grondrechtenbescherming hier te lande in belangrijke mate versterkt, doordat de meeste bepalingen uit deze verdragen op grond van ons incorporatiestelsel de hoogste positie in de hiërarchie van regels hebben, mits ze zijn bekendgemaakt. De rechter kan op grond van artikel 94 Gw onverenigbare wetten buiten toepassing laten daar waar hem die bevoegdheid niet toekomt in de verhouding met de Grondwet.⁷⁴ De vraag is of de verdragsbepalingen inzake de godsdienstvrijheid ook een verruiming ten opzichte van artikel 6 Gw zijn.

Artikel 9 EVRM garandeert het recht op vrijheid van gedachten, geweten en godsdienst.⁷⁵ Deze vrijheid bestaat uit verschillende elementen die in artikel 9 zijn geformuleerd. De Nederlandse vertaling van artikel 9 EVRM luidt:

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften.
2. De vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan 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.

In artikel 9 EVRM is, anders dan in artikel 6 Gw, expliciet de vrijheid van geweten opgenomen.⁷⁶

Het eerste lid van artikel 9 EVRM onderscheidt het hebben van een geloof, het belijden van een geloof en de manifestatie ervan. Uit de redactie van artikel 9 EVRM blijkt dat het recht om een geloof te hebben een absoluut recht is en mede het recht om

⁷³ Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 265-272. Vgl. Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 10-14.

⁷⁴ Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 272-275.

⁷⁵ Artikel 18 IVBPR is nagenoeg gelijk aan artikel 9 EVRM en wordt hier buiten beschouwing gelaten.

⁷⁶ Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 366-367.

van geloof te veranderen omvat. In een aantal artikelen van het EVRM worden rechten toegekend in het eerste lid en worden in het tweede lid beperkingen op dit recht door de staat mogelijk gemaakt. Voor de meeste artikelen geldt dat deze beperkingen mogelijk zijn op het gehele eerste lid. In artikel 9 EVRM zijn echter slechts beperkingen mogelijk gemaakt ten aanzien van het belijden en manifesteren van een geloof. Het hebben van een geloof is een onaantastbaar recht.⁷⁷

Het EHRM maakt ten aanzien van artikel 9 EVRM een onderscheid tussen het *forum internum* en het *forum externum*. Het hebben en belijden van een geloof wordt aangeduid met de term *forum internum*. De manifestatie of het uiten van het geloof, wordt het *forum externum* genoemd. Aan het *forum internum* kent het EHRM een vergaande bescherming toe. Het enkele aanhangen van een geloof mag bijvoorbeeld geen reden zijn om de rechten van burgers te beperken. Zo mag dit geen reden zijn om een moeder de zorg van haar kinderen te ontzeggen. Alleen concrete opvattingen en gedragingen kunnen hiertoe aanleiding geven.⁷⁸ De staat mag haar onderdanen ook niet dwingen om mee te doen aan expliciet religieuze handelingen.⁷⁹

Het *forum externum* is de vrijheid om uitdrukking aan de godsdienst, zoals het verrichten van bepaalde handelingen en het bijwonen van erediensten. Ten aanzien van het *forum externum* biedt het EHRM veel minder bescherming. De omstandigheden waaronder de beperkingen mogelijk zijn, staan in het tweede lid van artikel 9 EVRM.⁸⁰

Bij botsing tussen een wettelijke regeling en de uitoefening van de godsdienstvrijheid beoordeelt het EHRM allereerst of de regeling een beperking van de godsdienstvrijheid inhoudt, om vervolgens na te gaan of de beperking geoorloofd is. Ten aanzien van algemene en neutraal geformuleerde regels die niet specifiek gericht zijn op de beperking van de godsdienstvrijheid oordeelt het EHRM vaak dat de godsdienstvrijheid niet in het geding is. De wet betreffende deelneming in een beroepspensioenregeling is hier een voorbeeld van. Dit heeft het EHRM geoordeeld ten aanzien van een antroposofische arts die vanwege zijn levensovertuiging niet wilde deelnemen aan de pensioenregeling.⁸¹ Algemene regels die niet als doel hebben om de godsdienstvrijheid te beperken, maar wel dit effect sorteren, worden dus veelal door het EHRM niet gezien als een beperking. Het EHRM oordeelt dat de godsdienstvrijheid niet in het geding is.⁸²

Hoewel een ieder door algemene neutraal geformuleerde regels gelijk behandeld wordt, kan een algemene regel tot gevolg hebben dat een individu gedwongen wordt zich in strijd met zijn religie of levensovertuiging te gedragen. Wetgeving geeft uitdrukking aan een meerderheidsopvatting, waarop bovendien grote religieuze groeperingen een stempel kunnen drukken, terwijl kleine minderheidsgroepen over het hoofd gezien kunnen worden. Hierin ligt het gevaar besloten dat minderheden in een land onvoldoende bescherming krijgen. De mensenrechten kunnen bescherming bieden aan minderheden waar dit door wetgeving niet altijd gebeurt. De betrokkene dient dan aan te tonen dat de wetgeving hem beperkt in de manifestatie van zijn geloof en de

⁷⁷ EHRM 25 mei 1993, *NJCM-bulletin* 1994, p. 699-709 (Kokkinakis tegen Griekenland, m.nt. B.C. Labuschagne) ro. 33. Zie ook: Renucci 2005, p. 11-12.

⁷⁸ EHRM 23 juni 1993, zaak 12875/87, A255-C, (Hoffmann tegen Oostenrijk).

⁷⁹ EHRM 18 februari 1999, zaak 24645/94, *RJ&D ECHR* 1991, 1 (Buscarini tegen San Marino) Zie: Loenen 2006 (Het EHRM), p. 304-305.

⁸⁰ In de paragraaf 'de godsdienstvrijheid bij het EHRM' volgen voorbeelden van de manifestatie van het geloof en de beperkingen die daar op mogelijk zijn.

⁸¹ EHRM 5 juli 1984, zaak 10678/83, *D&R* 34, p. 267 (V tegen Nederland).

⁸² Vermeulen, Loof & Wegelin 2006, p. 36-37. Zie ook: Evans 2001, p. 179-181.

overheid dient aan te tonen dat de betreffende wetgeving noodzakelijk is in een democratische samenleving, waarna het aan de rechter is om deze belangen tegen elkaar af te wegen.⁸³

Indien er een regeling is die tot doel heeft de godsdienstvrijheid te beperken, zal het EHRM het beslisschema van artikel 9 EVRM hanteren, om te beoordelen of de beperking kan worden gerechtvaardigd door artikel 9 lid 2 EVRM. Het EHRM gaat dan ten eerste na of de beperking bij wet is voorzien. In de context van artikel 9 EVRM kan de wet zowel geschreven als ongeschreven regels inhouden, mits de regels voorzienbaar en toegankelijk zijn. Ten tweede gaat het EHRM na of de beperkingen gericht zijn op een van de vermelde doelcriteria: zijn de regels in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Ten slotte beoordeelt het EHRM of de gestelde beperkingen in een democratische samenleving noodzakelijk zijn om het doel te verwezenlijken. Het EHRM beoordeelt in de noodzakelijkheidstoets of het middel geschikt is om het doel te verwezenlijken. Hiervoor gelden de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit.

Het EHRM heeft geen definitie gegeven van een democratische samenleving, maar slechts ijkpunten zoals: “pluralisme, tolerantie en vrijheid van politieke discussie”.⁸⁴ Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat bij de beoordeling van de vraag of de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving, een sterke belangenafweging plaatsvindt, waarin aan de staten een grote beoordelingsvrijheid, *margin of appreciation*, toekomt. De *margin of appreciation* geldt ten aanzien van alle grondrechten in het EVRM, maar is bij de godsdienstvrijheid extra ruim.⁸⁵ De reden hiervoor is dat het belang van religie naar tijd en plaats verschilt en in Europa zeer veel verschillende verhoudingen tussen kerk en staat bestaan.⁸⁶

⁸³ Evans 2001, p. 194-198.

⁸⁴ Elzinga, de Lange & Hoogers 2006, p. 276. EHRM 31 juli 2001, *NJ* 2005, 73 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij I, m.nt. EAA). Zie ook: *AB* 2002, 179 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij I, m.nt. M.J. Kanne). Zie ook: EHRM (Grand chamber) 13 februari 2003, *AB* 2003, 152 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij II, m.nt. M.J. Kanne).

⁸⁵ Het EHRM oordeelde bijvoorbeeld dat Oostenrijk bevoegd was om een film die de religieuze gevoelens van de Christelijke bevolking schaadde, in beslag te nemen en verbeurd te verklaren. Het EHRM moest in deze zaak een afweging maken tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht om niet in godsdienstige gevoelens aangevallen te worden. Bij deze afweging heeft het EHRM een zeer ruime *margin of appreciation* toegekend aan de staat, om te beoordelen of de inbeslagname van de film noodzakelijk in een democratische samenleving was. Het EHRM overwoog dat het niet mogelijk is om binnen Europa een uniforme opvatting over de rol van religie in de democratische samenleving te hebben. De specifieke omstandigheden van het land dienen een rol te spelen bij de afweging. In casu speelde de omstandigheid dat 87 procent van de Tiroler bevolking katholiek was een grote rol, omdat de inbeslagname de religieuze vrede in het land zou bewaren. (ro. 50) EHRM 20 september 1994, *NJ* 1995, 366 (Otto-Preminger instituut tegen Oostenrijk, m. nt. EJD)

⁸⁶ Evans 2001, p. 67-68. Zie ook: Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 275-277. Vgl: Ovey & White 2006, p. 308-311.

2.3 Artikel 6 Grondwet

De godsdienstvrijheid is in de Nederlandse Grondwet verankerd in artikel 6. Artikel 6 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 terzake 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 wanordelijkheden.

In de Unie van Utrecht van 1579 is de godsdienstvrijheid al in zekere zin deel uit gaan maken van het positieve recht. Na vele godsdienstoorlogen is in de Unie van Utrecht aan een ieder de vrijheid gegeven om een eigen godsdienstige overtuiging te kiezen. Deze vrijheid hield in dat men in de privé-sfeer de keuze had om een godsdienst te belijden, maar dat de Gereformeerde kerk een geprivilegieerde positie genoot en de enige openbaar toegestane kerk was.⁸⁷ Uit hoofdstuk 1 blijkt dat gedurende een lange tijd, vanaf 1814, een heel hoofdstuk van de Grondwet aan de godsdienstvrijheid is gewijd. De Grondwet is ten aanzien van de godsdienstvrijheid laatstelijk gewijzigd in 1983.⁸⁸ In die Grondwet is voor het eerst geen hoofdstuk aan de godsdienstvrijheid gewijd, maar slechts één artikel,⁸⁹ waarbij de levensovertuiging gelijkgesteld is aan de godsdienst.⁹⁰ Dit artikel moet overigens gelezen worden in combinatie met het gelijkheidsbeginsel uit art. 1 Gw.

Artikel 6 Gw beschermt de godsdienstvrijheid en de vrijheid van levensovertuiging op gelijke wijze. Men heeft bij de grondwetsherziening in 1983 de levensovertuiging mede op advies van het Humanistisch Verbond opgenomen in de Grondwet. Hiermee is gevolg gegeven aan de internationaalrechtelijke opvatting dat er in de relatie ten opzichte van de overheid geen verschil mag bestaan tussen godsdienst en levensovertuiging. De levensovertuiging is in hetzelfde artikellid opgenomen als de godsdienstvrijheid. Hiermee is gepoogd het verschil aan te brengen tussen een enkele mening en de levensovertuiging als samenhangend geheel van ideeën. Voor de levensovertuiging geldt net als voor de godsdienst dat een enkele maatschappelijke opvatting uitgesloten is van bescherming op grond van artikel 6 Gw.⁹¹

Onder het eerste lid valt het belijden van de godsdienst, waaronder volgens de Memorie van Toelichting niet enkel het hebben van de godsdienst valt, maar tevens het zich daarnaar gedragen.⁹² Tot het belijden van een godsdienst wordt gerekend: “het hebben, veranderen en niet-hebben van een overtuiging, het uiten daarvan in de huiselijke en openbare godsdiensttoefening, het uitdragen in onderwijs, opvoeding en

⁸⁷ Zie hoofdstuk 1.

⁸⁸ Staatsblad 1983, 68.

⁸⁹ Zie voor een meer uitgebreide beschrijving van de Nederlandse historie hoofdstuk 1.

⁹⁰ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872. Vgl. Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 366-367. Zie ook: Akkermans, Bax & Verhey 2005, p. 9. Vermeulen & Kanne 2004, p. 69-70. Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 614, nr. 2, (bijlage 2).

⁹¹ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nrs. 1-5, p. 28-32. Vgl. Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 367 en Vermeulen 2000, p. 96-97 en Koekkoek, Konijnenbelt & Crijns 1982, p.160-161.

⁹² *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nrs. 1-5, p. 28-32.

verkundiging, het oprichten van organisaties en het zich overigens naar deze opvatting gedragen voor zover dat rechtstreeks uitdrukking geeft aan die overtuiging.”⁹³

De zinsnede ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ houdt in dat alleen de formele wetgever beperkingen aan dit recht kan stellen. In de eerste plaats is hierbij gedacht aan de strafwetgeving.⁹⁴ Er kunnen derhalve door middel van een formele strafwet expliciet beperkingen gesteld worden aan de godsdienstvrijheid.⁹⁵ In de praktijk worden soms ook door middel van andere wetten onbedoelde beperkingen gesteld aan de uitoefening van de vrijheid van godsdienst, maar het is de vraag of die moet worden gezien als beperkingen in de zin van de Grondwet.⁹⁶

Het tweede lid van artikel 6 Gw gaat over de belijdenis buiten gebouwen en besloten plaatsen. Volgens dit artikellid kan aan de decentrale overheid in dit verband de bevoegdheid gegeven worden om beperkingen te stellen. De regels kunnen alleen gesteld worden: “ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.”⁹⁷ De delegatieopdracht in de Wet openbare manifestaties is gebaseerd op dit artikellid.⁹⁸

De beperkingmogelijkheden in het tweede lid van artikel 6 Gw zijn gelijk aan de beperkingmogelijkheden ten aanzien van het recht van vergadering en betoging in artikel 9 Gw. Dat de grenzen tussen een ‘godsdienstige belijdenis’ en een ‘betoging van andere aard’ dun zijn maakt voor deze beperkingmogelijkheden dan ook weinig verschil.⁹⁹

Artikel 6 lid 2 Gw verschilt van artikel 9 EVRM, omdat een beperkende regel te herleiden moet zijn tot een wet in formele zin. Dit lijkt een strengere eis, maar de facto kan de formele wetgever alle beperkingen stellen voor zover het gaat om uitingen buiten gebouwen en besloten plaatsen. Dat is in het EVRM anders vanwege de noodzakelijkheidstoets.

De rechter zal bij een beroep op artikel 6 Gw eerst nagaan of de godsdienstvrijheid überhaupt wel in het geding is. Hier loopt artikel 6 Gw wel parallel met artikel 9 EVRM. Zaken waarin algemene, neutraal geformuleerde regels aan de orde worden gesteld als beperking op de godsdienstvrijheid, worden door de rechter afgedaan met de redenering dat de godsdienstvrijheid niet geraakt wordt. Een

⁹³ Boven d’Eert 2004, p. 14-15. Zie ook: Akkermans, Bax & Verhey, 2005, p. 87 en Ten Berge, Van Buuren, Kummeling & Vermeulen (Burkens-bundel) 1995, p. 93-94.

⁹⁴ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nrs. 1-5, p. 28-32.

⁹⁵ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nrs. 1-5, p. 18-19. Vgl. Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 367-368.

⁹⁶ Bijvoorbeeld door middel van brandveiligheidsvoorschriften in het bestuursrecht. De concrete beperkingen komen aan de orde in de paragraaf ‘De godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtspraak’. Een bekend voorbeeld is de Hinderwetgeving, zie: ABRvS 27 oktober 1994, NJB-Katern 1994, p. 572, nr. 45.

⁹⁷ Artikel 6 lid 2 Gw.

⁹⁸ Wet van 20 april 1988, *Stb.* 1988, 157. De Wet openbare manifestaties delegeert aan de gemeenteraad de bevoegdheid om binnen de grenzen van de WOM regels te stellen ten aanzien van openbare godsdienstige manifestaties, vergaderingen en betogingen. De gemeenteraad kan regels vaststellen over de wijze waarop voorafgaande kennisgeving gedaan moet worden aan de gemeenteraad van een openbare betoging. Het is de gemeenteraad niet toegestaan om kennisgeving over de inhoud van de manifestatie te verlangen. Boven d’Eert 2004, p. 16.

⁹⁹ Schneider (*Jeukens-bundel*) 1982, p. 151-166.

inhoudelijke beoordeling van een eventuele schending van het grondrecht blijft dan uit.¹⁰⁰

Indien de rechter wel aan een inhoudelijke beoordeling van de godsdienstvrijheid in de specifieke casus toekomt, zal hij eerst nagaan of er sprake is van het belijden van een godsdienst of levensovertuiging. Als dit het geval is, zal de rechter beoordelen of de beperkingen die daarop gemaakt zijn, gerechtvaardigd zijn.¹⁰¹

De godsdienstvrijheid in artikel 6 lid 1 Gw houdt het recht in om binnen de eigen private sfeer en binnen de eigen maatschappelijke organisaties een godsdienst te belijden en uit te dragen. De Wet openbare manifestaties (Wom) biedt bescherming aan de godsdienstoefening op openbare plaatsen: “plaatsen die krachtens bestemming of vast gebruik openstaan voor publiek”,¹⁰² zoals winkelgalerijen en stationshallen.¹⁰³ Voor regulering binnen gebouwen en plaatsen die niet openbaar zijn, biedt de Wom nauwelijks mogelijkheden.

2.4 De godsdienstvrijheid bij het EHRM

In een democratische samenleving geldt als één van de uitgangspunten dat mensen de ruimte moeten hebben om van elkaar te verschillen. Dit pluralisme is volgens het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) één van de ijkpunten van een democratische samenleving. Pluralisme kan bestaan uit meerdere facetten en kan plaatsvinden op verschillende niveaus.¹⁰⁴ Onderlinge verscheidenheid wordt beschermd door de mensenrechten. Zo bieden de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst de mogelijkheid om door middel van uitingen af te wijken. Het EHRM heeft in het arrest Kokkinakis tegen Griekenland bepaald dat het pluralisme onder meer gewaarborgd wordt door artikel 9 EVRM, waardoor dit artikel één van de fundamenteën van een democratische samenleving is. “It is, in its religious dimension one of the most vital elements which go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset to atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned.”¹⁰⁵

In het onderhavige rapport staat juist deze vorm van pluralisme, het religieus pluralisme, centraal. Indien verschillende religies in een samenleving naast elkaar bestaan, kunnen opvattingen en gedragingen die religieus geïnspireerd zijn, sterk van elkaar verschillen. Religieus pluralisme is dan vanzelfsprekend een karaktertrek van de samenleving. De vraag is echter in hoeverre de staat garanties moet bieden voor de

¹⁰⁰ Dit heeft de rechter bijvoorbeeld geoordeeld in het geval waarin een persoon een geit op rituele wijze wilde slachten en daarvan eerst kennisgeving moest doen. Die verplichte kennisgeving van de slachting belemmerde het belijden van de godsdienst niet. (HR 4 november 1969, *NJ* 1970, 127. Vgl.: HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436 m. nt. B.V.A. Röling). Vgl. Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 368 en 371.

¹⁰¹ De benadering zoals hier beschreven sluit nauw aan bij de redactie van artikel 9 EVRM. In oude arresten had de Hoge Raad wel een andere benadering, die nauw aansloot bij de leer van de algemene beperkingen. Zoals in het AOW-arrest (HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436 m. nt. B.V.A. Röling), waarin de Hoge Raad overwoog dat “een beroep op de godsdienstvrijheid in elk geval niet de vrijheid met zich brengt om gewone wettelijke verplichtingen niet na te komen”. Elzinga, De Lange en Hoogers 2006, p. 370-371.

¹⁰² Artikel 1 lid 1 Wom.

¹⁰³ Kamerstukken II 1985-1986, 19427, nr. 3, p. 17.

¹⁰⁴ Zie hoofdstuk 4 over rechtspluralisme.

¹⁰⁵ EHRM 25 mei 1993, NJCM-Bulletin 1994, p. 699-709 (Kokkinakis tegen Griekenland, m. nt. B.C. Labuschagne)

bescherming van de godsdienstvrijheid. Aan deze vraag zit een aantal aspecten vast. Is de staat verplicht om faciliteiten te bieden? Bestaat er ruimte in de wettelijke regels om religieus pluralisme in de wettelijke regels tot uiting te brengen? Hoe kan de rechter bijdragen aan de pluriforme samenleving indien zich een botsing van grondrechten voordoet?¹⁰⁶

Voor de staat geldt als uitgangspunt dat zij eventuele spanningen tussen verschillende groeperingen niet op moet heffen, door het pluralisme de kop in te drukken, maar dat zij de spanning dient te verminderen door verdraagzaamheid te creëren tussen de groeperingen.¹⁰⁷ In een democratische samenleving kan het echter noodzakelijk zijn om beperkingen te stellen aan de godsdienstvrijheid, zodat andere groeperingen niet in hun geloof aangetast worden en de pluriformiteit in de samenleving behouden blijft.¹⁰⁸ Om een antwoord te krijgen op de vraag hoever men onderling kan verschillen in een samenleving met een beroep op religie of levensovertuiging, zal hieronder een korte uiteenzetting volgen van een aantal kernarresten van het EHRM ten aanzien van artikel 9 EVRM.

2.4.1 Religion of belief

In artikel 9 EVRM is het woord *religion* of *belief* niet nader gedefinieerd. Het EHRM gaat van geval tot geval na of er sprake is van een ‘belief’, waardoor de rechtspraak van het EHRM erg casuïstisch is. Uit die rechtspraak zijn weinig algemene conclusies te trekken. Het EHRM schaaft uiteenlopende opvattingen onder de religie en levensovertuiging. Niet alleen de traditionele godsdiensten, zoals het christendom,¹⁰⁹ de islam,¹¹⁰ het hindoeïsme,¹¹¹ boeddhisme,¹¹² maar ook bijvoorbeeld het geloof van de druïden,¹¹³ de Scientology kerk¹¹⁴ en het atheïsme¹¹⁵ vallen onder artikel 9 EVRM.¹¹⁶ Ook het pacifisme valt onder de reikwijdte van dit artikel.¹¹⁷ Nog niet duidelijk is of andere politieke overtuigingen, zoals het communisme, onder het begrip ‘belief’ vallen.¹¹⁸

Geconcludeerd kan in ieder geval worden dat de grenzen voor het begrip ‘belief’ erg ruim zijn. In Campbell en Cossans tegen het Verenigd Koninkrijk bepaalt de Europese Commissie dat er gesproken kan worden van een geloof of overtuiging indien de ideeën een bepaalde overtuigingskracht, oprechtheid, cohesie en importantie

¹⁰⁶ Zie hoofdstuk 4 over rechtspluralisme en hoofdstuk 3 over botsingen van grondrechten.

¹⁰⁷ EHRM 14 december 1999, AB 2000, 73 (Serif tegen Griekenland, m. nt. Sew). Zie ook: EHRC 2000, 14 (Serif tegen Griekenland, m. nt. A.W. Heringa).

¹⁰⁸ EHRM 25 mei 1993, NJCM-Bulletin 1994, p. 699-709 (Kokkinakis tegen Griekenland, m. nt. B.C. Labuschagne).

¹⁰⁹ ECRM 8 maart 1985, Zaak 11045/84, D&R 1985, 42, p. 247 (Knudsen tegen Noorwegen).

¹¹⁰ EHRM (kleine kamer) 29 juni 2004, AB 2004, 338 (Sahin tegen Turkije, m.nt. B.P Vermeulen). En EHRM (grote kamer) 10 november 2005, NJ 2006, 170 (Sahin tegen Turkije, m.nt. E.A. Alkema). Ook gepubliceerd in RVDW 2006, 68.

¹¹¹ ECRM 8 maart 1994, Zaak 20490/92 (ISKCON e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk)

¹¹² ECRM 20 december 1974, Zaak 5442/72, D&R 1978, 1, p. 41 (X tegen Verenigd Koninkrijk)

¹¹³ ECRM 14 juli 1987, Zaak 12587/86 D&R, 1987, 53, p. 241 (A.R.M. Chappel tegen het Verenigd Koninkrijk)

¹¹⁴ ECRM 5 mei 1977, Zaak 7805/77, D&R 1978, 16, p. 68 (X en Scientology kerk tegen Zweden).

¹¹⁵ ECRM 3 december 1986, Zaak 10491/83, D&R 1986, 51, p. 41 (Angelini tegen Zweden)

¹¹⁶ Ovey & White 2006, p. 302-303. Zie ook: Evans 2001, p. 53-55.

¹¹⁷ ECRM 12 oktober 1978, Zaak 7050/75, D&R 1978, 19, p. 5-35 (Arrowsmith tegen het Verenigd Koninkrijk).

¹¹⁸ Evans 2001, p. 55-57.

behelzen.¹¹⁹ Enkele ideeën zijn niet voldoende om het bestaan van een godsdienstige overtuiging aan te nemen. De opvatting moet gestructureerd zijn, om onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM te vallen.¹²⁰ Een ‘belief’ vereist dus een samenhangend geheel van ideeën.

De reikwijdte van artikel 9 EVRM is zeer groot, doordat het begrip ‘belief’ ruim uitgelegd wordt. Dit hoeft echter niet te betekenen dat de bescherming van artikel 9 EVRM ook groot is. Het EHRM schaaft maar weinig situaties onder het *forum internum* van artikel 9 lid 1 EVRM. Veelal plaatst het EHRM situaties in de sleutel van het *forum externum*, de manifestatie van het geloof, waardoor ruimere beperkingen door de staat mogelijk zijn.¹²¹ Op deze tweedeling bestaat kritiek, omdat de manifestatie van het geloof sterk samenhangt met het *forum internum* en een scheiding tussen het aanhangen van een geloof en het ernaar handelen eigenlijk niet te maken is.¹²² Het EHRM neemt niet snel aan dat overheidsregels die inbreuk maken op het *forum externum*, tevens inbreuk maken op het *forum internum*. Situaties waarin het *forum internum* geschonden zou kunnen worden, zijn die waarin de overheid een bepaald geloof opdringt.¹²³

Doordat de meeste situaties onder de vrijheid van godsdienstmanifestatie worden geschaard, kan de staat binnen de grenzen van het tweede lid van artikel 9 EVRM beperkingen stellen. Er zijn dus bijna altijd beperkingen mogelijk. Hoe ver mogen deze beperkingen gaan? Hier zijn wederom geen algemene conclusies te trekken, doordat het EHRM een ruime *margin of appreciation*, beoordelingsvrijheid, aan de staten laat. Dit betekent dat de staten vrij zijn om afhankelijk van hun specifieke politieke omstandigheden beperkingen te stellen. De reden hiervoor is dat de staten volgens het EHRM zelf beter in staat zijn om te beoordelen of de beperkingen noodzakelijk zijn in ‘hun’ democratische samenleving en omdat de staten in Europa zeer verschillende vormen van kerk en staatverhoudingen kennen.¹²⁴

Turkije is bijvoorbeeld een seculiere staat, die gekenmerkt wordt door een strikte scheiding tussen kerk en staat. Noorwegen kent voornamelijk een staatskerk. Beide systemen zijn gesanctioneerd door het EHRM, mits aan minderheden de ruimte wordt gelaten om hun eigen religie te belijden.¹²⁵ Dit geeft aan hoe flexibel artikel 9 EVRM is en hoeveel vrijheid er aan de staten gelaten is, om zelf te bepalen welke verhouding past binnen de historie van een land. Het EHRM laat verschillen tussen de lidstaten onderling bestaan.

Binnen één staat kan men echter niet ongelimiteerd afwijken. Het EHRM stelt grenzen aan pluralisme binnen één rechtsorde. In de zaak Refah-Partisi tegen Turkije trekt het EHRM in ieder geval een grens waar religieus pluralisme ontaardt in een vorm van rechtsppluralisme waarin alle religieuze groeperingen onderworpen zijn aan eigen

¹¹⁹ EHRM 25 februari 1982, Zaak 7511/76, A48, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, p. 345 (Campbell and Cosans vs. United Kingdom). Vgl. Ovey & White, p. 302-305.

¹²⁰ EHRM 29 april 2003, *NJ* 2004, 543 (Pretty vs. United Kingdom, m. nt. EAA).

¹²¹ Evans 2001, p. 72-74.

¹²² Evans 2001, p. 74-76.

¹²³ Evans 2001, p. 76-79.

¹²⁴ Zie hoofdstuk 1.

¹²⁵ Darby t. Zweden, EHRM 23 oktober 1990, App. No. 11581/85, A-187 en EHRM 31 juli 2001, *NJ* 2005, 73 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij I, m.nt. EAA). Zie ook: *AB* 2002, 179 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij I, m.nt. M.J. Kanne). Zie ook: EHRM (Grand chamber) 13 februari 2003, *AB* 2003, 152 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij II, m.nt. M.J. Kanne). Vgl. Evans 2001, p. 80-81.

rechtsstelsels.¹²⁶ De Refah Partisi verkondigt in Turkije openlijk de sharia voor de moslims in Turkije te willen invoeren zodra zij aan de macht zou komen. Dit zou het rechtspluralisme sterk faciliteren. De christenen en de joden zouden volgens hun eigen wetten mogen leven. In een dergelijke samenleving wordt er al naar gelang de religie bepaald welke regels van toepassing zijn op een bepaalde rechtsverhouding. De niet-gelovigen zouden onderworpen worden aan de sharia voor zover de partij die wilde invoeren. Voor hen zou de invoering van de sharia een beperking van de godsdienstvrijheid inhouden.

Rechtspluralisme houdt in dat verschillende rechtsstelsels in een samenleving naast elkaar bestaan en de groeperingen op overheidsniveau rechtspreken. Dit gaat een stap verder dan de geschilbeslechting in eigen kring waarbij de rechter het laatste woord heeft in niet religieuze zaken.¹²⁷

Het Turkse Constitutionele hof heeft op 16 januari 1998 de ontbinding van de Refah Partisi uitgesproken op grond van de Wet op de regulering van politieke partijen. De leiders van de Refah partisi hebben zich vervolgens tot het EHRM gewend met de vraag of deze ontbinding geen strijd oplevert met het recht op de vrijheid van vereniging. Het EHRM concludeert dat de ontbinding een beperking op de vrijheid van vereniging is. De beperking is echter gebaseerd op een wettelijke regel. De ontbinding is volgens het EHRM noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van de openbare orde en de rechten van anderen. Bij deze noodzakelijkheidstoets komt een ruime *margin of appreciation* aan de staten toe.

De partij wil invoering van de sharia, waardoor het secularisme, een belangrijk principe in Turkije, moeilijk te handhaven zou zijn. Het Hof acht de ontbinding noodzakelijk in een democratische samenleving, omdat de staat als neutrale factor de verantwoordelijkheid heeft om aan individuen de fundamentele rechten en vrijheden te garanderen en hen niet dient te onderwerpen aan godsdienstige regels. Fundamentele rechten en plichten worden dan niet langer gegarandeerd aan individuen, maar aan religieuze groeperingen. De invoering van de sharia voor de moslimbevolking zou mede tot gevolg hebben dat met elkaar levende bevolkingsgroepen in één staat aan verschillende rechtsstelsels onderworpen zouden worden. Tenslotte oordeelt het EHRM dat invoering van de sharia in strijd is met de waarden die aan het EVRM ten grondslag liggen, zoals de gelijkheid van man en vrouw en het verbod op lijstraffen. De sharia voorziet volgens het EHRM in een rechtsregime dat niet verenigbaar is met de beginselen die aan het EVRM ten grondslag liggen.¹²⁸

In dit arrest speelt de specifieke situatie van Turkije een belangrijke rol. De Turkse staat heeft als reactie op de politieke islam die Turkije lange tijd gekenmerkt heeft, een sterk seculier karakter. Door het rechtssecularisme kan de godsdienstvrijheid op alle onderdelen gegarandeerd worden. De invoering van de sharia vormt een bedreiging op het rechtssecularisme. Juist voor een land als Turkije dat door het sterke seculiere karakter de vrijheid aan gelovigen kan garanderen, is het partijverbod in de

¹²⁶ In Nederland is het religieus pluralisme geïnstitutionaliseerd in het bijzonder onderwijs en de kerkgenootschappen. Op grond van artikel 2:2 BW mogen kerkgenootschappen een eigen geschilbeslechting handhaven. De verhouding tussen deze interne geschilbeslechting en de sterke vorm van rechtspluralisme waarover het EHRM handelt zal aan de orde komen in hoofdstuk 4.

¹²⁷ Dit onderscheid komt aan de orde in hoofdstuk 4.

¹²⁸ Het EHRM oordeelt de sharia in zijn geheel in strijd met de waarden uit het EVRM. Dit is een vergaande uitspraak waarin de sharia als rechtssysteem beoordeeld wordt. De sharia is echter geen rechtssysteem zoals we dat in het westen kennen. Bij de opvatting van het EHRM zijn dus kanttekeningen te plaatsen.

ogen van het EHRM noodzakelijk in een democratische samenleving. De partij kan een gevaar voor de jonge democratie kan zijn. Er zijn in het verleden immers al vaak groeperingen geweest die in Turkije de macht wilden grijpen en met de religieuze wetten de democratie teniet wilden doen. De omvang van de partij speelt een rol in dit oordeel, omdat het seculiere karakter daadwerkelijk gevaar loopt, nu de partij zicht heeft op een meerderheidspositie.¹²⁹ Het EHRM is van mening dat ook een politieke meerderheid met een bepaalde godsdienst, het seculiere karakter van de staat moet respecteren.¹³⁰ De ruime *margin of appreciation* heeft ertoe geleid dat de Refah Partisi in Turkije ontbonden mag worden.

2.4.2 Vereniging op godsdienstige grondslag

De rechtspersoon waarin gelovigen zijn verenigd, kan zich ook beroepen op artikel 9 EVRM.¹³¹ Artikel 9 EVRM houdt mede in dat gelovigen zich mogen organiseren in een gemeenschap en dat zij binnen die gemeenschap gevrijwaard zijn van overheidsingrijpen.¹³² Het EHRM laat in het midden of een dergelijke rechtspersoon meer ruimte heeft binnen de rechtsorde dan een vereniging op basis van artikel 11 EVRM.

Kanne geeft in zijn annotatie bij het arrest Hasan en Chaush tegen Bulgarije echter aan dat het er op lijkt dat het EHRM in dit arrest de grenzen voor overheidsingrijpen bij een vereniging op grond van artikel 11 EVRM ruimer trekt dan ten aanzien van een rechtspersoon bestaande uit gelovigen.

Het EHRM overweegt: "It cannot be seriously maintained that any State action short of restricting the freedom of assembly could not amount to an interference with the rights protected by Article 9 of the Convention even though it adversely affected the internal life of the religious community". De overweging die Kanne vertaalt als: "het kan niet worden volgehouden dat een overheidsactie die de vrijheid van vereniging niet beperkt, zelfs als deze het interne leven van een religieuze organisatie nadelig beïnvloedt, niet neer zou kunnen komen op een inbreuk op de rechten die beschermd worden door de vrijheid van godsdienst."¹³³

Een ander argument voor de ruime reikwijdte van godsdienstige verenigingen, is dat de beperkingclausule van artikel 9 EVRM veel minder beperkingen toelaat dan die van artikel 11 EVRM.¹³⁴

¹²⁹ EHRM 31 juli 2001, *NJ* 2005, 73 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij, m.nt. EAA). Ook gepubliceerd in *AB* 2002, 179 (m.nt. M.J. Kanne). Zie ook: EHRM (Grand chamber) 13 februari 2003, *AB* 2003, 152 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij II, m.nt. M.J. Kanne). Vgl. Loenen (Geloof in geding) 2006, p. 25-28.

¹³⁰ Nieuwenhuis 2004, p. 156.

¹³¹ EHRM 26 oktober 2000, *AB* 2001, 183 (Hasan and Chaush tegen Bulgarije m. nt. M.J. Kanne). Vgl. Ovey & White 2006, p. 301-302.

¹³² EHRM 14 december 1999, *AB* 2000, 73 (Serif tegen Griekenland, m. nt. Sew)

¹³³ Ro. 81 en noot bij EHRM 26 oktober 2000, *AB* 2001, 183 (Hasan and Chaush tegen Bulgarije m. nt. M.J. Kanne).

¹³⁴ De verhouding tussen de vereniging op religieuze grondslag en het kerkgenootschap in het Nederlandse recht zal in hoofdstuk 3 aan de orde komen.

2.5 De godsdienstvrijheid en Nederlandse rechter¹³⁵

Voor de Nederlandse rechter kan zowel op artikel 6 Gw als op artikel 9 EVRM een beroep gedaan worden. Om een beeld te krijgen van de mate waarin de Nederlandse rechter religieus pluralisme toestaat, is een analyse van de jurisprudentie van belang. De godsdienstvrijheid kan in uiteenlopende geschillen een rol spelen. Bijvoorbeeld in rechtszaken met betrekking tot religieuze gebruiken in een kerkgenootschap die in strijd zijn met de wet.¹³⁶ De godsdienstvrijheid kan ook een rol spelen in arbeidsrechtelijke geschillen, zoals met betrekking tot het dragen van een hoofddoek in functie.¹³⁷ Ook kan het vrij nemen op een religieuze feestdag leiden tot een arbeidsrechtelijk geschil.¹³⁸ In grote lijnen zou gezegd kunnen worden dat de vrijheid van godsdienst een rol gaat spelen, indien een persoon met een beroep op de vrijheid van godsdienst afwijkt van hetgeen gebruikelijk is in een bepaalde situatie. Bovendien speelt de vrijheid van godsdienst een rol in situaties waarin een persoon zijn of haar godsdienstige opvatting verkondigt en de ander deze opvatting beledigend vindt.¹³⁹

Als uitgangspunt van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging geldt dat de overheid en de overheidsrechter zich niet uitlaten over de vraag wat een godsdienst is.¹⁴⁰ De rechter heeft echter wel regelmatig te maken met de vraag of een gedraging onderdeel is van het belijden van iemands godsdienst. Voor beantwoording van deze vraag legt de rechter in eerste instantie een objectief criterium aan de dag.¹⁴¹ De vrijheid van godsdienst beschermt de handeling die op zichzelf te beschouwen is als een praktische toepassing van de godsdienst van de betrokkene.¹⁴² Dat wil zeggen als een gedraging waardoor hij naar 'objectieve maatstaven' een directe uitdrukking geeft aan zijn godsdienst of levensovertuiging.¹⁴³ Pas indien er sprake is van twijfelgevallen, zal de rechter naar de subjectieve beleving van de betrokkene kijken. Indien een persoon uit religieuze overtuiging handelt, dan is een terughoudende opstelling van de overheid en de rechter gepast. Dit wordt het beginsel van interpretatieve terughoudendheid genoemd.¹⁴⁴

¹³⁵ Zie ook de Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 614, nr. 2 (met name de bijlagen).

¹³⁶ Rb. Amsterdam 21 mei 2001, *AB* 2001, 342. Het Santo Daime kerkgenootschap gebruikte als meest belangrijke sacrament in de geloofsbeleving ayahuasca-thee dat DMT-bestanddelen bevat. In deze uitspraak spreekt de rechtbank een man vrij die vloeistof met DMT-bestanddelen onder zich heeft gehad. DMT is een verboden middel in de Opiumwet. De rechtbank oordeelt dat artikel 2 Opiumwet buiten toepassing moet blijven omdat het in de specifieke casus een te grote inbreuk op de godsdienstvrijheid maakt.

¹³⁷ Ktr. Tiel 1 september 2004, *PRG* 2005, 16.

¹³⁸ HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350.

¹³⁹ HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203 en HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261. De verhouding tussen de vrijheid van meningsuiting en de godsdienstvrijheid is hierbij van belang en zal daarom verderop in dit hoofdstuk aan de orde komen.

¹⁴⁰ HR 15 februari 1957, *NJ* 1957, 364 (Scheuring gereformeerde kerk Hasselt).

¹⁴¹ Dit gaat zo ver dat de rechter bij splitsingen gewoon de meerderheid van het besluitvormend 'orgaan' volgt. Oldenhuis 1977.

¹⁴² In de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling is het een vaste lijn dat de vrijheid van godsdienst die gedragingen beschermt die, mede gelet op hun karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, een rechtstreekse uitdrukking vormen van een godsdienstige overtuiging. Gerards&Heringa 2003, p. 23-24.

¹⁴³ ARRvS 7 april 1983, *AB* 1983, 430 (m.nt. P.J. Boon).

¹⁴⁴ Annotatie van B.P. Vermeulen bij RB Amsterdam, *AB* 2001, 342 (m.nt. B.P. Vermeulen).

Dit beginsel van interpretatieve terughoudendheid geldt bijvoorbeeld ook ten aanzien van de vraag of een gezichtsbedekkende sluier al dan niet ter naleving van een religieus voorschrift gedragen wordt. Hier liggen theologische twisten aan ten grondslag, waar de rechter zich buiten dient te houden.¹⁴⁵ Deze terughoudende opstelling is echter niet oneindig, want dan zou iedereen zich op de godsdienstvrijheid kunnen beroepen. De vrijheid van godsdienst houdt immers niet in dat een ieder wettelijke voorschriften aan zijn of haar godsdienstige overtuiging mag toetsen.¹⁴⁶ Bovendien wordt het beginsel van interpretatieve terughoudendheid niet toegepast indien de subjectieve geloofsopvatting een puur individuele opvatting is. De opvatting dient aantoonbaar in een bepaalde kring te worden aangehangen.¹⁴⁷

Het beginsel van interpretatieve terughoudendheid is kenmerkend voor de Nederlandse rechter en de Commissie Gelijke Behandeling (CGB). De Nederlandse rechter gaat niet snel zelf over tot de beoordeling van bronnen en voorschriften van de religie. In de gevallen waarin de rechter dit wel doet, zal de hogere rechter ingrijpen.¹⁴⁸

Een voorbeeld waarin de rechter overgaat tot interpretatie van een religie is een zaak waarin een vader weigert zijn dochter deel te laten nemen aan de gemengde zwemlessen op school, vanwege zijn islamitische geloofsovertuiging. De Rechtbank Den Haag veroordeelt de vader tot een geldboete wegens overtreding van artikel 2 van de Leerplichtwet. De rechtbank overweegt daarbij dat een beroep op de godsdienstvrijheid niet slaagt, omdat de Soera waarop de vader zich beroept, volgens de rechtbank de gemengde zwemlessen niet verbiedt. De rechtbank gaat dus zelf over tot interpretatie van de Koran om te beoordelen of die het gemengde zwemmen verbiedt. Dit overschrijdt het beginsel van de interpretatieve terughoudendheid. De vader gaat in cassatie. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, omdat in feitelijke aanleg niet is gebleken dat de vader aan de school verzocht heeft om de zwemlessen op een andere school te mogen volgen. De Hoge Raad merkt nog wel op dat de werkwijze van de Rechtbank niet juist is geweest.¹⁴⁹

In de huidige tijd van uiteenlopende religieuze stromingen en individuele interpretaties is het voor de rechter echter lastig om een grens te bepalen tussen handelingen die onder de godsdienstvrijheid vallen en handelingen die erbuiten vallen. Het EHRM concludeert sneller dan de Nederlandse rechter dat een gedraging geen religieuze uiting is. Om te beoordelen of een gedraging religieus is, schakelt de rechter soms deskundigen in. Hierop bestaat wel kritiek, omdat de deskundige dan beoordeelt waar de rechter zich terughoudend opstelt. Bovendien is dit binnen een religie als de islam moeilijk te beoordelen welke deskundige ingeschakeld moet worden, omdat de verschillende stromingen geen Nederlandse theologische autoriteiten hebben.¹⁵⁰

In het arrest van de Amsterdamse Satanskerk heeft de Hoge Raad wel een uiterste grens getrokken ten aanzien van een seksclub die pretendeerde een kloosterorde te zijn. De Hoge Raad overwoog dat: “de activiteiten van Sint Walburga zich niet onderscheiden van die van een gewone seksclub en dat noch bij de betalende bezoekers

¹⁴⁵ Vermeulen, loof & Wegelin 2006, p. 28 Dit heeft de Hoge Raad uitgemaakt in: HR 15 februari 1957, *NJ* 1957, 364 (Scheuring gereformeerde kerk Hasselt).

¹⁴⁶ HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436 (AOW-arrest, m.nt. B.V.A. Röling).

¹⁴⁷ Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 614, nr. 2. Vgl. Gerards&Hoogers 2003, p. 24. en Loenen 2006, p. 51.

¹⁴⁸ Jonkers 2006, p. 484.

¹⁴⁹ HR 26 mei 1992, *NJ* 1992, 568 (Gemengde zwemlessen m. nt. 't Hart).

¹⁵⁰ Jonkers 2006, p. 484-485.

noch bij de door Sint Walburga als “zusters” aangeduide optredende vrouwen enigerlei religieuze ervaring is waar te nemen”.¹⁵¹

Een ieder is vrij om zijn geloof te belijden behoudens zijn verantwoordelijkheid volgens de wet. De grenzen van de godsdienstvrijheid worden dus bepaald door het woord ‘wet’. In de Memorie van Toelichting wordt in de eerste plaats gedacht aan de strafwet, omdat algemeen aanvaard is dat men geen strafbare feiten mag plegen met als rechtvaardiging de godsdienstvrijheid.¹⁵² De Hoge Raad heeft echter ook aanvaard dat het bij een botsing met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging niet in ieder geval gerechtvaardigd is om de strafwet te handhaven.¹⁵³

Het kan voorkomen dat zaken waarin met een beroep op de godsdienst uitlatingen worden gedaan die door een ander als kwetsend worden ervaren niet onder de strafbepaling inzake belediging vallen.¹⁵⁴ Dit heeft de Hoge Raad geoordeeld in het Van Dijke-arrest. Van Dijke heeft kwetsende uitlatingen gedaan over homoseksuelen met een beroep op zijn godsdienst. De Hoge Raad oordeelt dat de uitingen gedaan zijn tegen de achtergrond van de religieuze overtuiging van Van Dijke en dat voor de betrokkene sprake is van een voor hem belangrijke bijdrage aan het debat.¹⁵⁵ Bij de vrijspraak van Van Dijke speelt een rol dat zijn uitlatingen in direct verband met zijn geloofsovertuiging zijn gedaan.

Hiermee is niet gezegd dat godsdienstige uitlatingen meer bescherming krijgen dan andere uitlatingen.¹⁵⁶ Ook seculiere opvattingen worden door de vrijheid van meningsuiting vergaand beschermd, met name indien een uitlating gedaan wordt om bij te dragen aan het maatschappelijk debat.¹⁵⁷ De vrijheid van meningsuiting gaat vaak voor het discriminatieverbod, omdat de rechter de vrijheid van meningsuiting belangrijk vindt in een pluriforme samenleving. De grens ligt daar waar woorden omslaan in handelen en waar mening omslaat in aanzetten tot handelen of discriminatie.¹⁵⁸ De rechter zoekt een evenwicht tussen de vrijheid van godsdienst, het discriminatieverbod en de strafbepaling, waarbij de balans niet altijd doorslaat naar de strafbepaling.

De godsdienstvrijheid kan ook door middel van andere formele wetgeving dan de formele strafwet beperkt worden. Bijvoorbeeld een algemene bepaling zoals artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW), inzake de onrechtmatige daad, kan beperkingen stellen aan de godsdienstvrijheid. Dit heeft de Hoge Raad bepaald in het arrest betreffende het echtpaar Goeree. Het echtpaar Goeree concludeert in een huis-aan-huisblad uit Matheüs 27:25 dat de Joden hun vernietiging over zichzelf hebben afgeroepen. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het echtpaar Goeree bij het belijden van de godsdienstige overtuiging de verantwoordelijkheid volgens de wet heeft verzaakt. Dit komt door de gekozen bewoordingen en de wijze waarop ze de uitlatingen

¹⁵¹ HR 31 oktober 1986, *NJ* 1987, 173 (Satanskerk, m.nt. Th.W. van Veen), ro. 3. Zie ook: Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 368-369 en Van Wissen 1992, p. 100-101.

¹⁵² Verwijzen naar MvT.

¹⁵³ Vb. Rb. Amsterdam 21 mei 2001, *AB* 2001, 342 (m.nt. B.P. Vermeulen). In deze uitspraak oordeelde de rechtbank dat artikel 2 Opiumwet buiten toepassing moest blijven omdat het in de specifieke casus een te grote inbreuk op de godsdienstvrijheid maakte. Vgl. Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 372-373.

¹⁵⁴ Artikel 137 c van het wetboek van strafrecht.

¹⁵⁵ HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203 (Van Dijke). Vgl. Hof 's-Gravenhage 18 november 2002, *NJ* 2003, 24 (El Moumni) en Hof Arnhem 26 juni 2001, *LJN* AB 2294 (dominee).

¹⁵⁶ Zie Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 614, nr. 2, p. 20.

¹⁵⁷ Rb. 's-Gravenhage, 15 maart 2005, *LJN* AT 0303 (Hirsi Ali).

¹⁵⁸ Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 54-55.

hebben gedaan.¹⁵⁹ Deze uitspraak van de Hoge Raad heeft gevolgen voor de godsdienstvrijheid, doordat ook godsdienstbelijders zich aan de normen van de onrechtmatige daad moeten houden voor wat betreft de vorm waarin zij hun opvattingen kenbaar maken. Het onrechtmatige daadsrecht voegt eigenlijk een horizontaal aspect aan de vrijheid van godsdienst toe. De rechter kan de vorm waarin uitlatingen op basis van de godsdienstvrijheid gedaan zijn, toetsen en nagaan of de uitlatingen niet nodeloos grievend of kwetsend zijn. Daarbij is niet doorslaggevend of de opvattingen op veel weerstand stuiten, maar of de wijze waarop de opvattingen uitgedragen worden niet nodeloos grievend is.¹⁶⁰ Niet de inhoud van de boodschap is dus bepalend voor de eventuele onrechtmatigheid, maar de vorm waarin de boodschap gegoten is.

Ook hier spelen de omstandigheden van het geval een rol, zoals de vraag of de boodschap in het openbaar wordt uitgedragen en of beide partijen bijvoorbeeld lid zijn van hetzelfde kerkgenootschap. Naarmate betrokkenen een minder sterke band hebben met het kerkgenootschap zal er eerder sprake zijn van een onrechtmatige daad.¹⁶¹ Ook ten aanzien van het onrechtmatige daadsartikel geldt dat de rechter in ieder concreet geval een evenwicht tracht te vinden tussen de godsdienstvrijheid en de mate waarin de normen van zorgvuldigheid zijn nageleefd.

De rechter zoekt in iedere situatie dus naar het omslagpunt, van welk afwijkend gedrag nog wel is toegestaan met een beroep op de religie naar welk gedrag de verantwoordelijkheid volgens de wet schendt. Onder belijden valt niet enkel het aanhangen van het geloof, maar tevens het zich daarnaar gedragen.¹⁶² Ouders mogen bijvoorbeeld zelf bepalen hoe en volgens welke godsdienstige stroming zij hun kinderen opvoeden. De overheid mag echter ingrijpen in levensbedreigende situaties, zoals het geval kan zijn bij het weigeren van bloedtransfusie voor hun kinderen door Jehova's getuigen.¹⁶³ Een wens van een werknemer om een snipperdag op te nemen voor een godsdienstige feestdag mag niet verschillend behandeld worden al naar gelang de godsdienst en zal in redelijke gevallen toegewezen dienen te worden. Een werkgever kan echter de grens trekken daar waar te verwachten valt dat de gang van zaken in het bedrijf ernstig zal worden geschaad door afwezigheid van de betrokken werknemer op die dag.¹⁶⁴

2.6 Conclusie

De vrijheid van godsdienst blijkt geen vastomlijnde inhoud te hebben, maar steeds afhankelijk te zijn van statelijke en soms zelfs van regionale omstandigheden. Het EHRM zoekt bij de beoordeling van de al dan niet toelaatbaarheid van een beperking van de godsdienstvrijheid steeds naar een eindbeslissing waarin de pluriformiteit van de democratische samenleving zo veel als mogelijk wordt gewaarborgd. Het kan daarom gebeuren dat een beperking in de ene staat wordt toegelaten en in de andere niet. Door

¹⁵⁹ HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702 (Echtpaar Goeree, m. nt. EAA). Ook gepubliceerd in: AB 1988, 276 (m. nt. J.A. Hofman en B.M.J. van der Meulen).

¹⁶⁰ Oldenhuis 1988 (Deel I), p. 232-233. Zie ook: Slump 1997, p. 77-80. Dit sluit aan bij de zienswijze van het EHRM dat de vrijheid van meningsuiting in een pluralistische samenleving met zich mee kan brengen dat opvattingen shockeren om het maatschappelijke debat aan te zwengelen.

¹⁶¹ V.zr. Rb. Arnhem, 24 februari 1989, KG 1989, 114 (rectificatie gebed). In hoofdstuk 6 wordt deze uitspraak uitgebreid behandeld.

¹⁶² Vb. Ktr. Tiel, 1 september 2004, PRG 2005, 16 (m. nt. A.J.J. van der Heiden).

¹⁶³ Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 47.

¹⁶⁴ HR 30 maart 1994, NJ 1985, 350 (Islamitische feestdag, m. nt. FHvdB).

middel van een ruime *margin of appreciation* kan het EHRM gewicht toekennen aan de specifieke omstandigheden van een land.

Zo staat het EHRM de Turkse overheid toe de Refah Partisi te ontbinden, omdat in haar partijprogramma staat dat zij invoering van de sharia voor het islamitische deel van de bevolking wenst. Het EHRM oordeelt dat de sharia in strijd is met de fundamentele beginselen die aan het EVRM ten grondslag liggen. De sharia wordt geacht in strijd te zijn met de democratische rechtsorde, ondanks dat zij geen kant-en-klaar wetsysteem bevat en er vele interpretaties van mogelijk zijn. Het EHRM bevestigt in deze uitspraak dat pluralisme één van de ijkpunten in de democratische samenleving is. Die pluriformiteit zou in Turkije in gevaar komen als religie in politieke zin gebruikt zou worden door een meerderheid van de bevolking. Het strikt seculiere karakter van de Turkse staat moet daarom bewaakt worden, omdat alleen dan voorkomen kan worden dat een religieuze overtuiging aan alle onderdanen wordt opgelegd.

Dergelijke beperkingen van de godsdienstvrijheid zouden in ons land niet snel toelaatbaar worden geoordeeld. De Nederlandse situatie wijkt sterk af van de Turkse situatie. De Nederlandse samenleving is er een waarbinnen verschillende godsdienstige stromingen naast elkaar bestaan en zijn geïnstitutionaliseerd door middel van bijvoorbeeld het bijzonder onderwijs. De neutraliteit van de staat in Nederland is veel meer gelegen in het feit dat de staat alle religies gelijk behandelt dan in het feit dat religie en levensovertuiging niet mogen doordringen in het publieke domein omdat ze de seculariteit van de staat zouden aantasten. Religieuze pluriformiteit wordt in ons land juist gewaarborgd door aan religieuze uitingen optimaal de ruimte te geven.

Uitingen van godsdienstvrijheid dienen echter wel te blijven binnen de grenzen zoals getrokken door strafbare feiten in de formele wetgeving en door de onrechtmatige daad. Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid gaat het niet zozeer om de inhoud van de boodschap als wel om de vorm waarin deze boodschap gegoten is. Van onrechtmatigheid is eerder sprake als de gedraging sterk naar buiten is gericht. Hoe meer de gedraging naar binnen is gericht, des te meer gewicht wordt toegekend aan de godsdienstvrijheid.

3 Grondrechten in een pluriforme samenleving

3.1 Inleiding¹⁶⁵

De grondrechten waarborgen de pluriformiteit van een maatschappij: zij zijn te beschouwen als één van de ijkpunten van een democratische samenleving. Zij dragen eraan bij dat een ieder vanuit zijn of haar eigen waarden deel kan nemen aan de democratie door gebruik te maken van de democratische rechten zoals die zijn neergelegd in de Grondwet. Voorbeelden hiervan zijn het kiesrecht, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging.

Doel van de grondrechten is onder meer om andersdenkenden dezelfde ruimte te geven als gelijkgestemden. De uitoefening van een grondrecht kan ten koste gaan van het grondrecht van een ander. Zo kan uitoefening van de vrijheid van godsdienst ten koste gaan van het gelijkheidsbeginsel, maar het omgekeerde is evengoed mogelijk. Een beperking van de vrijheid van meningsuiting kan ten koste gaan van de vrijheid van godsdienst. Botsingen van grondrechten zijn inherent aan een pluriforme samenleving. Men zou zelfs kunnen stellen dat hoe pluriformer een samenleving is, hoe groter de kans is op botsingen.

De afgelopen jaren heeft zich regelmatig een botsing van grondrechten voorgedaan als gevolg van met name het uitdragen van islamitische waarden in handelingen en uitingen. Vaak maakt dit vele tongen los en vormt het aanleiding het religieus en cultureel pluralisme ter discussie te stellen. Waarom dit juist het uitdragen van islamitische waarden en beginselen aan de orde wordt gesteld, is een intrigerende vraag. Er zijn immers ook christelijk-orthodoxe opvattingen die sterk afwijken van de meerderheidsopvatting. Die worden echter al jaren stilzwijgend gerespecteerd. Men kan denken aan het nog steeds voor vele meisjes geldende broekverbod. Ouders verplichten hun kinderen een rok te dragen op grond van bijbelse opvattingen over vrouwen. Overigens is het zo dat orthodox-christelijke opvattingen hoewel al jaren getolereerd nu in het kielzog van de discussie over islamitische waarden en normen worden meegezogen.¹⁶⁶

Voor het ter discussie stellen van islamitische deugden bestaan een aantal redenen. Ten eerste is de islam als godsdienst historisch gezien 'vreemd' in de Nederlandse samenleving. Afwijkende opvattingen van orthodoxe christenen zijn van oudsher ingebed in de Nederlandse samenleving. De islam als godsdienst is op de schaal waarin zij nu voorkomt in Nederland een relatief nieuw verschijnsel. Ten tweede heeft het merendeel van de Nederlandse moslims een andere culturele en etnische achtergrond. Het debat over godsdienstvrijheid wordt hierdoor 'vervuild' door de integratieproblematiek. Dat maakt het debat tussen autochtonen en moslims ongemeen fel, waarbij tolerantie en onderlinge respect, beide van belang voor het goed functioneren van een pluriforme samenleving, niet zelden ontbreken.¹⁶⁷

¹⁶⁵ In juni 2004 is een themanummer van NJCM-bulletin verschenen dat geheel gewijd was aan dit onderwerp, met bijdragen van o.a. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt. Zie verder de Nota grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 614, nr. 2.

¹⁶⁶ Zo neemt de rechtbank Den Haag bijvoorbeeld in haar oordeel dat de staat de subsidie van de SGP stop moet zetten zelfs mee dat er in de toekomst vaker politieke partijen zullen ontstaan die vrouwen ongelijk behandelen op basis van religie. RB 's-Gravenhage 7 september 2005, *NJ 2005*, 473 (SGP)

¹⁶⁷ Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 9-10.

Ook moeten wij wijzen op het feit dat immigranten tijdens maar ook na succesvolle integratie banden blijven houden met landen van herkomst, alsmede (religieuze) organisaties en autoriteiten in die landen. De invloed die de Turkse staat heeft op moskeeorganisaties in Nederland is hier een concreet voorbeeld van. Men zou de vergelijking kunnen trekken met de invloed die 'Rome' geacht wordt te hebben in religieus opzicht op Nederlandse rooms-katholieken.

In deze situatie is er een belangrijke taak voor de overheid weggelegd om de neutrale waarden van de grondrechten nader te definiëren en ervoor zorg te dragen dat een ieder grondrechtelijke vrijheden kan genieten. Meer concreet is het de taak van de wetgever en het bestuur om de randvoorwaarden te scheppen in wetgeving en beleid. De regering stelt zich in de Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving op het standpunt dat de huidige Grondwet ook in de steeds pluriformer geworden samenleving waarborgt dat vreedzaam kan worden samengeleefd. Daarom acht de Nota het niet nodig om de grondwet te wijzigen, noch om een hiërarchie aan te brengen in de grondrechtencatalogus. De rechter moet in concrete gevallen een afweging maken welk grondrecht zwaarder weegt. De nota stelt wel dat de communicatie over de uitspraken van rechters en de CGB van belang is.¹⁶⁸

In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe de rechter met dit probleem om gaat. Hierbij wordt tevens gekeken in hoeverre grondrechten bijdragen aan integratie, dan wel een belemmering vormen voor deelname aan de Nederlandse samenleving¹⁶⁹. Soms lijkt het alsof islamitische deugden in de weg staan aan integratie, maar desalniettemin onbekommerd kunnen voortbestaan als gevolg van bescherming door grondrechten. Het streven naar pluriformiteit lijkt onbegrensd te zijn.

In de volgende paragrafen volgt een inventarisatie van de rechtspraak waarin islamitische waarden of gedragingen een rol hebben gespeeld. Achtereenvolgens komen aan de orde: de vrijheid van godsdienst tot uiting komend in het dragen van een hoofddoek of een gezichtsbedekkende sluier, de vrijheid van godsdienst tot uiting komend in afwijkend groetgedrag en het gelijkheidsbeginsel waar het gaat om de positie van de vrouw in religies. Bij deze inventarisatie komen uitspraken van verschillende rechtsprekende als ook niet-rechtsprekende instanties aan de orde. Allereerst volgt een beschrijving van de jurisprudentie van het EHRM, dan volgt die van de Nederlandse rechter en tenslotte wordt aandacht besteed aan de Commissie Gelijke Behandeling (CGB).

3.2 Verbod van religieuze uitingen

Het dragen van een hoofddoek is voor een deel van de islamitische vrouwen een manier om uitdrukking te geven aan hun religieuze gevoelens. Deze religieuze manifestatie valt daarmee onder de bescherming van de godsdienstvrijheid. Hier doet er niet aan af dat er binnen de islam verschil van opvatting bestaat over de vraag of de islam het dragen van een hoofddoek voorschrijft.¹⁷⁰ Toch bestaat er vaak onduidelijkheid over de vraag in welke mate er beperkingen gesteld mogen worden aan deze vorm van godsdienstmanifestatie. In deze paragraaf staat de vraag centraal hoe de verschillende

¹⁶⁸ Nota grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 614, nr. 2.

¹⁶⁹ Zie ook: P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Uitoefening van grondrechten als voorwaarde voor integratie in een democratische rechtsstaat', *NJCM-bulletin* 2006, p. 654-663.

¹⁷⁰ Nota grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 614, nr. 2, p. 15.

rechtsprekende en semi-rechtsprekende instanties het dragen van een hoofddoek en een eventueel verbod daarop benaderen.

3.2.1 Toetsingskader van het EHRM

Het EHRM ziet zich regelmatig geplaagd voor de vraag of een hoofddoekverbod geoorloofd is. Het EHRM hanteert in deze vraagstukken de godsdienstvrijheid in artikel 9 EVRM als toetsingskader. In zaken waar de godsdienstvrijheid in het geding is laat het EHRM een ruime *margin of appreciation* aan de verschillende staten. Om dit begrip te verduidelijken zal in deze paragraaf een aantal uitspraken van het EHRM met betrekking tot de hoofddoek besproken worden. Deze uitspraken hebben alle betrekking op het dragen van een hoofddoek in het onderwijs. In hoofdstuk 2 van dit rapport is het toetsingskader van de verschillende rechterlijke instanties in zaken met betrekking tot de godsdienstvrijheid besproken. Voor een beter begrip van de uitspraken hieronder nog een keer het toetsingsschema van het EHRM ten aanzien van artikel 9 EVRM:

- Is er sprake van een uiting die op godsdienst is gebaseerd?
- Is er een beperking op de godsdienst gemaakt?
- Is de beperking voorzien bij een wet die voldoende toegankelijk en nauwkeurig is?
- Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?
- Blijven staten binnen de ruime *margin of appreciation*?

Hoofddoekverbod bij docenten

Dahlab tegen Zwitserland. EHRM 15 februari 2001¹⁷¹

In het arrest Dahlab tegen Zwitserland dient een Zwitserse lerares (Dahlab) een klacht in bij het EHRM, omdat het haar verboden is om een hoofddoek voor de klas te dragen. Dahlab is lerares op een openbare basisschool in het Zwitserse kanton Genève. In 1991 keert zij de Rooms-Katholieke Kerk de rug toe, om de islam te gaan belijden. In hetzelfde jaar besluit Dahlab een hoofddoek te gaan dragen. Hoewel de lerares drie jaar lang de hoofddoek draagt zonder hierover klachten te ontvangen van de ouders en de leerlingen, verbiedt de algemeen directeur van het primaire onderwijs in het betreffende Zwitserse kanton haar de hoofddoek nog langer te dragen. Er worden enkele nationale rechtszaken gevoerd, waarin het Zwitserse Federale Hof als beslissende instantie oordeelt dat de directeur gerechtigd is om een hoofddoekverbod aan Dahlab op te leggen.

Het Zwitserse Federale Hof overweegt dat het recht op neutraal onderwijs voor de kinderen zwaarder weegt dan de godsdienstvrijheid van Dahlab. In deze overweging speelt mee dat het Zwitserse kanton Genève een scheiding tussen kerk en staat kent, die is doorgevoerd in het seculiere karakter van de staatsscholen. Enkel niet-gewijden mogen van oudsher les geven op de openbare scholen. Het onderhavige hoofddoekverbod dat door de overheid is opgelegd,

¹⁷¹ EHRM 15 februari 2001, Zaak 42393/98, *RJ&D* 2001-V, *Nemesis actualiteitenkatern* 2001, p. 2-6 (Dahlab tegen Zwitserland –ontvankelijkheidsbeslissing).

getuigt volgens het Federale Hof van een steeds sterker wordende behoefte om het staatsonderwijs religieusneutraal te houden. In de onderwijswetgeving van Genève is vastgelegd dat de politieke en religieuze overtuigingen van de leerlingen en ouders op de openbare scholen gerespecteerd worden en dat de geloofsvrijheid en gewetensvrijheid van de leerlingen niet aangetast mogen worden. Juist nu het om een lerares van jonge kinderen gaat, bestaat volgens het Federale Hof het risico dat de kinderen beïnvloed worden. Ook overweegt het Federale Hof dat het dragen van een hoofddoek niet in overeenstemming is met de gelijkheid van man en vrouw en dat het dragen van een hoofddoek reacties op zal roepen, waardoor de neutraliteit van het onderwijs in geding komt.

Het EHRM hanteert het toetsingsschema van artikel 9 EVRM en de beslissende vraag is of het verbod op de hoofddoek in casu noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het EHRM oordeelt dat het moeilijk is in te schatten wat de effecten van de hoofddoek op de jonge kinderen zal zijn, maar concludeert dat de hoofddoek wel een zeker bekerend effect zou kunnen hebben op de jonge kinderen. Het EHRM overweegt dat de *margin of appreciation* niet is overschreden door de Zwitserse overheid. Het dragen van een hoofddoek is in de ogen van het EHRM moeilijk te verenigen met tolerantie, respect, seksegelijkheid en non-discriminatie, de beginselen die een lerares als vertegenwoordiger van de staat moet overbrengen. Het EHRM verklaart de klacht kennelijk ongegrond en oordeelt Dahlab niet-ontvankelijk in haar vordering.

Kurtulmus tegen Turkije EHRM 24 januari 2006¹⁷²

In Kurtulmus tegen Turkije staat een hoofddoekverbod van een Turkse docent aan de universiteit centraal. Kurtulmus is docent aan de universiteit van Istanbul, als zij in 1998 geschorst wordt, omdat zij weigert haar hoofddoek af te doen. Zij voert hiertegen bezwaar aan en krijgt zowel bij de universiteit als de Turkse rechter ongelijk. Bij het EHRM beklagt Kurtulmus zich over het hoofddoekverbod en voert ze aan dat het hoofddoekverbod in strijd met artikel 9 EVRM is. Het EHRM verklaart de klager niet ontvankelijk in haar vordering, omdat de klacht volgens het hof kennelijk ongegrond is.

Het toetsingsschema leidt er ook in deze zaak toe dat de afweging vooral plaatsvindt ten aanzien van de vraag of de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het EHRM neemt van Kurtulmus aan dat zij de hoofddoek uit religieuze overtuiging draagt en dat de regeling van de universiteit een beperking op deze manifestatie is. Het EHRM oordeelt dat het wettelijke voorschrift voorzienbaar en toegankelijk is en oordeelt dat de beperking is gemaakt ter bescherming van de rechten van anderen en de openbare orde. Vervolgens komt het EHRM toe aan de vraag of de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving.

¹⁷² EHRM 24 januari 2006, RVDW 2006, 359 (Kurtulmus tegen Turkije).

Het EHRM acht het verbod noodzakelijk in een democratische samenleving vanwege de *margin of appreciation*, de strikte scheiding tussen kerk en staat in Turkije, vanwege het neutrale karakter van de universiteit dat gewaarborgd moet worden en vanwege de onpartijdigheid van het overheidsapparaat waar Kurtulmus als docent deel van uitmaakt.

Hoofddoekverbod voor leerlingen

Leyla Sahin tegen Turkije¹⁷³

In tegenstelling tot de hiervoor besproken uitspraken gaat het in dit arrest om een studente die een hoofddoek draagt. Het is de eerste keer dat het EHRM zich ten gronde uitlaat over een hoofddoekverbod voor studenten.¹⁷⁴ De zaak is aangespannen door Leyla Sahin, een Turkse studente aan de Universiteit van Istanbul, die een hoofddoek draagt. De Universiteit van Istanbul kent een circulaire die het tonen van religieuze symbolen, zoals een hoofddoek en een baard, verbiedt. Sahin weigert haar hoofddoek af te doen, waarop de universitaire autoriteiten een disciplinaire procedure starten. Als uiterste disciplinaire maatregel wordt Sahin geschorst voor de duur van een semester in 1999.

Sahin spant bij de administratieve rechtbank in Istanbul twee procedures aan. Een procedure tegen de circulaire, omdat die in strijd zou zijn met het EVRM en een procedure tegen de schorsing. Beide vorderingen worden zowel in eerste aanleg, als in hoger beroep ongegrond verklaard. In 1998 dient Sahin een klacht in bij het EHRM over de circulaire. De kleine kamer oordeelt in 2004 unaniem dat er geen sprake is van een schending van artikel 9 EVRM. Op verzoek van Sahin wordt intern appel bij de grote kamer van het EHRM ingesteld, die op 10 november 2005 de uitspraak van de kleine kamer bevestigt.

Het EHRM toetst ook in dit arrest het dragen van de hoofddoek aan artikel 9 EVRM. Sahin geeft aan dat zij de hoofddoek draagt uit religieus motief. Het EHRM gaat hierin mee en oordeelt dat de regeling een beperking is op de vrijheid van godsdienst van Sahin. Het EHRM neemt derhalve aan dat het dragen van een hoofddoek voor Sahin een godsdienstige uiting is, ook al draagt niet iedere moslima een hoofddoek. Vervolgens stelt het EHRM vast dat de beperking voldoende wettelijk gefundeerd is en dat de beperking aan de doelcriteria voldoet. De beperking is gesteld ter bescherming van de rechten van anderen en de openbare orde.

¹⁷³ EHRM (kleine kamer) 29 juni 2004, *AB* 2004, 338 (Sahin tegen Turkije, m.nt. B.P. Vermeulen). En EHRM (grote kamer) 10 november 2005, *NJ* 2006, 170 (Sahin tegen Turkije, m.nt. E.A. Alkema). Ook gepubliceerd in *RVDW* 2006, 68.

¹⁷⁴ De Europese Commissie voor de rechten van de mens heeft al wel eens geoordeeld over een Turkse studente die niet mocht afstuderen met een hoofddoek. In die beslissing achtte het ECRM de klagster niet ontvankelijk, omdat de godsdienstvrijheid niet in het geding zou zijn. Er is in die uitspraak derhalve geen sprake van een toetsing aan de beperkingsgronden in lid 2 van artikel 9 EVRM. ECRM (ontvankelijkheidsbeslissing) 3 mei 1993, Zaak. 16278/90, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1993, 97 (Karaduman tegen Turkije, m.nt. B.P. Vermeulen).

Tenslotte komt het EHRM bij de vraag of de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het EHRM overweegt wederom dat in deze afweging aan de staten een ruime *margin of appreciation* toekomt.

Het EHRM oordeelt dat het dragen van de hoofddoek een bedreiging vormt voor de seculiere staat en verwijst daarbij naar het arrest inzake de Refah Partisi.¹⁷⁵ Bij de stichting van de Turkse staat is afstand genomen van de islam als staatsgodsdienst en is bewust gekozen voor de strikte scheiding van kerk en staat. In Turkije is de hoofddoek een tijd lang een politiek symbool geweest. Het EHRM oordeelt dat er nog steeds politieke partijen in Turkije zijn die de politieke islam in willen voeren en hun religie willen opleggen aan anderen. In de Turkse samenleving kan de hoofddoek als symbool op grond daarvan een grote *impact* hebben op niet-religieuzen. Religieuze manifestaties in het openbaar zijn niet toegestaan in Turkije, omdat de seculiere staat moet worden beschermd.

Köse en 93 anderen tegen Turkije¹⁷⁶

Köse en anderen zijn leerlingen van een middelbare school met een religieus kader, waar een hoofddoekverbod geldt, met uitzondering van de koranlessen. Aan de leerlingen wordt de toegang tot de school geweigerd, als zij uit religieuze overtuiging met hoofddoek de lessen willen volgen. De ouders hebben eerst protest aangetekend bij de school en besluiten daarna om rechtstreeks een klacht in te dienen bij het EHRM. Gezien de jurisprudentie in Turkije achten zij een klacht bij de Turkse rechter weinig zinvol.

De grondslag van de klacht artikel 2 van het Eerste protocol bij het EVRM. Dit artikel bevat twee rechten die met elkaar verband houden.¹⁷⁷ De eerste zin van dit artikel bepaalt dat niemand het recht op onderwijs mag worden ontnomen. De tweede zin bepaalt dat de overheid bij alle taken die verband houden met opvoeding en onderwijs het recht van de ouders te eerbiedigen dat zij zich van opvoeding en onderwijs kunnen verzekeren dat in overeenstemming is met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.

De ouders baseren hun vordering in de zaak Köse tegen Turkije enerzijds op de eerste zin van artikel 2, omdat de weigering van de toegang tot de school volgens hen een beperking is op het recht van de leerlingen op onderwijs. Anderzijds baseren de ouders hun vordering op de tweede zin van artikel 2 van het protocol, omdat de weigering van de leerlingen volgens hen ook een schending is van het recht van ouders op onderwijs, gebaseerd op hun eigen religieuze overtuiging. De ouders voeren ten slotte aan dat het hoofddoekverbod

¹⁷⁵ EHRM 31 juli 2001, *NJ* 2005, 73 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij, m.nt. EAA). Ook gepubliceerd in *AB* 2002, 179 (m.nt. M.J. Kanne). Zie ook: EHRM (Grand chamber) 13 februari 2003, *AB* 2003, 152 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij II, m.nt. M.J. Kanne). Zie hoofdstuk 2.

¹⁷⁶ EHRM 24 januari 2006, EHRC 2006, 63 (Köse en anderen tegen Turkije, m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt). Zie ook: EHRM 24 januari 2006, *RVDW* 2006, 365 (Köse en anderen tegen Turkije).

¹⁷⁷ Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 643.

discriminatoire is en in strijd is met de godsdienstvrijheid van hun kinderen.¹⁷⁸ Het EHRM verklaart klagers niet-ontvankelijk, omdat de klachten volgens het EHRM kennelijk ongegrond zijn.

Het EHRM oordeelt allereerst in algemene bewoordingen dat het recht op onderwijs garandeert dat een ieder recht heeft op toegang tot een school. Op dit recht worden echter soms beperkingen toelaatbaar geacht, waarin de staten wederom een ruime *margin of appreciation* hebben. Het EHRM houdt echter de bevoegdheid om de beperkingen te toetsen aan het EVRM. Ook bij dit protocol hanteert het EHRM een toetsingsschema waarin achtereenvolgens beoordeeld wordt of de beperkingen voorzienbaar zijn, een legitiem doel nastreven en proportioneel zijn. Het zwaartepunt van de overweging ligt ook in deze zaak bij de proportionaliteitstoets. Staat de maatregel in redelijke verhouding tot het beoogde doel?

Het EHRM oordeelt dat de maatregelen helder en voorzienbaar zijn en dat de maatregelen gerechtvaardigd zijn in een democratische samenleving om de belangen van anderen en de openbare orde te beschermen en om de neutraliteit van het middelbaar onderwijs te waarborgen. Het EHRM noemt drie punten in zijn overweging ten aanzien van de proportionaliteit. Allereerst overweegt het EHRM dat de maatregelen proportioneel zijn, omdat het verbod niet absoluut is. Het dragen van een hoofddoek is immers wel tijdens de koranlessen is toegestaan. Ten tweede oordeelt het EHRM dat er bemiddelingspogingen zijn gedaan, voordat aan de meisjes de toegang tot de school is geweigerd. Tenslotte oordeelt het EHRM dat de school voor de Turkse wet onderdeel uitmaakt van het Turkse schoolstelsel dat wordt gekenmerkt door het secularisme. Reden hiervoor is dat de school geen confessionele grondslag heeft, ook al is de school zelf gericht op religieuze kaders. Het is derhalve in overeenstemming met het EVRM om in het belang van het seculier karakter van de Turkse staat, een hoofddoekverbod uit te vaardigen op de Turkse openbare middelbare school.

Evaluatie uitspraken EHRM

Het EHRM staat in de zaken waarin Turkije als staat betrokken is, vergaande beperkingen op de vrijheid van godsdienst toe op openbare scholen. Alle beperkingen die Turkije stelt op het dragen van een hoofddoek, of het nu gaat om een lerares, een scholier, of een student, worden door het EHRM in stand gelaten. Het scheppen van garanties voor een pluriforme samenleving blijft telkens binnen de door het verdrag gegeven beleidsvrijheid.

Ook in Zwitserland staat het EHRM een hoofddoekverbod voor een docent op een openbare school toe. Zwitserland bestaat uit kantons, die deelstaat zijn van de

¹⁷⁸ Aan de artikelen 9 en 14 EVRM besteedt het EHRM slechts weinig woorden. Als er als sprake is van een beperking op artikel 9 EVRM, is die volgens het EHRM geoorloofd, op grond van de argumenten die ten aanzien van artikel 2 van het eerste protocol genoemd zijn. Bovendien heeft de regeling volgens het EHRM geen discriminatoire karakter, omdat de voorschriften voor alle religies en zowel voor jongens als meisjes geldt. Het EHRM spreekt niet over het feit dat meisjes met een hoofddoek onevenredig door de voorschriften getroffen kunnen worden.

federatie. Elk kanton heeft zijn eigen grondwet, parlement, regering en rechtspraak. De kantons zijn vrij om aan een bepaalde religie de status van landskerk toe te kennen. De zaak Dahlab tegen Zwitserland speelt zich af in het kanton Genève, dat geen landskerk kent en gekenmerkt wordt door een scheiding van kerk en staat. Deze scheiding van kerk en staat volgt uit de constitutie van Genève en is met name zichtbaar in het openbaar onderwijs dat een seculier karakter heeft.

In Kurtulmus tegen Turkije heeft het hoofddoekverbod zijn grondslag in de strikte scheiding tussen kerk en staat en de neutraliteit van scholen. In die uitspraak bevestigt het EHRM eigenlijk de lijn die het in Sahin tegen Turkije heeft uitgezet. In Kurtulmus tegen Turkije weegt de neutraliteit van de staat echter extra zwaar, omdat het om een docent gaat die onderdeel uitmaakt van het overheidsapparaat. In Dahlab tegen Zwitserland staat ook een docent centraal, maar het verschil is dat in die zaak de jonge leeftijd van de kinderen eraan bijgedragen heeft dat het verbod is ingesteld. De leerlingen zouden door hun jonge leeftijd erg vatbaar zijn voor beïnvloeding door religieuze uitingen. Dit heeft de doorslag gegeven in de overweging van het EHRM. Dat argument vindt in Kurtulmus tegen Turkije geen toepassing, omdat een docent aan een universiteit centraal staat. Toch wordt ook dit hoofddoekverbod noodzakelijk in een democratische samenleving geacht, vanwege de specifieke situatie in Turkije.

Het EHRM maakt een staatsrechtelijke afweging tussen de godsdienstvrijheid enerzijds en het belang van de seculiere staat en het gelijkheidsbeginsel anderzijds. Hierin speelt de staatsrechtelijke situatie van Turkije een belangrijke rol. Bij de stichting van de Turkse staat in 1923 is gekozen voor de invoering van een strikt seculier systeem de enige mogelijkheid is om te voorkomen dat moslimfundamentalisten naar de macht zouden kunnen grijpen. In 1937 is het secularisme als uitgangspunt van de staat in artikel 2 van de Grondwet opgenomen.

In Turkije is een groot deel van de bevolking moslim en bestaat er dientengevolge geen ongerede angst voor de politieke islam. Om die reden is de Refah Partisi al bij herhaling ontbonden, want zij wenst de islamitische wetten in te voeren.¹⁷⁹ De beantwoording van de vraag of het hoofddoekverbod noodzakelijk is in een democratische samenleving, plaatst het EHRM in dit brede kader. Gezien de historische context, de hoeveelheid mensen die de islam aanhangen en de angst voor de politieke islam, is de beperking van de hoofddoek als symbool van de islam volgens het EHRM noodzakelijk in een democratische samenleving. De hoofddoek kan volgens het EHRM als politiek symbool gevoelens van angst voor de politieke islam in Turkije oproepen.

Het EHRM stelt ook in zijn algemeenheid dat een hoofddoekverbod uitdrukking geeft aan het beginsel van gelijkheid van man en vrouw. Het EHRM acht de boodschap van een hoofddoek niet in overeenstemming met het uitgangspunt van seksegelijkheid. Dit is een vergaande uitspraak waarin het EHRM alle dragers van een hoofddoek gelijk benadert en suggereert dat de hoofddoek een symbool van onderdrukking is. Aan het dragen van een hoofddoek liggen echter zeer uiteenlopende redenen ten grondslag, die niet allemaal te herleiden zijn tot onderdrukking.¹⁸⁰

¹⁷⁹ EHRM 31 juli 2001, *NJ* 2005, 73 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij I, m.nt. EAA). Zie ook: *AB* 2002, 179 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij I, m.nt. M.J. Kanne). Zie ook: EHRM (Grand chamber) 13 februari 2003, *AB* 2003, 152 (Ontbinding van de Turkse Refah-partij II, m.nt. M.J. Kanne).

¹⁸⁰ Loenen verwijst naar een uitspraak van het Duitse *Bundesverfassungsgericht*, waarin de hoogste Duitse rechter aangeeft “dat men de hoofddoek niet zonder meer kan duiden als iets dat in strijd komt met de notie van seksegelijkheid” (Bundesverfassungsgericht 24 september 2003, zaak Ludin, www.bundesverfassungsgericht.de). Loenen 2006 (Grenzen van religieus pluralisme), p. 304-310. Zie

In Sahin tegen Turkije concludeert het EHRM dat een culturele of religieuze uiting ook als die van een student op een openbare universiteit komt een bedreiging is voor de seculiere samenleving en niet in overeenstemming is met de gelijkheid van man en vrouw.

Voor de specifieke situatie van Turkije is de uitspraak van het EHRM begrijpelijk. De directe betekenis van dit arrest voor Nederland is echter slechts gering. Pluriformiteit van de samenleving wordt hier te lande op geheel andere wijze bevorderd. Vermeulen geeft aan dat het lastig is om het beginsel van gelijkheid van man en vrouw in te roepen om bepaalde vrouwen de toegang tot de universiteit te ontzeggen.¹⁸¹ Een verbod op het dragen van een hoofddoek leidt tot uitsluiting van vrouwen op de universiteiten. Het verbod zou daarmee een vorm van indirecte discriminatie tot gevolg hebben. Dit argument past in het uitgangspunt van de Nederlandse regering in de Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving. De regering heeft als uitgangspunt dat vrouwen om zeer uiteenlopende redenen een hoofddoek dragen. Als dit gebeurt vanwege traditionele verhoudingen tussen man en vrouw is volgens de regering voorzichtigheid geboden. Dit is echter niet altijd het geval. Er zijn ook veel vrouwen die een hoofddoek dragen om redenen van emancipatie, identiteit of trots. Een hoofddoekverbod leidt volgens de regering tot een rechtsongelijkheid op basis van gelijkheid en geslacht, waardoor vrouwen uitgesloten worden van bijvoorbeeld onderwijs en arbeid. De vrijgevochten positie van de vrouw zou dan eigenlijk teniet worden gedaan door een hoofddoekverbod.¹⁸²

Het EHRM acht het van groot belang dat de overheid een neutrale rol inneemt in de interpretatie van grondrechten en het onderlinge tolerantie en respect bij de burgers bevordert, zodat er garanties bestaan voor een pluriforme maatschappij.

3.2.2 Toetsingskader van Nederlandse rechters en semi-rechterlijke instanties

Nederlandse rechters en semi-rechterlijke instanties toetsen religieuze uitingen aan het EVRM, de Grondwet en aan de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). De AWGB is een uitwerking van het discriminatieverbod in artikel 1 Gw. De AWGB verbiedt het maken van onderscheid op terreinen die van groot belang zijn voor het functioneren van mensen in de maatschappij, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting.¹⁸³

Kort gezegd gaat het hierbij om arbeidsverhoudingen en –voorwaarden, werkgever- of werknemersorganisaties, de vrije beroepen en het aanbieden van goederen of diensten in de uitoefening van beroep of bedrijf, door de openbare dienst, door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs of door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf, voorzover het aanbod in het openbaar geschiedt. De AWGB heeft een ruimer bereik dan de Grondwet in die zin dat deze wet uitdrukkelijk ook ziet op horizontale verhoudingen.¹⁸⁴

Vanwege de godsdienstvrijheid geldt de AWGB niet binnen kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag. De AWGB is

ook: Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 30-31. Zie ook: Nota grondrechten in een pluriforme samenleving, *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 614, nr. 2.

¹⁸¹ EHRM 29 juni 2004, *AB* 2004, 338 (Sahin tegen Turkije -kleine kamer-, m.nt. B.P. Vermeulen).

¹⁸² Nota grondrechten in een pluriforme samenleving, *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 614, nr. 2, p. 15.

¹⁸³ *Kamerstukken II*, 1990/1991, 22014, nr. 3, p.2.

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22014, nr. 3, p. 6.

evenmin van toepassing op het geestelijk ambt.¹⁸⁵ Reden hiervoor is dat de godsdienstvrijheid in de verticale verhouding met de overheid toekomt aan het kerkgenootschap en niet aan het desbetreffende individu.¹⁸⁶ De wetgever heeft dus in kerkelijke en levensbeschouwelijke organisaties en ten aanzien van geestelijke ambten expliciet ruimte gegeven aan de godsdienstvrijheid.¹⁸⁷ De Hoge Raad heeft in het licht hiervan beslist dat het uitsluiten van vrouwen voor het priesterambt niet door de AWGB bestreken wordt en dat een dergelijk onderscheid dus niet ontoelaatbaar is.¹⁸⁸

De AWGB verbiedt het maken van direct en indirect onderscheid. Artikel 1 AWGB geeft een beschrijving van wat direct en indirect onderscheid is:

Artikel 1 Algemene wet gelijke behandeling

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. onderscheid: direct en indirect onderscheid, alsmede de opdracht daartoe;
- b. Direct onderscheid is: onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat;
- c. Indirect onderscheid is: onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die bedoeld in onderdeel b, dat direct onderscheid tot gevolg heeft.

Direct onderscheid is verboden tenzij een wettelijke uitzondering van toepassing is. Voor dit hoofdstuk is het relevant dat er een uitzonderingsbepaling is gecreëerd ten behoeve van instellingen van bijzonder onderwijs en andere instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag.¹⁸⁹ Als voorbeelden hiervan noemt Loenen een katholiek ziekenhuis of een opvanghuis van het Leger des Heils.¹⁹⁰ Deze instellingen mogen met betrekking tot het aannemen van personeel eisen stellen die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor vervulling van de functie. De eisen mogen niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.¹⁹¹ Instellingen van bijzonder onderwijs mogen bovendien op grond van artikel 7 lid 2 AWGB eisen stellen ten aanzien van de leerlingen die deelnemen aan het onderwijs. Op dezelfde gronden en onder dezelfde beperkingen als de arbeidsverhouding.

Indirect onderscheid is onderscheid op een ogenschijnlijke neutrale grond, dat voor een groep mensen onevenredig ingrijpt. Hiervan kan sprake zijn indien een werkgever de neutrale eis stelt dat werknemers geen hoofddeksel mogen dragen, omdat dit niet past in de bedrijfsuitstraling. Een dergelijk verbod kan vrouwen die een hoofddoek dragen onevenredig raken, omdat mannen over het algemeen in de werkuitoefening geen hoofddeksel dragen. Indirect onderscheid is slechts toegestaan indien het gerechtvaardigd wordt door een objectief doel en het gehanteerde middel passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken.¹⁹²

¹⁸⁵ Artikel 3 Awgb bepaalt: “Deze wet is niet van toepassing op: a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag. B. Het geestelijk ambt.”

¹⁸⁶ Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 379.

¹⁸⁷ Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 44-45. Vgl. Jonkers 2006, p. 478.

¹⁸⁸ HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 330 (M. nt. EAA).

¹⁸⁹ Artikel 5 lid 2 onder a en c Awgb.

¹⁹⁰ Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 45.

¹⁹¹ Artikel 5 lid 2 onder a en c Awgb.

¹⁹² Vermeulen, Loof & Wegelin 2006, p. 42-43. Vgl.: Gerards & Heringa 2003, p. 23-26.

Toetsingsschema AWGB

- Is er sprake van direct onderscheid?
- Is er sprake van indirect onderscheid?
- Is het indirect onderscheid gerechtvaardigd?
 - a. Is het doel legitiem, in de zin van voldoende zwaarwegend en beantwoordend aan een werkelijke behoefte?
 - b. Is het middel passend om dat doel te bereiken?
 - c. Is het middel noodzakelijk in die zin dat het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot direct onderscheid?

3.2.3 De Nederlandse rechtspraak

Van de Nederlandse rechters bestaat opvallend genoeg nauwelijks relevante jurisprudentie op het terrein van de hoofddoekverboden. In deze paragraaf worden twee uitspraken kort besproken die zijdelings te maken hebben met een hoofddoekverbod.

Nikaab in de rechtszaal. Rechtbank Zwolle 10 oktober 2003¹⁹³

In deze uitspraak gaat het om een omgangsregeling tussen ouders en hun kind, waarin het noodzakelijk is dat beide ouders gehoord worden. De rechtbank komt voor een situatie te staan waarin het horen van de vrouw bemoeilijkt wordt, omdat de nikaab het voor de rechter onmogelijk maakt, om kennis te nemen van de houding en de lichaamstaal van de vrouw als procespartij.¹⁹⁴ Dit staat aan de waarheidsvinding en een zorgvuldige belangenafweging in de weg, omdat het voor de rechter onmogelijk is te zien hoe de vrouw op vragen van de rechter reageert.

De vrouw weigert in te gaan op het verzoek van de rechtbank om de nikaab af te doen en te volstaan met het dragen van een hoofddoek tijdens de zitting. Uiteindelijk laat de rechtbank de vrouw niet als procespartij toe bij de zitting. De rechter acht het verbod van toelating niet in strijd met de godsdienstvrijheid, omdat de godsdienstvrijheid niet met zich meebrengt dat de rechter in de uitoefening van zijn ambt wordt beperkt. Dat de rechtbank met afwezigheid van de vrouw misschien van gebrekkige informatie wordt voorzien, komt voor rekening van de vrouw. Uiteraard kan de advocaat van de vrouw haar wel ter zitting vertegenwoordigen.

Hoofddoek bij McDonalds. Kantonrechter Tiel 1 september 2004¹⁹⁵

Een werknemster bij een franchise onderneming van McDonalds gaat een hoofddoek dragen vanaf de dag dat haar tijdelijke contract is omgezet in een vast contract. De werkgever verwijst naar het huisreglement kledinguniformiteit van haar personeel, op grond waarvan het dragen van een hoofddoek niet is toegestaan. De werknemster verschijnt meerdere malen met een hoofddoek op het werk, waarop zij telkens naar huis gestuurd. Werknemeester besluit na een aantal werkpogingen om thuis te blijven, op grond waarvan zij een

¹⁹³ Rb Zwolle 10 oktober 2003, LJN AL8382 <www.rechtspraak.nl>.

¹⁹⁴ Een nikaab is een gezichtsbedekkende sluier waarin alleen een spleetje voor de ogen is vrijgehouden en de boerka is een gezichtsbedekkende sluier die een gaasje voor de ogen heeft.

¹⁹⁵ Ktr. Tiel, 1 september 2004, PRG 2005, 16 (Hoofddoek bij McDonalds m.nt. A.J.J. van der Heiden).

waarschuwing ontvangt dat in mei 2004 tot een ontslag op staande voet leidt.

De kantonrechter te Tiel neemt de AWGB als uitgangspunt en overweegt dat het ontslag in strijd is met artikel 5 en 8 van de AWGB. Er is volgens de kantonrechter sprake van indirect onderscheid op godsdienstige grondslag, omdat vrouwen die een hoofddoek dragen hoofdzakelijk door het reglement benadeeld worden. Godsdienstvrijheid omvat immers ook het zich gedragen naar de religieuze overtuiging.

De kantonrechter overweegt dat uniformiteit in werkkleding ook bewerkstelligd kan worden via andere middelen dan een verbod op het dragen van de hoofddoek. Te denken valt hierbij aan het ontwerpen van een hoofddoek die past bij de uitstraling van het bedrijf.

3.2.4 De Commissie gelijke behandeling

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) is belast met het toezicht op de AWGB. De CGB is een geschillencommissie bestaande uit 9 leden, waar men een klacht kan indienen over discriminatie. Het is uiteraard ook mogelijk om een procedure te starten bij de rechter op grond van de AWGB, maar de klachtenprocedure bij de CGB is minder formeel en goedkoper dan een rechtszaak. De CGB is voor personen een laagdrempelige procedure om discriminatie aan te kaarten. De oordelen van de CGB zijn niet bindend, waardoor ze ook niet kunnen worden afgedwongen bij niet-naleving. In de praktijk blijkt echter dat betrokkenen de oordelen wel naleven.

De CGB hanteert als algemene lijn dat het begrip godsdienst in de AWGB niet alleen het huldigen van een godsdienstige opvatting omvat, maar ook het zich daarnaar gedragen.¹⁹⁶ Gedragingen die, mede gelet op hun karakter en op de betekenis van godsdienstige voorschriften en regels, een rechtstreekse uitdrukking geven aan de godsdienstige overtuiging, worden beschermd door het verbod van onderscheid op grond van godsdienst. De AWGB biedt slechts dan geen bescherming aan godsdienstige uitingen, als het om een individuele, subjectieve uiting gaat die niet algemeen als geloofsuiting binnen een bepaalde godsdienstige stroming of groepering valt te typeren.¹⁹⁷

De vaste lijn in de oordelen van de CGB is dat het dragen van een hoofddoek rechtstreeks uitdrukking geeft aan de godsdienstige overtuiging, als de vrouw in kwestie aangeeft dat zij een hoofddoek draagt vanwege haar geloofsovertuiging. Hieraan doet niet af, dat er in islamitische kringen verschillend wordt gedacht over het dragen van een hoofddoek en dat niet iedere moslimvrouw of moslimmeisje een hoofddoek draagt.¹⁹⁸

In zijn algemeenheid kan geconcludeerd worden dat de CGB vergaande bescherming biedt ten aanzien van het dragen van een hoofddoek. Hieronder volgt een aantal situaties en rechtsverhoudingen waarin het dragen van een hoofddoek tot discussie en uiteindelijk tot een oordeel van de CGB heeft geleid. Bezien wordt hoe de CGB het dragen van een hoofddoek in de verschillende situaties benadert.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 5, p. 39/40.

¹⁹⁷ Zie bijvoorbeeld CGB 22 december 1999, oordeel 99-103, *AB* 2000, 72 (m.nt. B.P. Vermeulen). En CGB 7 augustus 1995, oordeel 95-31, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1995, 100.

¹⁹⁸ Vermeulen in zijn noot bij CGB 22 december 1999, oordeel 99-103, *AB* 2000, 72 (m.nt. B.P. Vermeulen).

Achtereenvolgens komen ter sprake: het dragen van een hoofddoek in het onderwijs en in andere arbeidsverhoudingen. Tenslotte wordt besproken hoe de CGB gezichtsbedekkende sluiers in de uiteenlopende rechtsverhoudingen en situaties beoordeelt.

Hoofddoek in het openbaar onderwijs

Weigering stagiaire vanwege hoofddoek

In 1998 wordt een studente van de PABO als stagiaire geweigerd op een openbare basisschool, omdat zij een hoofddoek draagt. De directeur van de basisschool is van mening dat het dragen van een hoofddoek als religieuze uiting onverenigbaar is met het principe van openbaar onderwijs, omdat een openbare basisschool niet evangeliserend mag optreden. De PABO-studente dient een klacht in bij de CGB, omdat de directeur volgens haar in strijd heeft gehandeld met AWG bij het aangaan van een dienstbetrekking.¹⁹⁹ De CGB oordeelt dat er inderdaad onderscheid is gemaakt op basis van godsdienst en stelt de klaagster in het gelijk.

De CGB overweegt dat verzoekster de hoofddoek uit religieuze overtuiging draagt. De directeur heeft volgens de CGB daadwerkelijk een onderscheid gemaakt op grond van religie, omdat hij duidelijk te kennen heeft gegeven geen stagiaires met een hoofddoek aan te willen nemen. Ten aanzien van de vraag of de directeur hiermee een verboden onderscheid heeft gemaakt, overweegt de commissie dat het neutrale karakter van een openbare school niet met zich meebrengt dat de school in strijd met de AWGB mag handelen. Het uitgangspunt van een openbare school zou juist moeten zijn dat iedere leerling of leerkracht welkom is, ongeacht de eigen geloofs- of levensovertuiging. De directeur suggereert dat iemand met een hoofddoek niet aan dit neutrale karakter van het onderwijs kan voldoen. De CGB betwist dit en oordeelt dat de directeur verboden direct onderscheid heeft gemaakt.²⁰⁰

De CGB geeft aan dat een openbare school de toekomstige stagiaire of docent wel mag bevragen over haar opstelling in de school en de stagiaire mag verzoeken om het actief uitdragen van haar geloof achterwege te laten.²⁰¹

Ten aanzien van openbaar onderwijs geldt derhalve dat er ruimte moet zijn voor iedere godsdienstige of geestelijke overtuiging. Leerkrachten mogen uitdrukking geven aan deze overtuiging door het dragen van een hoofddoek, mits de betreffende docent het openbare karakter van de school onderschrijft en een open instelling heeft ten aanzien van de diverse levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden.²⁰²

¹⁹⁹ Artikel 5 lid 1 sub a Awgb.

²⁰⁰ Deze benadering van de CGB is overgenomen door het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en is neergelegd in de Leidraad kleding op scholen. <www.minocw.nl>

²⁰¹ CGB 22 december 1999, oordeel 99-103, AB 2000, 72 (m.nt. B.P. Vermeulen).

²⁰² Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 56.

Leerlingen met een hoofddoek

De CGB oordeelt dat het voor leerlingen van een openbare school ook is toegestaan om een hoofddoek te dragen. Het bestuur van een openbare school mag het dragen van een hoofddoek niet verbieden met een verwijzing naar de neutraliteit van de school. Het is wel toegestaan om specifieke kledingseisen te stellen voor de gymlessen, in verband met de veiligheid van de leerlingen, of de uniformiteit van de school. Het bestuur kan bijvoorbeeld eisen dat een hoofddoek tijdens de gymlessen op een bepaalde manier bevestigd moet worden, vanwege de veiligheid. Het bestuur kan echter niet eisen dat de hoofddoek wordt afgedaan tijdens de gymles.²⁰³

Hoofddoek in het bijzonder onderwijs

Ten aanzien van bijzondere scholen is een andere lijn te ontdekken in de uitspraken van de CGB. De instellingen van bijzonder onderwijs genieten immers een uitzonderingspositie in de AWGB, op grond waarvan zij eisen mogen stellen aan de docenten of leerlingen om de bijzondere grondslag van de school te verwezenlijken.

Hoofddoekverbod op een school met bijzondere grondslag

Een protestantse of rooms-katholieke school mag onder omstandigheden het dragen van een hoofddoek door leerlingen of docenten verbieden. De CGB overweegt letterlijk dat: vereist is dat het verbod nodig is voor de verwezenlijking van de grondslag van de school, en bovendien gegrond is op een consistent en op het doel van de instelling berustend beleid.²⁰⁴

Als niet aan deze vereisten is voldaan, maakt de school met een hoofddoekverbod ongeoorloofd direct onderscheid. Dit is bijvoorbeeld het geval als de christelijke grondslag van de school enkel op papier bestaat en de school de christelijke identiteit niet doorvoert in haar gehele beleid.²⁰⁵

Hoofddoekgebod op een islamitische school

Een voorbeeld van ongeoorloofd onderscheid in een omgekeerde situatie is een islamitische school die islamitische docenten weigert als ze geen hoofddoek dragen, terwijl docenten van niet-islamitische komaf wel worden toegelaten zonder hoofddoek. Volgens de CGB is er in dat geval sprake van ongeoorloofd direct onderscheid, omdat dit hoofddoekbeleid niet noodzakelijk is om de doelstelling van de school te verwezenlijken. Ten aanzien van niet-moslims acht het bestuur van de school het immers niet noodzakelijk dat zij een hoofddoek dragen.²⁰⁶

²⁰³ CGB oordeel 1997-149 en oordeel 2003-38. Zie meer uitgebreid Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 60-61.

²⁰⁴ CGB oordeel 2003-112, AB 2003, 375, (m.nt. B.P. Vermeulen)

²⁰⁵ CGB oordeel 2005-19.

²⁰⁶ CGB oordeel 2005-222, AB 2006, 83 (m.nt. B.P. Vermeulen)

Een bijzondere school mag volgens de CGB dus religieuze uitingen verbieden, om uitdrukking te geven aan haar eigen identiteit. Voorwaarde hiervoor is dat uit de gedragingen in de school blijkt dat de school voldoende waarde hecht aan de eigen identiteit. “De CGB is echter zeer kritisch op een toelatingsbeleid dat niet heel stevig is geworteld in de grondslag van de school en dat tot gevolg heeft dat ‘zwarte’ leerlingen sneller dan ‘witte’ leerlingen worden uitgesloten.”²⁰⁷

Hoofddoek in toga- en uniformberoepen

De AWGB geldt ook voor ambtenaren, zodat ook ten aanzien van deze groep geen ongeoorloofd onderscheid gemaakt mag worden. In beginsel staan het dragen van kledingstukken die uitdrukking geven aan religieuze gevoelens niet in de weg aan goed ambtenaarsschap. Dit kan anders zijn in een aantal situaties. Ten eerste wanneer kledingstukken het goede functioneren van ambtenaren negatief beïnvloeden, zoals bij een gezichtsbedekkende sluier omdat zij de communicatie en veiligheid bemoeilijkt. Ten tweede in functies waarin een geüniformeerde gezagsuitoefening van belang is. “Dit doet zich bij uitstek voor in het geval van de rechterlijke macht en functies waardoor de overheid zich in de samenleving manifesteert met behulp van de sterke arm, zoals het openbaar ministerie. De uniformiteit gaat dan voor pluriformiteit. Voor de rechterlijke macht vloeit dit mede voort uit artikel 6 EVRM waarin de onpartijdigheid van de rechter is verankerd alsmede het recht op een eerlijk proces. De bepaling wordt zo wordt uitgelegd dat zelfs de schijn van partijdigheid vermeden dient te worden.”²⁰⁸ De CGB bevestigt dit uitgangspunt ten aanzien van de geüniformeerde beroepen.²⁰⁹

Griffier met hoofddoek

De CGB heeft geoordeeld dat het dragen van een hoofddoek door een griffier bij de rechtbank geoorloofd is met als voornaamste argument dat een griffier geen onderdeel uitmaakt van de rechterlijke macht. De uniforme eisen die aan de kleding van de rechter worden gesteld om de onafhankelijkheid en de onbevooroordeeldheid van de rechterlijke macht tot uitdrukking te brengen, zijn volgens de CGB van minder belang voor de griffier. Het levert geen bedreiging van de onafhankelijkheid op.²¹⁰

²⁰⁷ Gerards 2004, p. 644.

²⁰⁸ Nota grondrechten in een pluriforme samenleving 2002, p. 16.

²⁰⁹ Zie bijvoorbeeld oordeel 2006-30 over een politieambtenaar.

²¹⁰ CGB oordeel 2001-53.

Hoofddoek in arbeidsverhoudingen

Een werkgever mag een hoofddoek als religieuze uiting niet verbieden met een rechtstreekse verwijzing naar de godsdienst, dan zou hij immers direct onderscheid maken en daarvoor kent de AWGB geen uitzonderingen.²¹¹

Als de werkgever vanwege de uniforme uitstraling van het bedrijf kledingvoorschriften hanteert, waardoor personen met een bepaalde godsdienst in onevenredige mate getroffen worden, is sprake van indirect onderscheid.²¹² De werkgever dient dan goede gronden aan te voeren om het onderscheid te rechtvaardigen. De CGB is echter niet snel van mening dat het onderscheid gerechtvaardigd is.²¹³ Mede omdat de uniformiteit vaak gewaarborgd kan worden, ondanks de religieuze uitingen, door bijvoorbeeld een hoofddoek te ontwerpen die past bij de huisstijl van het bedrijf.²¹⁴ Net als in het openbaar onderwijs geldt hier dat er wel eisen gesteld mogen worden uit veiligheidsoverwegingen. Zoals de eis dat een werknemer in de buurt van machines geen heel ruimzittende dan wel loshangende kleding mag dragen.²¹⁵

Bedrijfslogo bedekkende hoofddoek²¹⁶

Een vrouw draagt een çarsaf, dat is een hoofddoek die behalve de haren en de nek/hals ook de schouders, armen en borsten bedekt. De vrouw werkt in de kantine van een organisatie die beroepsonderwijs, volwasseneneducatie en bedrijfscursussen verzorgt. Het bedrijf heeft bedrijfskleding laten ontwerpen die het kantinepersoneel tijdens bijzondere (representatieve) aangelegenheden moet dragen. De çarsaf die de vrouw draagt valt over het logo op deze bedrijfskleding, waardoor de vrouw niet herkenbaar is als kantinemedewerkster van het betreffende bedrijf. De werkgever wil dat de vrouw tijdens de bijzondere evenementen een hoofddoek draagt die niet over het logo van het bedrijf valt.

De vrouw draagt de çarsaf vanwege haar islamitische geloofsovertuiging. De werkgever maakt volgens de CGB indirect onderscheid, omdat islamitische vrouwen die een hoofddoek willen dragen waarmee de schouders en borsten ook bedekt worden, onevenredig getroffen worden door het kledingbeleid.

Het doel van het onderscheid is een representatieve en professionele uitstraling van het kantinepersoneel. Dit is een legitiem doel, omdat het beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de werkgever. Het middel is geschikt om het doel te bereiken, maar is niet noodzakelijk. De werkgever kan het doel ook bereiken door een çarsaf in dezelfde kleuren en stoffen als de bedrijfskleding te ontwerpen, waarop het logo van het bedrijf gespeld wordt. Het indirecte onderscheid is volgens de CGB dan ook niet gerechtvaardigd.

²¹¹ Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 64.

²¹² Vb. CGB Oordeel 2006-215.

²¹³ CGB Oordeel 2002-123.

²¹⁴ CGB Oordeel 1997-24.

²¹⁵ CGB oordeel 1996-85. Zie meer uitgebreid: Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 65.

²¹⁶ CGB 2006-84.

Gezichtsbedekkende sluiers

Ook ten aanzien van de gezichtsbedekkende sluier stelt de CGB zich vrij ruimhartig op. Een hulpverlener mag bijvoorbeeld niet van haar cliënten verwachten dat zij de gezichtsbedekkende sluier afleggen tijdens een gesprek, omdat de sluier de communicatie bemoeilijkt. De CGB voert als argument hiervoor aan dat de vrouwen hun gezichtsluier wel af willen doen in een gesprek met een vrouwelijke dienstverlener. Als er bij de dienstverlenende instelling voldoende vrouwen werkzaam zijn, kan de communicatie bewerkstelligd worden door de vrouwelijke medewerkers in te schakelen voor de gesprekken.²¹⁷

Op dit ruimhartige beleid zijn ook uitzonderingen aan te wijzen. De CGB acht een verbod op gezichtsbedekkende sluiers met name geoorloofd in situaties waarin de sluier de communicatie bemoeilijkt, zoals bijvoorbeeld in de onderwijssituatie. De CGB heeft in 2003 de nikaab en de chador beide op scholen verboden vanwege de communicatie die nodig is en door een gezichtsbedekkende sluier wordt bemoeilijkt. De communicatie is niet alleen in het klaslokaal tijdens de lessen van belang, maar ook elders in het scholencomplex en buiten de lessen.²¹⁸

Loenen heeft kritiek op de eerste uitspraak, waarin aan een dienstverlenende instelling de opdracht wordt gegeven om de vrouwen die een gezichtsbedekkende sluier dragen te woord te laten staan door vrouwen. De CGB werkt hiermee seksdiscriminatie juist in de hand volgens Loenen. Er worden op die manier juist weer scheidingen aangebracht in mannen- en vrouwenwerelden.²¹⁹

3.2.5 Evaluatie hoofddoekverbod

Zoals in deze paragraaf naar voren komt is er van de Nederlandse rechter nog weinig jurisprudentie op het terrein van hoofddoekverboden dan wel andere uitingen van religieuze gevoelens. De relevante uitspraken op dit gebied zijn bijna allemaal afkomstig van de CGB. Deze oordelen zijn anders opgebouwd dan de uitspraken van het EHRM, omdat de CGB het vraagstuk van het dragen van een hoofddoek niet in de sleutel van de godsdienstvrijheid, maar in de sleutel van de discriminatie plaatst.²²⁰

Inhoudelijk verschillen de uitspraken van het EHRM al evenzeer van de oordelen van de CGB. Het EHRM staat vele verboden op het dragen van een hoofddoek toe, terwijl de CGB niet snel een hoofddoekverbod toestaat. Een essentieel verschil tussen de uitspraken van het EHRM en de CGB is dat het EHRM aanneemt dat de neutraliteit in het Turkse openbare onderwijs aangetast wordt als een lerares een hoofddoek draagt, terwijl de CGB oordeelt dat het dragen van een hoofddoek in het openbaar onderwijs verenigbaar is met de neutraliteitseis. De neutraliteit op Nederlandse openbare scholen wordt niet gewaarborgd door eenheid, maar door pluriformiteit. Ook in de openbare scholen klinkt derhalve de Nederlandse verhouding tussen kerk en staat door, waarin neutraliteit betekent dat elke geestelijke of maatschappelijk overtuiging gelijk behandeld wordt. Deze gelijke behandeling en open benadering kan ook toegepast worden op docenten die een bepaalde religie of levensovertuiging belijden en uiten.

²¹⁷ CGB Oordeel 2005-86.

²¹⁸ CGB oordeel 2003-40.

²¹⁹ Loenen 2006 (Gezichtsbedekkende sluiers), p. 991-992.

²²⁰ Alkema in zijn noot onder EHRM (grote kamer) 10 november 2005, *NJ* 2006, 170 (Sahin tegen Turkije, m.nt. E.A. Alkema).

De verschillende benaderingen van het EHRM en de Nederlandse rechtsprekende en semi-rechtsprekende instanties lijken elkaar tegen te spreken. In werkelijkheid is dat niet het geval. Het EHRM acht de specifieke situatie van een land van grote invloed op de belangenafweging. De Turkse staat en daarmee het Turkse openbaar onderwijs kenmerken zich door het secularisme. Vanwege het grote aantal moslims in Turkije acht de Turkse staat het van groot belang dat religieuze uitingen in de publieke ruimte niet zijn toegelaten. De seculiere staat is volgens Turkije noodzakelijk om het pluralisme te behouden.

De Nederlandse situatie wijkt op een aantal punten van de Turkse situatie af. Een groot verschil is dat in Nederland een klein percentage van de bevolking moslim is en de angst voor de politieke islam vanwege dit verschil in aantal niet of nauwelijks bestaat. De hoofddoek speelt als politiek symbool in Nederland een verwaarloosbare rol. De pluriformiteit van de samenleving wordt juist bevorderd door uitingen van religieuze gevoelens niet te verbieden. In Nederland wordt de neutraliteit gefaciliteerd door pluriformiteit, in Turkije door uniformiteit.

Geconcludeerd kan worden dat de Nederlandse rechter en de CGB de hoofddoek ruimhartig benaderen. Een hoofddoekverbod is slechts in enkele gevallen toegestaan als dat verbod is terug te voeren op de AWGB. Instellingen van bijzonder onderwijs met een christelijke grondslag mogen bijvoorbeeld docenten en leerlingen met een hoofddoek weigeren, als deze weigering gegrond is in hun beleid. Instellingen van openbaar onderwijs hebben echter de plicht om alle levensbeschouwelijke en maatschappelijke opvattingen te accepteren. Indien een leraar een hoofddoek draagt, kan daar niet direct uit worden afgeleid dat zij de neutraliteit ten opzichte van de verschillende religies niet in acht neemt. Het toelatingsbeleid op openbare scholen moet gebaseerd zijn op een individuele afweging waarin aan de docenten mag worden gevraagd of zij de openbare grondslag onderschrijven en willen uitdragen.

Kleding-eisen worden toegestaan om redenen van veiligheid, communicatie en neutraliteit in de zin van het voorkomen van de schijn van partijdigheid bij toga- en uniformberoepen, zelfs als dit een indirect onderscheid oplevert. Reden hiervoor is dat de onafhankelijke en onbevooroordeelde positie van de rechter gewaarborgd moet worden en zelfs uiterlijk niet in gevaar mag worden gebracht. De gezichtsbedekkende sluier, zoals de nikaab en de boerka mag verboden worden indien dit noodzakelijk is in het belang van veiligheid of communicatie. Vereist is wel dat de communicatie een essentieel onderdeel is van de werkzaamheden, zoals dit bijvoorbeeld het geval is in een onderwijssituatie. Indien er echter relatief gemakkelijk een oplossing voor het communicatieprobleem gevonden kan worden, zoals in het voorbeeld van de dienstverlenende instelling, is een verbod op de gezichtsbedekkende sluier niet toegestaan. Ook hier geeft de CGB derhalve veel ruimte aan de godsdienstvrijheid.

Over een boerkaverbod heeft de rechter zich tot nu toe niet uitgesproken. We zouden ons echter kunnen voorstellen dat een dergelijk verbod in specifieke situaties waarin de identificatie van strikt belang is, wordt toegestaan. Men kan hierbij denken aan het openbaar vervoer of aan openbare manifestaties²²¹.

Van een algeheel hoofddoekverbod wil de regering op dit moment niet weten. Zij meent dat vrouwen om uiteenlopende redenen een hoofddoek dragen. Daaraan kunnen godsdienstige, sociale of politieke motieven ten grondslag liggen. Er zijn

²²¹ Zie de uitvoerige studie van B.P. Vermeulen e.a., *Overwegingen bij een boerkaverbod; zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006.

vrouwen die uit trots of identiteit een hoofddoek dragen en er zijn vrouwen die vanwege bepaalde ideeën over man-vrouwverhoudingen een hoofddoek dragen. Ten aanzien van de laatste categorie is volgens de regering voorzichtigheid geboden. Een algeheel verbod op de hoofddoek zou in de ogen van de Nederlandse regering een beperking van de vrijgevochten positie van de vrouw inhouden. Een hoofddoekverbod zou immers doorwerken op allerlei terreinen, van de arbeidsmarkt tot het onderwijs. Ook vrouwen met een hoofddoek hebben recht op participatie in de Nederlandse samenleving, een algeheel hoofddoekverbod zou dit bemoeilijken, zo niet onmogelijk maken.

Een interessante vraag ten slotte is nog of het EVRM een algeheel boerkaverbod waarover op dit moment gesproken wordt toestaat. Het dragen van een boerka is een religieuze uiting die onder de bescherming van de godsdienstvrijheid valt. Een beperking op de godsdienstvrijheid is volgens het EHRM toegestaan, indien deze is voorzien bij wet, in het belang is van een van de doelcriteria en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het boerkaverbod wordt beoogd neergelegd te worden in een wet in formele zin, zodat aan het eerste vereiste voldaan zou zijn. Het EHRM acht in zijn uitspraken doelen als de gelijke behandeling van man en vrouw, de bescherming van andermans rechten en de bescherming van de openbare orde redengevend voor een beperking van de godsdienstvrijheid. Het is echter wel vereist dat de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Dit houdt in dat de beperking proportioneel moet zijn. In deze laatste afweging komt een ruime *margin of appreciation* aan de staten toe, waarin de specifieke situatie van het land een rol speelt. Over het antwoord op de vraag of Nederland hier binnen blijft met een boerkaverbod zijn twijfels gerechtvaardigd. Voor het EHRM is het echter een lastige tournure om te beslissen dat een verbod van de democratisch gekozen wetgever niet noodzakelijk is. Uitgesloten is dat echter niet.

3.3 Groetgedrag

De hoofddoek is symbool geworden van het vraagstuk religie in de publieke ruimte. In Nederland en vele andere landen van Europa speelt de discussie over het dragen van een hoofddoek. Ook de CGB heeft vaak te maken gehad met vraagstukken over een hoofddoek en een gezichtsbedekkende sluier. Er zijn echter ook andere manifestaties van geloof waarover de CGB een oordeel heeft gegeven dan wel in de toekomst zal moeten geven. Beslissingen die veel publiciteit hebben gekregen, gaan over het schudden van handen als begroeting. Sommige moslims mogen personen van het andere geslacht niet de hand schudden. Het is in Nederland een gangbare gedraging om door het schudden van de hand iemand te begroeten. De botsing van culturen is goed zichtbaar in een situatie waarin het groetgedrag van beide personen niet op elkaar aansluit. Is de begroeting van het schudden van de hand een westers gebruik waar niet aan te tornen valt? Of moet er juist ruimte zijn voor ander groetgedrag? In deze paragraaf wordt een aantal oordelen van de CGB besproken over de begroeting door het schudden van handen. Aan de hand daarvan zal geconcludeerd worden wat de ruimte is die de CGB biedt om regels te stellen ten aanzien van interculturele omgangsvormen.

3.3.1 De Commissie Gelijke Behandeling

Groetgedrag op een multiculturele openbare VMBO-school²²²

In 2002 komt de CGB voor de vraag te staan of een middelbare school ongeoorloofd onderscheid maakt door een sollicitant voor de functie van reproductiemedewerker af te wijzen, omdat hij vrouwen vanwege zijn geloofsovertuiging geen hand wil geven. De man geeft in voorkomende gevallen wel aan dat hij vanuit geloofsovertuigingen vrouwen geen hand geeft en dat het niet de bedoeling is om vrouwen te beledigen.

De CGB oordeelt dat het niet geven van een hand aan een persoon van het andere geslacht, een gedraging is die uitdrukking kan geven aan een geloofsopvatting. Vervolgens stelt de CGB indirect onderscheid vast, omdat de eisen van de school hoofdzakelijk de personen raken die vanwege hun geloofsopvatting geen hand geven aan mensen van het andere geslacht. De school wil met de regeling bereiken dat er volstrekte duidelijkheid is over de omgangsvormen. De school acht dit van belang, omdat zij zorgdraagt voor het overbrengen van waarden en normen aan de leerlingen.

De CGB vindt het doel van de school legitiem en overweegt dat het afwijkende groetgedrag ertoe kan leiden dat de vrouwen die geen hand krijgen het als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van man en vrouw zien. Het afwijkende groetgedrag zou dus onderscheid op grond van geslacht tot gevolg kunnen hebben. De CGB overweegt eveneens dat het afwijkende groetgedrag een sterke externe werking heeft, die in een directe confrontatie merkbaar is en bovenal plaatsvindt in het openbare leven. De CGB acht het erg van belang dat er op een multiculturele school gestreefd wordt naar uniformiteit in omgangsvormen.²²³

Het afgelopen jaar moest de CGB zich wederom uitgelaten over het groetgedrag op een school. In deze uitspraak komt de CGB echter tot een geheel ander oordeel dan in het hiervoor besproken geval.

Groetgedrag op een multiculturele school II²²⁴

Een vrouw wil zich bij een school voor beroepsonderwijs aanmelden om de opleiding tot onderwijsassistent te gaan volgen. De vrouw geeft tijdens het intakegesprek aan dat zij vanwege haar geloofsovertuiging fysiek contact met personen van het andere geslacht wil vermijden. Zij wil personen van het andere geslacht dan ook geen hand geven. De school wijst de aspirant-studente af. Hiervoor geeft de school drie argumenten. Allereerst wenst de school eenduidige fatsoensnormen te creëren. Ten tweede voert de school aan dat zij de wettelijke verplichting heeft om leerlingen zo op te leiden dat zij in

²²² CGB Oordeel 2002-22

²²³ Zie uitgebreid: Tigchelaar 2004, p. 1101-1113.

²²⁴ CGB Oordeel 2006-51.

overeenstemming met de maatschappelijke behoeften kunnen functioneren in de maatschappij. Ten derde zegt de school de bescherming van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen na te streven.

De CGB oordeelt wederom dat het niet geven van een hand een gedraging is waarmee iemand uitdrukking kan geven aan zijn geloofsovertuiging. Er is volgens de CGB sprake van indirect onderscheid omdat juist mannen of vrouwen die vanwege hun geloof personen van het andere geslacht geen hand willen geven onevenredig worden getroffen.

Vervolgens komt de CGB toe aan de vraag of de inbreuken gerechtvaardigd zijn. De CGB vindt de genoemde doelen legitiem, maar acht het middel niet passend en noodzakelijk. Ten aanzien van het eerste doel overweegt de CGB dat niet valt in te zien waarom het naleven van gangbare fatsoensnormen per definitie door het schudden van de hand zou moeten. De vrouw kan op een andere respectvolle wijze groeten en ze kan aan haar klasgenoten uitleggen waarom ze geen hand wenst te geven aan personen van het andere geslacht. De CGB toetst de concrete situatie en oordeelt dat handen schudden geen essentieel onderdeel van de functie onderwijsassistent is. Ten aanzien van het derde argument, de gelijkwaardigheid van man en vrouw oordeelt de CGB dat haar oordeel uit 2002 op dit punt nuancering behoeft. De CGB overweegt dat discriminatie ook op een andere manier voorkomen kan worden. Als de vrouw zowel mannen als vrouwen geen hand geeft, hoeft niemand zich gepasseerd te voelen op grond van geslacht, mits zij iedereen op respectvolle wijze begroet.

De CGB heeft zich recentelijk ook gebogen over 'groetgedrag' bij de gemeente Rotterdam. Daarbij heeft de CGB de ruimte voor afwijkend gedrag op grond van godsdienstige motieven opnieuw onderstreept.

Groetgedrag bij de gemeente²²⁵

De gemeente Rotterdam wijst een mannelijke sollicitant af vanwege zijn islamitische kledingstijl en de weigering vrouwen een hand te geven, beide vanuit religieus motief. De gemeente voert aan dat zij verzoeker heeft afgewezen, omdat het niet geven van een hand aan een goede functie-invulling als klantmanager in de weg staat. De gemeente verwacht dat de weigering een hand te geven agressieve reacties tot gevolg zal kunnen hebben. Ook voert de gemeente aan dat de man onderscheid op grond van geslacht maakt door vrouwen geen hand te geven.

De CGB meent dat de gemeente door in de afwijzingsbrief rechtstreeks te refereren aan de islamitische kleding van de man, direct onderscheid maakt. Ten aanzien van de weigering van de man om vrouwen een hand te schudden, overweegt de CGB dat de eis dat werknemers personen van beide seksen een hand moeten geven,

²²⁵ CGB Oordeel 2006-202.

indirect onderscheid tot gevolg heeft. Diegenen die vanwege hun geloof personen van het andere geslacht geen hand mogen geven, kunnen niet voldoen aan de functie-eisen van de gemeente. De neutrale eis heeft indirect onderscheid tot gevolg, omdat personen zonder of met een andere geloofsovertuiging deze beperking niet kennen.

De CGB oordeelt dat het doel legitiem en niet discriminatoir is. Het middel is echter passend noch noodzakelijk, omdat de gemeente nog geen bevindingen heeft ten aanzien van wat de reacties zullen zijn op de weigering een hand te geven. De CGB is van oordeel dat de gemeente te welwillend optreedt met betrekking tot de intolerantie van de klanten. Vrees voor intolerantie is geen reden om onderscheid te maken. De gemeente heeft volgens de CGB indirect onderscheid op grond van godsdienst gemaakt.

De CGB bevestigt de uitspraken ten aanzien van de onderwijsassistent en de klantmanager ook in het geval van een lerares op een openbare school.

Lerares openbare school²²⁶

Een lerares op een multiculturele school met openbare grondslag geeft na de zomervakantie te kennen vanwege haar geloof mannen geen hand meer te willen geven. De school geeft aan dat dit gedrag niet verenigbaar is met het docentschap op de school en schorst de lerares.

De school voert hiervoor als reden aan dat het om een multiculturele school gaat, waarin uniform groetgedrag van groot belang is. Een lerares zou hierin het goede voorbeeld moeten geven volgens de school. De school wil de leerlingen respectvolle omgangsvormen bijbrengen en sluit in de gedragsvoorschriften aan bij de in Nederland gangbare omgangsvormen. De CGB acht het een legitiem doel om respectvolle omgangsvormen bij te brengen en deze te praktiseren in de school, maar vindt het middel niet passend. De CGB overweegt: “Het sluit weliswaar aan bij hetgeen door de meeste mensen in Nederland als gebruikelijk en respectvol wordt beschouwd, maar dat geldt niet voor iedereen, zoals blijkt uit het voorliggende geval. Met andere woorden, het nastreven van respectvolle omgang met behulp van een uniforme begroetingswijze die niet door iedereen als respectvol wordt beschouwd, is niet geschikt om die respectvolle omgang te bereiken.”

De school voert als tweede doel aan dat zij de leerlingen wil voorbereiden op de arbeidsmarkt. De CGB is van mening dat de verplichte omgangsvormen in het docentencorps geen geschikt middel zijn om de leerlingen bij te brengen wat ze op de arbeidsmarkt kunnen verwachten.

²²⁶ CGB oordeel 2006-220.

3.3.2 Evaluatie groetgedrag

Het is vaste lijn in de oordelen van de CGB dat het niet geven van een hand aan een persoon van het andere geslacht in het openbaar een gedraging is waarmee iemand uitdrukking kan geven aan zijn godsdienstige overtuiging en een gedraging is die onder het begrip godsdienst valt.²²⁷

De CGB breekt in het oordeel met betrekking tot de onderwijsassistente eigenlijk met de eerdere lijn ten aanzien van groetgedrag. De CGB geeft in dat oordeel aan dat het discriminatieargument niet op gaat. Er is immers geen sprake van een ongelijke behandeling van man en vrouw, als de vrouw zowel mannen als vrouwen geen hand geeft. Ze maakt dan geen onderscheid in haar groetgedrag. In de latere uitspraken in 2006 bevestigt de CGB deze redenering.

De CGB geeft ook in het groetgedrag volop de ruimte aan pluriformiteit. Dit is slechts anders als het geven van handen een essentieel onderdeel is van de functie of een opleiding. Dit is bijvoorbeeld het geval als fysiek contact onvermijdbaar is, zoals in de functie van gymleraar.²²⁸ In het oordeel met betrekking tot de lerares op de openbare school, oordeelt de CGB dat pluriformiteit in het groetgedrag tot respectvolle omgangsnormen zal leiden.

De uitspraken in 2006 hebben veel stof doen opwaaien in de media, omdat het geven van een hand volgens sommigen een Nederlandse fatsoensnorm is, die een ieder zou moeten hanteren. Houdt integratie in dat iedereen zich aan moet passen aan de Nederlandse omgangsvormen, of is er ruimte voor diversiteit?

De grondrechten bieden de ruimte voor afwijkend groetgedrag, vanwege de godsdienstvrijheid. Het vermijden van fysiek contact uit geloofsovertuiging is een geloofsuiting die onder de godsdienstvrijheid valt. Een beperking van dit groetgedrag zou een beperking van de godsdienstvrijheid inhouden. De beperking zou bij wet moeten worden voorzien en noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving. Als doelcriterium zou de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen kunnen gelden. Het EHRM oordeelt in hoofddoekzaken dat een hoofddoek als symbool in strijd is met de gelijkheid van man en vrouw. Betoogd zou kunnen worden dat het niet geven van een hand aan een persoon van het andere geslacht, in strijd is met de gelijkheid van man en vrouw, omdat het personen van het andere geslacht betreft. De noodzaak van een dergelijke beperking vervalt echter als een persoon iedereen op dezelfde respectvolle wijze begroet en in zijn of haar groetgedrag geen onderscheid naar geslacht maakt.

3.4 Onderscheid naar geslacht

Zowel in de RKK als in een groot deel van de kleinere kerkgenootschappen die zich verwant voelen met de Dordtse kerkorde heeft de vrouw een andere positie dan de man. De positie van en vrouw is niet gelijk, maar wel gelijkwaardig. Er kunnen zich in dergelijke gevallen botsingen voordoen tussen het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van godsdienst. De mate waarin deze grondrechten botsen en de wijze waarop de botsing beoordeeld zal worden, is afhankelijk van de situatie waarin het onderscheid gemaakt wordt. Het gelijkheidsbeginsel is een fundamenteel recht in de Nederlandse rechtsorde.

²²⁷ CGB in oordeel 2006-202

²²⁸ Zie meer uitgebreid J. Tigchelaar, 'Respect! Handen schudden II', *NJCM-bulletin* 2006, p. 833-843.

Ook hier is van belang dat de Nederlandse Grondwet geen rangorde van grondrechten kent. De godsdienstvrijheid, ook een fundamenteel recht, zal in concrete gevallen tegen het gelijkheidsbeginsel moet worden afgewogen.

In het begin van dit hoofdstuk is de uitzonderingspositie van kerkgenootschappen in de AWGB aan de orde geweest. De AWGB is niet van toepassing binnen kerkgenootschappen en ten aanzien van het geestelijke ambt. Als de botsing tussen het gelijkheidsbeginsel en de godsdienst zich binnen een kerkgenootschap voordoet, is er reden om de godsdienstuitoefening te laten prevaleren. Het gaat dan om een interne gang van zaken en de wetgever heeft de godsdienstvrijheid gegarandeerd aan het kerkgenootschap in haar relatie tot de overheid en niet aan het individu ten opzichte van het kerkgenootschap. De Hoge Raad heeft dit bevestigd in het geval van een diaken in de RKK.

Vrouwelijke diaken in Rooms-Katholieke Kerk? HR 20 oktober 1995.

In deze uitspraak gaat het om een vrouw die diaken wil worden in de RKK. In de RKK zijn de geestelijke ambten echter voorbehouden aan mannen. De vrouw vordert toelating tot de diakenopleiding. Zij krijgt deze toegang niet, omdat de AWGB een uitzondering heeft gemaakt ten aanzien van kerkgenootschappen. Toelating zou geen gevolgen kunnen hebben, omdat het ambt niet open staat.

In de kerkgenootschappen lijkt de godsdienstvrijheid in de meeste gevallen voor het gelijkheidsbeginsel te gaan, omdat het om interne aangelegenheden gaat. Bovendien betreft het een horizontale verhouding waarin het een ieder vrij staat om tot het kerkgenootschap toe te treden of zijn lidmaatschap te verbreken.

De botsing tussen de godsdienstvrijheid en het gelijkheidsbeginsel is ook aan de orde geweest in de SGP-zaak. Hoe dient de verhouding tussen deze grondrechten in een politieke partij beoordeeld te worden? In publieke functies geldt het gelijkheidsbeginsel als een elementair rechtsbeginsel. Een politieke partij op religieuze grondslag staat als het ware tussen de twee rechten. Daar komt bij dat het een ieder vrij staat om uit de partij te treden als men het onderscheid niet wenst te accepteren.

Het vrouwenstandpunt van de SGP is omstrede. Aan vrouwen komt volgens de SGP een andere positie toe dan aan mannen. Krachtens de scheppingsorde hebben zij een “onderscheiden roeping en plaats” ontvangen, waarbij de man het hoofd van de vrouw is. Als uitvloeisel hiervan wijst de SGP vrouwenkiesrecht en vrouwenvertegenwoordiging af. De SGP wijkt daarmee af van wat als algemeen geldend wordt ervaren in de Nederlandse samenleving, de gelijkheid van man en vrouw. De SGP kan zich echter ook beroepen op fundamentele rechten in de samenleving: de godsdienstvrijheid, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging.²²⁹

In 2004 is er een proefproces aangespannen door een aantal vrouwenorganisaties en mensenrechtenorganisaties tegen de SGP en de staat.

Stopzetting subsidie SGP

Enkele maatschappelijke organisaties, Clara Wichmann c.s., hebben in een proefproces de behandeling van vrouwen in de Staatkundig Gereformeerde Partij (SGP) aan de orde gesteld. In de SGP zijn

²²⁹ Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 6-8.

vrouwen uitgesloten van het gewone lidmaatschap, waardoor zij geen passief kiesrecht hebben. De rechtbank oordeelt dat de overheid de subsidieaanvraag van de SGP in het vervolg dient af te wijzen. Een staat is volgens de Rechtbank 's-Gravenhage op grond van artikel 7 van het VN-vrouwenverdrag gehouden om de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te bevorderen.

Volgens de rechtbank wordt er in de Nederlandse wet- en regelgeving onvoldoende uiting gegeven aan de positieve verplichting van de staat om discriminatie van vrouwen in het publieke en openbare leven uit te bannen. De bestaande wet- en regelgeving biedt volgens de rechtbank onvoldoende mogelijkheden om het beleid van de SGP te veranderen.

De rechtbank oordeelt dat de staat in het vervolg de subsidieaanvraag van de SGP dient af te wijzen. "Hoewel de rechtbank met Clara Wichmann c.s. van oordeel is dat een negatieve subsidiebeslissing niet zonder meer toereikend hoeft te zijn om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Vrouwenverdrag, leidt een negatieve subsidiebeslissing er wél toe dat de staat niet langer kan worden verweten dat hij actief het verdrag schendt door een partij die vrouwen discrimineert te subsidiëren." De minister van Binnenlandse Zaken dient artikel 2 van de Wet subsidiëring politieke partijen buiten toepassing te laten.²³⁰

De Rechtbank 's-Gravenhage heeft derhalve geoordeeld dat de overheid dient in te grijpen indien een instelling die zich op het openbare terrein begeeft, mannen en vrouwen ongelijk behandelt.

Een verschil van deze uitspraak met de uitspraak ten aanzien van de diaken in de RKK is dat het bij de diaken om een louter interne kerkelijke aangelegenheid gaat. Ten aanzien van een interne aangelegenheid zal de rechter niet snel zeggen dat deze in strijd is met de gelijkheid van man en vrouw, vanwege de scheiding tussen kerk en staat en de godsdienstvrijheid die prevaleert in de interne organisatie. De SGP is enerzijds ook een kleine instelling waarvan het vrij staat om toe te treden of uit te treden, als men het niet eens is met het beleid. Anderzijds is de SGP een politieke partij die zich in de openbaarheid beweegt. Het beginselprogramma van de SGP erkent niet de scheiding tussen kerk en staat in Nederland, de SGP streeft naar een theocratie.

De SGP kan zich op de vrijheid van godsdienst, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van meningsuiting beroepen. Ook dit zijn sterke grondrechten, die in het concrete geval tegen het gelijkheidsbeginsel moeten worden afgewogen. De werkwijze van de SGP valt onder de manifestatie van de godsdienst, het *forum externum*. Hierop kan de staat beperkingen stellen op grond van artikel 9 lid 2 EVRM. Loenen is van mening dat de beperking van de godsdienstvrijheid door middel van intrekking van de subsidie toegestaan is. De staat heeft op grond van het VN-vrouwenverdrag immers de verplichting om discriminatie tegen te gaan.²³¹

²³⁰ Rb. 's-Gravenhage 7 september 2005, *NJ* 2005, 473 (SGP). Ook gepubliceerd in: *NJCM-bulletin* 2005, p. 1091-1123 (De SGP en de uitsluiting van vrouwen, m.nt. M. de Blois en T. Loenen).

²³¹ Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *NJCM-bulletin* 2005, p. 1091-1123 (De SGP en de uitsluiting van vrouwen, m.nt. M. de Blois en T. Loenen). Anders: M.J. Kanne, 'Het zit wel goed met de SGP', *NJCM-bulletin* 2004, p.315-322.

Hoe moet de gang van zaken in de SGP nu worden gezien in verhouding tot de uitspraak van het EHRM inzake de ontbinding van Refah Partisi, zoals die in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen? Het EHRM achtte een verbod op de Refah Partisi noodzakelijk in een democratische samenleving, omdat de partij invoering van de islamitische religieuze wetten als doelstelling had en het EHRM acht de sharia in strijd met fundamentele universele beginselen zoals de gelijkheid van man en vrouw.

Het EHRM geeft hiermee vanuit Westerse context een waardeoordeel over de sharia. Dit is vergaand. Het oordeel van het EHRM is beter te begrijpen als men in ogenschouw neemt dat de Refah Partisi zicht heeft op een meerderheid en dat de partij die meerderheid zou gebruiken om voor een ieder religieuze wetten in te voeren. De godsdienstvrijheid en andere grondwettelijke vrijheden zouden daarmee in het geding komen. Het argument dat de Refah Partisi zicht heeft op een meerderheid en zo haar ideeën zou kunnen invoeren, is voor het EHRM reden om een partijverbod acceptabel te achten.

Als de SGP zicht zou hebben op een meerderheid, zou er in de lijn van het EHRM reden kunnen zijn om de SGP te verbieden. Het EHRM is van oordeel dat de staat vanuit een religieuze partij de godsdienstvrijheid niet kan garanderen aan de onderdanen waardoor de pluriformiteit van de democratische samenleving in gevaar zou komen. Het beginselprogramma van de SGP waarin de exclusiviteit van het christelijke geloof als maatstaf geldt, verdraagt zich strikt genomen niet met de rechtsstatelijke taak aan andere religies evenveel vrijheden te waarborgen. Een politieke partij of een politicus mag zich wel door religieuze motieven laten leiden. De staat zal een strikte gelijkheid moeten garanderen in die zin dat alle onderdanen de grondwettelijke vrijheden kunnen genieten. Als de staat exclusief geregeerd wordt vanuit één opvatting worden grondrechten opeens van zeer grote waarde voor de minderheidsgroeperingen. Dit speelt ook in de uitspraak van het EHRM over de Turkse Refah Partisi. Het EHRM wil de minderheidsgroeperingen niet onderwerpen aan religieuze wetten. Zoals in hoofdstuk 1 al aan de orde kwam, gaan religie en politiek in Nederland wel samen, maar zijn staat en kerk gescheiden.

Blois heeft erop gewezen dat de SGP ten onrechte discriminatie is verweten. Blois pleit ervoor dat de fundamentele rechten van de vrijheid van godsdienst en het discriminatieverbod, op een gelijk niveau tegen elkaar worden afgewogen. Daarbij dient volgens hem in aanmerking te worden genomen dat er geen sprake is van discriminatie, omdat de SGP vrouwen niet als minderwaardig ziet. De SGP stelt de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen voorop, maar heeft een bepaalde visie over de verschillende rol van mannen en vrouwen. Daarbij komt volgens Blois dat binnen de SGP zelf ook een discussie over het 'vrouwenstandpunt' gaande is. Ook functioneert de SGP al jaren op landelijk en regionaal niveau in de Nederlandse politiek, binnen de staatsrechtelijke kaders. Volgens Blois is de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage mede een uitdrukking van de verschillende benaderingen van de grondrechten. De rechtbank legt de nadruk op de bescherming van het gelijkheidsbeginsel waarin voor de staat een belangrijke taak is weggelegd om het gelijkheidsideaal, zo nodig met dwang, te bevorderen. Dit is in de lijn van het verlichtingsdenken. Daartegenover staat een gedachtegoed dat meer op de reformatie gestoeld is, waarin de geestelijke vrijheid voorop staat.²³² In het eerste hoofdstuk over de verhouding tussen kerk en staat zijn deze verschillen ook al aan de orde gekomen. In die zin dat Nederland zich historisch

²³² Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005, *NJCM-bulletin* 2005, p. 1091-1123 (De SGP en de uitsluiting van vrouwen, m.nt. M. de Blois en T. Loenen).

gezien kenmerkt door de bescherming van de geestelijke vrijheid en de pluriformiteit van de samenleving accepteert, maar dat er in het huidige debat stemmen opgaan om religie tot het privé-domein terug te dringen. Blois plaatst de opvatting van de rechtbank in het kader van terugdringing van religie tot het privé-domein. Bij deze laatste opvatting sluit de uitspraak in de SGP-zaak aan.

Vanwege het principiële karakter van de uitspraak is de Nederlandse staat in hoger beroep gegaan. Afgewacht dient te worden hoe daarop zal worden beslist.

3.5 Conclusie

In de inleiding is de vraag gesteld in hoeverre de grondrechten bijdragen aan integratie dan wel niet-deelnemen aan de Nederlandse samenleving faciliteren. Allereerst kan hierover gezegd worden dat wederzijds respect en tolerantie van wezensbelang is voor een juiste toepassing van de grondrechten. Het is vereist dat een open invulling wordt gegeven aan de grondrechten, dat wil zeggen dat de overheid, de rechter en de burgers niet redeneren vanuit de ‘eigen’ normen en waarden als de vraag zich voordoet of er sprake is van strijd met de grondrechten. Zij moeten redeneren vanuit de beginselen die aan de grondrechten ten grondslag liggen.

Om te bepalen of dit in de praktijk gebeurt, is een aantal casusposities behandeld waarin islamitische beginselen of gebruiken een rol spelen. Hieruit blijkt dat de Nederlandse rechter en de CGB proberen met een open geest naar de islamitische waarden en gebruiken te kijken. Kledingvoorschriften dan wel andere gedragsvoorschriften worden vaak als een ontoelaatbare beperking van de godsdienstvrijheid gekwalificeerd. Dit is slechts anders indien die gedragsaanwijzingen gerechtvaardigd zijn vanwege dwingende redenen die samenhangen met communicatie, veiligheid of neutraliteit. Bij neutraliteit moet het ook gaan om de noodzaak de uiterlijke schijn van partijdigheid weg te nemen. Geheel onproblematisch is dit criterium echter niet, zoals we hebben gezien. De beslissingen van de CGB bieden ruimte voor diversiteit. Zij dragen bij aan een optimale pluriformiteit van de samenleving. Een ieder kan deelnemen aan de democratie vanuit zijn of haar eigen waarden, ook als deze afwijken van de meerderheidsopvatting hieromtrent.

De jurisprudentie van het EHRM laat een geheel ander beeld zien. Het EHRM beslist in de zaak van Refah Partisi tegen Turkije dat een verbod op die partij gerechtvaardigd is omdat ‘de’ beginselen uit ‘de’ sharia niet in overeenstemming zijn met de beginselen die aan het EVRM ten grondslag liggen. Ook beslist het EHRM in de Turkse hoofddoekzaken dat het verbod op het dragen van een hoofddoek toegestaan is. Turkije blijft met dit verbod binnen de *margin of appreciation*.

De ogenschijnlijke tegenstelling tussen de uitspraken van het EHRM over Turkse zaken en die van de CGB over in Nederland spelende gevallen zijn te verklaren vanuit de optiek dat beide instanties gericht zijn op het scheppen van voorwaarden voor het bestaan van pluriformiteit in de samenleving. Door de dominante aanwezigheid van de politieke islam in Turkije pakt dit streven in Turkije geheel anders uit dan in het van origine reeds pluriforme Nederland. Turkije kan slechts garanties voor een pluriforme samenleving bieden door zich als overheid strikt neutraal en seculier op te stellen, door theocratische partijen te verbieden en aan individuen het recht te ontzeggen religieuze tekens in de openbare gebouwen te dragen. In ons land gelden zulke strenge eisen slechts in sectoren van de samenleving waarin elke schijn van partijdigheid vermeden moet worden.

De open benadering van de CGB sluit aan bij de manier waarop grondrechten in de Nederlandse samenleving kunnen bijdragen aan het optimaal waarborgen van pluriformiteit. Toch stuiten sommige beslissingen van de CGB op de nodige kritiek in de media. Dat is bijvoorbeeld het geval in verband met die over het groetgedrag. Het voornaamste kritiekpunt is dat het groetgedrag door het schudden van de hand een vast Nederlands gebruik is, waaraan een ieder zich zou moeten aanpassen. Hiermee stuit men op de vraag naar de betekenis van integratie in verband met de godsdienstvrijheid. Blijkbaar vindt een substantieel deel van de mensen dat de grenzen van godsdienstvrijheid in zicht komen daar waar die vrijheid wezenlijk ten koste gaat van integratie.

4 Rechtspluralisme

4.1 Inleiding

Pluralisme houdt in dat naast elkaar levende individuen en groeperingen in een samenleving onderling kunnen verschillen en dat deze verschillen geaccepteerd worden. De pluraliteit kan gelegen zijn in verschillende meningen, ideeën, culturen en religieuze en levensbeschouwelijke opvattingen. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) noemt het pluralisme een van de ijkpunten van een democratische samenleving.²³³ Pluralisme is een breed begrip, waarvan de religieuze en culturele pluriformiteit zoals die in dit hoofdstuk centraal staan, onderdeel uitmaken.

Het rechtssysteem in een land kan in botsing komen met het recht zoals dat binnen een bepaalde groep wordt beleefd en in stand wordt gehouden. Deze botsing of schuring is goed zichtbaar bij sterk afwijkende opvattingen die rechtstreeks uit religie voortkomen en als de wil van God worden gezien.²³⁴ Personen met verschillende achtergronden hebben uiteenlopende ideeën over vermogensrechtelijke handelingen, familierechtelijke betrekkingen en strafrechtelijke daden. Interessant is de mate waarin het Nederlandse recht ruimte biedt aan pluralisme.

Rechtspluralisme is een systeem waarin verschillende rechtsstelsels naast elkaar bestaan.²³⁵ In Nederland kennen we geen rechtspluralisme. In Nederland zijn wel talloze organisaties met regelgevende bevoegdheden, zoals verenigingen. Deze regelgevende bevoegdheden bevinden zich echter onder het regelgevende niveau van de staat, omdat de rechter het laatste woord heeft. Ze zijn een uitvloeisel uit de Nederlandse verzuilingstraditie waarin het principe ‘soevereiniteit in eigen kring’, is ontwikkeld.

Het Nederlandse rechtssysteem kan ook rekening houden met culturele pluriformiteit. Er bestaan in het Nederlandse recht op tal van terreinen open begrippen. Bijvoorbeeld het centrale begrip ‘in het belang van het kind’ in het personen- en familierecht. Een ander voorbeeld is de ‘redelijkheid en billijkheid’ in het verbintenissenrecht.

Wanneer onttaardt het rekening houden met pluriforme achtergronden in een vorm van rechtpluralisme die strijdig is met de democratische rechtsorde? In de aanloop naar de beantwoording van deze vraag, zal in de eerste plaats een beschrijving van het begrip rechtspluralisme volgen in paragraaf 2. Daarna volgt in paragraaf 3 een uiteenzetting over de wijze waarop in het huidige Nederlandse recht rekening gehouden kan worden met culturele diversiteit. Paragraaf 4 is een beschrijving van de grenzen die het EHRM stelt aan het rechtspluralisme. Nadat is vastgesteld wat de grenzen van culturele diversiteit in het recht zijn, zal als sluitstuk van dit hoofdstuk in paragraaf 5 de autonomie van kerkgenootschappen geplaatst worden in de sleutel van het begrip rechtspluralisme.

²³³ EHRM 25 mei 1993, NJCM-Bulletin 1994, p. 699-709 (Kokkinakis tegen Griekenland, m. nt. B.C. Labuschagne)

²³⁴ Hart, in zijn noot bij HR 26 mei 1992, NJ 1992, 568 (Gezamenlijke zwemlessen).

²³⁵ Er bestaat veel discussie over het begrip rechtspluralisme en wanneer sprake is van verschillende rechtsstelsels. Deze discussie wordt in dit rapport buiten beschouwing gelaten. Zie bijvoorbeeld: Anders, Bloemink & Van Manen 1998 en bijvoorbeeld Huls & Stout 1993.

4.2 Begripsvorming

4.2.1 Multiculturele samenleving

In dit hoofdstuk staat rechtspluralisme op basis van religieuze en culturele pluriformiteit centraal. Er is gekozen voor het meer neutrale begrip pluriformiteit, omdat dit begrip een verschil in waarden uitdrukt die geworteld zijn in culturele achtergronden. Zoals in de inleiding aangegeven is het begrip pluriformiteit echter breder dan enkel de religieuze en culturele verschillen. Aan het vraagstuk over de weerslag van culturele pluriformiteit in het recht – waarover dit hoofdstuk handelt – gaan enkele andere discussies vooraf. Voorstanders van een weerspiegeling van cultuur in het recht veronderstellen eigenlijk dat Nederland een multiculturele samenleving is en dat dit gevolgen heeft, of zou moeten hebben, voor het recht. De wijze waarop de multiculturele samenleving is vormgegeven in Nederland is echter geen vanzelfsprekendheid meer in de huidige maatschappelijke verhoudingen. Er zijn vele tegenstanders van de multiculturele staat aan te wijzen.²³⁶

Het debat over de multiculturele samenleving loopt parallel aan de discussie over de verhouding tussen kerk en staat in Nederland en de verhouding tussen religie en politiek. De voorstanders van een strikte scheiding van kerk en staat en een uitbanning van religie uit het publieke domein, zijn tevens voorstander van uitbannen van cultuur uit de rechtspraak. Cliteur is een van hen. Hij pleit voor een neutrale staat, waarin religie geen publieke rol speelt. Hij is tegenstander van een rechtsstelsel waarin rekening wordt gehouden met religieuze en culturele pluriformiteit en acht de mensenrechten allesoverheersend. De universele mensenrechten staan boven al het andere recht, waardoor alle rechtsverhoudingen getoetst moeten worden aan de universele mensenrechten. Beginselen zoals de gelijkheid van man en vrouw kunnen in zijn opvatting niet geschonden worden door culturele opvattingen. Cliteur bepleit eigenlijk dat de westerse samenleving en de westerse mensenrechten als hoeder daarvan superieur zijn.²³⁷

Er gaan stemmen op om een rangorde in grondrechten aan te brengen, die zou kunnen resulteren in een grondwet waarin de vrijheid van gelijkheid als meest belangrijke artikel zou worden aangemerkt. Tot op heden zijn echter de grondrechten allemaal van evenveel waarde. Het is aan de rechter overgelaten om in een concrete situatie te beoordelen, welk grondrecht zwaarder weegt.²³⁸ Een rechterlijke afweging van de grondrechten in ieder concreet geval kan resulteren in een uitspraak waarin de godsdienstvrijheid of de vrijheid van meningsuiting zwaarder weegt dan de bescherming van een minderheidsopvatting.²³⁹

Voorstanders van een rechtsstelsel op multiculturele grondslag komen aan de orde in paragraaf 4.3, omdat zij voor concrete rechtsgebieden voor verruimingen van de pluriformiteit in het recht pleiten. Hierbij dient echter wel in ogenschouw genomen te

²³⁶ De discussie over de multiculturele samenleving, waaraan Paul Scheffer, Ayaan Hirsi Ali, Roger van Boxtel, Job Cohen en anderen deelnemen, wordt hier niet afzonderlijk besproken, omdat dit het bestek van dit onderzoek te buiten zou gaan. Zie bv. P.B. Cliteur & V. van den Eeckhoudt (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2001 en R. Rutgers & G. Molier (red.), *Het multiculturele debat. Integratie of assimilatie?*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004.

²³⁷ Cliteur (Jemen in Nederland) 2001, p. 17-64.

²³⁸ Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving: *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 614, nr. 2.

²³⁹ Zie hoofdstuk 2.

worden dat een multicultureel rechtsstelsel geen vanzelfsprekendheid is in een samenleving waarin de multiculturele samenleving aan debat onderhevig is.

4.2.2 Rechtspluralisme

In dit rapport wordt onder rechtspluralisme verstaan: een situatie waarin verschillende rechtsstelsel binnen een rechtsorde naast elkaar bestaan.²⁴⁰ Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn, indien alle religieuze groeperingen in Nederland een eigen rechtsstelsel zouden hebben met regels van personen- en familierecht die door de staat worden erkend. Nederland kent deze vorm van rechtspluralisme niet.

In de Canadese provincie Ontario vindt in 2005 een hevige discussie plaats over arbitrage in eigen kring. In Ontario hebben religieuze groeperingen op grond van de Arbitration Act uit 1991 de bevoegdheid om familierechtelijke geschillen door middel van arbitrage te beslechten. Deze regeling is geworteld in de autonomie in eigen kring. De kostenbesparing en de ontlasting van de rechtbanken zijn mede aanleiding geweest voor de regeling. Religieuze groeperingen zoals de rooms-katholieken, de joden en de Jehova's getuigen maken hier al jaren gebruik van, zodat hun religieuze opvattingen een rol kunnen spelen bij het aangaan en verbreken van familierechtelijke betrekkingen. Wanneer in 2005 de gelovige moslims in Ontario aangeven deze mogelijkheid ook te willen benutten, vindt men dit niet zo vanzelfsprekend. Het initiatief leidt tot hevige discussies tussen moslimfundamentalisten enerzijds en anti-islamitische groeperingen en feministen anderzijds. Kritiekpunten zijn dat sharia niet aansluit bij de Canadese wetgeving en toepassing hiervan te veel onderlinge verscheidenheid binnen de rechtspraak tot gevolg zou hebben. Bovendien komt er veel protest vanuit islamitische vrouwenorganisaties vanwege de angst dat de sharia-rechtspraak leidt tot vrouwenonderdrukking. Deze discussie heeft niet enkel zijn impact in Canada, maar vindt weerklank in vele westerse landen. Ook in Amsterdam gaan mensen de straat op om te demonstreren tegen invoering van de sharia in Canada. Uiteindelijk is deze vorm van cultureel recht afgeschaft, omdat de islamitische wetgeving te ver af zou staan van de Canadese wetgeving en er veel protesten van vrouwenbewegingen kwamen.²⁴¹

In de Nederlandse media komt de Canadese discussie ook in 2005 aan de orde. Men spreekt van invoering van 'de' sharia in Canada. De discussie in Canada ligt echter genuanceerder dan de Nederlandse berichtgeving doet vermoeden. De discussie speelt niet in heel Canada, maar enkel in de provincie Ontario en betreft slechts het personen- en familierecht. Een andere belangrijke nuance is dat de discussie gaat over arbitrage in eigen kring, waaraan men zich vrijwillig zou kunnen onderwerpen en niet over invoering van de sharia door de Canadese wetgever.²⁴² Hoewel de situatie in Ontario genuanceerder ligt, gaat het toch over een vorm van geschilbeslechting waarin ruime mogelijkheden voor culturaliteit in het personen- en familierecht bestaan.

In Nederland leven veel verschillende culturen en nationaliteiten naast elkaar. Elementen uit vreemde culturen kunnen in het recht op diverse manieren tot uiting komen. Door de toepassing of erkenning van buitenlands recht volgens de regels van het Nederlandse internationaal privaatrecht (IPR) spelen andere rechtsstelsels en daarmee andere culturen een rol.²⁴³ Deze regels van het IPR gelden uiteraard enkel voor privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. In het strafrecht geldt bijvoorbeeld een ander

²⁴⁰ Er bestaat echter veel discussie over de betekenis van dit begrip.

²⁴¹ Bolwijn 2005, p. 4.

²⁴² Berger 2005, nr. 11.

²⁴³ In hoeverre islamitische regels een rol spelen in het IPR komt aan de orde in hoofdstuk 9.

beginsel: het territorialiteitsbeginsel. Op in Nederland verrichte strafrechtelijke gedragingen is het Nederlandse strafrecht van toepassing, ongeacht de nationaliteit van de dader.²⁴⁴

In het IPR wordt enkel naar nationaal recht verwezen. Met cultureel bepaalde regels wordt in het IPR dus slechts rekening gehouden voor zover ze in het nationale recht van een staat zijn verankerd. De nationale wetgeving doet echter niet altijd recht aan cultureel bepaalde waarden en normen. Bovendien zijn gemeenschappen niet altijd langs nationaliteitsgrenzen bepaald, waardoor het IPR dan niet volstaat.²⁴⁵

Dient de rechter bij toepassing van de Nederlandse wet in zijn oordeel culturele diversiteit mee te wegen?²⁴⁶ De rechter heeft hiertoe de mogelijkheid op enkele plaatsen in de Nederlandse wet. De open normen die ruimte bieden aan cultuur, zullen aan de orde komen in paragraaf drie.

De rechter is vrij om culturele waarden mee te nemen in de interpretatie van open normen. Op enkele plaatsen in de Nederlandse wetgeving heeft de wetgever echter expliciet culturele waarden vastgelegd. Een voorbeeld hiervan is de regelgeving inzake ritueel slachten. Verdedigd zou kunnen worden dat op die plaatsen de acceptatie van minderheidsopvattingen leidt tot een acceptatie van het recht door de minderheidsgroeperingen.

4.3 Recht op multiculturele grondslag²⁴⁷

Het is nog geenszins duidelijk in welke mate culturele diversiteit een rol moet spelen in de Nederlandse wetgeving en rechtspraak. In deze paragraaf volgt een overzicht van de wijze waarop in het Nederlandse geschreven recht en de rechtspraak daadwerkelijk rekening houden met culturele diversiteit. In deze paragraaf zal de nadruk liggen op islamitische waarden.²⁴⁸ Zoals aangegeven kent Nederland geen rechtpluralisme, maar leven binnen de landsgrenzen wel veel verschillende culturen samen. Dit is te zien in de vele soorten kleding op straat, de winkels met specialiteiten uit diverse landen, de scholen op bijzondere grondslag en de gebedshuizen naast de kerken. De verschillende culturen zullen hun stempel drukken op het recht, hetzij doordat de wetgever culturele opvattingen of gebruiken in de wetgeving opneemt, hetzij doordat partijen culturele waarden voor de rechter invoeren.

Hieronder volgt een korte beschrijving van de wijze waarop de rechter cultuur een rol zou kunnen laten spelen in de rechtspraak. In deze uiteenzetting wordt

²⁴⁴ Artikel 2 van het Wetboek van Strafrecht luidt: “De Nederlandse strafwet is van toepassing op ieder die zich in Nederland schuldig maakt aan enig strafbaar feit”. Zie: Wolswijk 2004, p. 258.

²⁴⁵ Van Manen 2002 (interculturele conflicten), p. 90-91. Zie ook: Van Manen 2002 (het recht en de multiculturele samenleving), p. 1186-1187 en Van Manen & Hoekema 2001, p. 221-260. Vgl. Rutten 2005 (verzoening), p. 81-92. Vgl. Struijs 1998, p. 61-75.

²⁴⁶ In dit kader is de term krypto-ipr geïntroduceerd, om de juridische problemen die ontstaan in het privaatrecht van de multiculturele samenleving aan te geven en tot een oplossing te brengen. Dit leerstuk heeft zich echter nog niet volledig ontwikkeld. Van Manen 2002 (het recht en de multiculturele samenleving), p. 1187.

²⁴⁷ Deze paragraaf is beperkt tot een rechtspositieve invalshoek, waarin derhalve geen antwoord wordt gezocht op de vraag of culturele minderheden zich verwant met en vertegenwoordigd door het Nederlandse recht voelen. Hoe interessant de beantwoording van deze vraag ook is, ze zou buiten het bestek van dit rapport vallen.

²⁴⁸ Het IPR is ook een instrument om rekening te houden met verschillende achtergronden. De mate waarin dit gebeurt zal in hoofdstuk 9 door F.E. Keijzer besproken worden.

onderscheid gemaakt naar rechtsgebied, omdat de ruimte voor culturele diversiteit per rechtsgebied erg verschilt. De Grondwet is bij uitstek de plaats waar multiculturaliteit de ruimte heeft, omdat de Grondwet een goede bescherming aan minderheden biedt en pluralisme in een democratische samenleving beschermt.²⁴⁹ In andere wetgeving kan niet altijd rekening gehouden worden met culturele achtergronden. De mate waarin dit gebeurt, is sterk afhankelijk van de manier waarop de wet is geformuleerd. Indien er veel nationale belangen verwoord zijn in de wet, is er minder ruimte voor culturele invloeden.²⁵⁰

4.3.1 Grondrechten

Uit de grondrechten in een samenleving volgt dat rekening gehouden wordt met minderheidsopvattingen en dat iedereen gelijk behandeld moet worden, ongeacht ras, etniciteit, seksualiteit, godsdienst. Grondrechten leiden de pluriformiteit in goede banen. Op basis van de godsdienstvrijheid worden bijvoorbeeld voorzieningen in het recht getroffen, of uitzonderingen voor individuele gevallen gecreëerd. Zo kan een religieuze overtuiging voor ouders reden zijn om kinderen niet in te laten enten of om hun zoontjes te laten besnijden.²⁵¹ Via de godsdienstvrijheid krijgen afwijkende opvattingen en gedragingen een plaats in de Nederlandse samenleving. In hoofdstuk 2 is een uitgebreide beschrijving gegeven van de mate waarin afwijken vanwege godsdienst en levensovertuiging is toegestaan. Daarom blijft een uitgebreide bespreking in dit hoofdstuk achterwege.

4.3.2 Strafrecht

Het Nederlandse strafrecht gaat uit van het territorialiteitsbeginsel. Op Nederlands grondgebied is het Nederlandse strafrecht van toepassing. Dat betekent dat een persoon, ongeacht nationaliteit, onderworpen is aan het Nederlandse strafrecht. Toch geldt ook voor dit rechtsgebied dat er nog veel discussie bestaat over de mate waarin cultuur een rol speelt in toepassing van het strafrecht. Op de lange termijn kan cultuur het effect hebben dat bepaalde gedragingen niet meer, of juist wel strafbaar gesteld zullen zijn. Met de komst van nieuwe culturen, kunnen de ideeën over de vraag of gedragingen al dan niet strafbaar gesteld moeten worden, immers veranderen.²⁵² Deze discussie is erg interessant, maar wordt hier buiten beschouwing gelaten, omdat de centrale vraagstelling in dit rapport is in hoeverre verschillende culturen momenteel al een rol spelen in de Nederlandse rechtsorde. In het strafrecht zijn de publieke belangen en de nationale cultuur vastgelegd, die dienen om de burgers te beschermen en recht te doen. In het strafrecht is dan ook veel minder ruimte om af te wijken op basis van cultuur, dan bijvoorbeeld in het privaatrecht. In beginsel staan de strafrechtelijke normen niet in de weg aan een multiculturele invulling, maar dit gebeurt in de rechtspraak niet.²⁵³ Zo wordt bijvoorbeeld eerwraak gezien als moord en tast een cultureel verweer de strafbaarheid van de dader niet aan. De rechter acht het bij ernstige delicten niet mogelijk dat de invloed van de culturele omgeving zo groot is, dat de eerwraak niet op

²⁴⁹ Zie hoofdstuk 2.

²⁵⁰ Tjittes 2004, p. 225-227.

²⁵¹ Rutten 2005 (verzoening) 2005, p. 1-10.

²⁵² Van Manen (het recht en de multiculturele samenleving) 2002, p. 1188.

²⁵³ Wolswijk 2004, p. 262. Vgl. Tjittes 2004, p. 225-227.

een andere manier opgelost had kunnen worden.²⁵⁴ Een cultureel verweer kan hoogstens leiden tot strafvermindering, indien de dader aangeeft dat hem minder te verwijten valt, omdat “de normen en waarden van de gemeenschap waarin hij leeft, van buitenaf een zeer zware druk op hem als individu hebben uitgeoefend”.²⁵⁵

4.3.3 Personen- en familierecht

Nergens in de familiewetgeving wordt expliciet verwezen naar cultuur. Op een enkele plaats wordt wel naar religie verwezen, die veelal samenhangt met cultuur, waardoor cultuur via die artikelen indirect een rol speelt. Zo wordt er rekening gehouden met de godsdienstige gezindheid bij de ondertoezichtstelling, uithuisplaatsing van een kind en bij de benoeming van een voogd.²⁵⁶ Het instrumentarium in boek 1 is echter limitatief: indien een rechtsinstituut niet is opgenomen in boek 1 BW, dan is voor toepassing geen plaats. Rutten noemt als voorbeeld de Marokkaanse *kafala*, op grond waarvan de verzorging van weeskinderen, of van kinderen van wie de ouders niet tot verzorging in staat zijn, wordt overgenomen door pleegouders. Deze figuur past niet in de vorm van adoptie of pleegouderschap en daar is dus geen ruimte voor in het Nederlandse personen- en familierecht. Via het IPR zouden instituten wel erkenning kunnen krijgen in Nederland.²⁵⁷ Hiervoor is immers reeds aangegeven dat binnen het personen- en familierecht vreemde rechtsstelsels, en daarmee andere culturen, een rol spelen via het IPR. In deze paragraaf staat echter de vraag centraal in hoeverre cultuur in familierechtelijke verhoudingen doorwerkt in het interne Nederlandse recht. Rutten bepleit dat de wetgeving zoveel mogelijk moet aansluiten bij de feitelijke situatie in een land. Nederland is een pluriforme samenleving en de pluriformiteit dient tot uitdrukking te komen in het personen- en familierecht.²⁵⁸

Het personen- en familierecht is bij uitstek het rechtsgebied waar religie en cultuur een stempel drukken op het recht. Polygamie is bijvoorbeeld een huwelijksvorm die in bepaalde islamitische stromingen geaccepteerd is, terwijl het in Nederland in strijd met de openbare orde wordt geacht.²⁵⁹ Dit geldt tevens voor kinderhuwelijken en uithuwelijking. Anderzijds wordt het homohuwelijk in sommige nationale rechtsstelsels

²⁵⁴ Wolswijk 2004, p. 262.

²⁵⁵ Bloemink 1998, p. 60. Het leerstuk van het cultureel verweer is volop in ontwikkeling. Zie: Bloemink 1998, p. 53-68.

²⁵⁶ Respectievelijk artikel 1:254 lid 3 BW, 1:261 lid 5 BW en 1:302 lid 2 BW. Zie Rutten 2005, p. 81-92.

²⁵⁷ Zie hoofdstuk 9.

²⁵⁸ Rutten 2005, p. 81-92.

²⁵⁹ Monogamie is in de islam regel en polygamie is onder bepaalde voorwaarden soms toegestaan. Polygamie is ontstaan als een beschermingsmaatregel voor weduwen. Aan de mannen werd bevolen om met weduwen te huwen, zodat zij verzekerd waren van een onderkomen. De Koran kent polygamie, een huwelijksvorm waarin een man met twee of meer vrouwen gehuwd is. De Koran stelt dat een man met maximaal vier vrouwen gehuwd mag zijn, mits hij ze allen gelijk en billijk behandelt. Door middel van het procesrecht worden in sommige landen hervorming doorgevoerd in deze huwelijksvorm. Een manier om polygamie aan banden te leggen, is door voorwaarden te stellen aan de man, zoals dat hij financieel in staat moet zijn om de vrouwen te onderhouden. Een andere manier is om de eerste vrouw de gelegenheid te geven om haar huwelijk te ontbinden, als zij kan aantonen dat zij te lijden heeft onder het tweede huwelijk. Het recht van de man blijft derhalve bestaan, omdat dit in de Koran is neergelegd. In sommige landen is het ook mogelijk dat de vrouw in de huwelijksvoorwaarden laat opnemen dat haar huwelijk wordt ontbonden indien haar man met een tweede vrouw trouwt. Met deze voorwaarde moet haar man echter instemmen. Zie: Berger (Islam tussen recht en politiek) 2006, p. 126-128. Landen die polygamie – veelal onder voorwaarden – toestaan zijn onder meer: Marokko, Soedan, Afghanistan, Pakistan, Indonesië, Maleisië, Mali en Nigeria. Zie: Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006.

in strijd met de openbare orde geacht, terwijl dit in Nederland is ingevoerd. Het personen- en familierecht is erg cultuurgebonden. Toch is de personen- en familiewetgeving in Nederland van overheidswege bepaald.

Volgens Rutten is het niet in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel uit de Grondwet, dat de autochtone meerderheidsopvatting aan iedereen wordt opgelegd. De wetgever zou eigenlijk de grondslagen van het recht moeten heroverwegen en indien daar behoefte aan is, cultuurbepaalde regels de ruimte geven in de Nederlandse wet. Zolang de wetgever dit niet doet, zijn de minderheden volgens Rutten afhankelijk van de rechter. Het betoog van Rutten is er niet op gericht om altijd voorrang te geven aan culturele rechtsbetrekkingen, maar om er open voor te staan. Culturele rechtsverhoudingen die in strijd zijn met fundamentele waarden in de samenleving en met de mensenrechten, zullen geen erkenning vinden bij de Nederlandse wetgever en rechter.²⁶⁰

In de huidige situatie ligt de mogelijkheid om cultureel bepaalde normen een rol te laten spelen in familierechtelijke betrekkingen bij de rechter. De rechter is hierbij uiteraard gebonden aan de wetgeving: hij kan bij gesloten normen minder rekening houden met culturele achtergronden dan bij open normen. Rutten geeft aan dat de rechters tot nu toe weinig gebruik maken van de mogelijkheid om open normen in te kleuren met cultureel bepaalde waarden. Dit heeft allereerst te maken met het feit dat advocaten en procureurs weinig culturele argumenten aanvoeren, ook als deze argumenten een belangrijke rol zouden kunnen spelen bij de afweging van de rechter. In de tweede plaats heeft dit te maken met de omstandigheid dat het personen- en familierecht sterk benaderd wordt vanuit een autochtoon kader. Rutten pleit ervoor om open te staan voor de pluriformiteit door de culturele achtergronden mede bepalend te laten zijn voor de invulling van open normen zoals 'in het belang van het kind'. De ondergrens voor een culturele interpretatie van open normen ligt bij strijd met de openbare orde.²⁶¹ Indien islamitische waarden een rol spelen voor de rechter zal hij ze afwegen tegen andere belangen.

Zo zijn ouders bijvoorbeeld in beginsel vrij om hun kinderen een godsdienstige opvoeding te geven, maar in bepaalde gevallen wordt dit niet in het belang van het kind geacht. In het vorige hoofdstuk is aan de orde geweest, dat de rechter kan ingrijpen indien het kind in een levensbedreigende situatie komt, doordat ouders bijvoorbeeld om godsdienstige redenen bloedtransfusies voor hun kinderen weigeren. Onder de vrijheid van opvoeding is het echter nog steeds toegestaan dat de ouders vaccinaties tegen gevaarlijke ziektes weigeren om godsdienstige redenen. Een voorbeeld waarin de rechter de Nederlandse cultuur boven de religieuze opvoeding heeft gesteld, is het geval waarin een Marokkaans meisje van zestien jaar oud van huis is weggelopen vanwege de strenge regels, die haar vader in een islamitische opvoeding aan haar oplegde.

De kinderechter Den Haag stelt het meisje onder toezicht en plaatst haar uit huis. De vader stelt vervolgens tegen deze uitspraak hoger beroep in bij het Hof Den Haag. Het Hof heeft de beschikkingen van de kinderechter bekrachtigd, omdat volgens het Hof de gegronde vrees bestaat dat de vader het meisje naar Marokko zal terugsturen, omdat ze de familie te schande zou hebben gemaakt. Terugzending naar Marokko zou psychische en lichamelijke schade tot gevolg

²⁶⁰Rutten 2005, p. 81-92.

²⁶¹Rutten 2005, p. 81-92. Vgl. Van der Velden 2004 (Multicultureel familierecht), p. 228-240.

kunnen hebben, omdat het meisje de invloed van de Nederlandse cultuur heeft ondergaan en deze normen fundamenteel anders zijn dan de Marokkaanse.²⁶²

In dit concrete geval moet de islamitische opvoeding wijken voor een acceptabele opvoeding naar Nederlandse maatstaven. De rechter oordeelt immers dat in casu een islamitische opvoeding niet in het belang van het kind is. Dit kan echter niet in zijn algemeenheid geconcludeerd worden. In dit concrete geval zal de leeftijd van het meisje hebben meegespeeld: ze is ten tijde van de uithuisplaatsing al zeventien jaar oud en derhalve bijna meerderjarig.²⁶³ Er zijn nog geen algemene lijnen te ontdekken in de rechtspraak over een islamitische opvoeding, omdat islamitische waarden slechts weinig ingeroepen worden voor de rechter en de rechtspraak op dit terrein sterk casuïstisch is. Ten aanzien van een godsdienstige opvoeding kan geconcludeerd worden dat de ouders vrij zijn om naar eigen inzicht en religieuze opvattingen de opvoeding vorm te geven. Slechts in uiterste gevallen zal de rechter ingrijpen.

Van der Velden is van mening dat de cultuur een rol dient te spelen in het personen- en familierecht, indien daar ruimte voor is. Hij maakt voor wat betreft de islam een vergelijking met de Rooms-Katholieke Kerk.²⁶⁴ Deze kerk heeft een eigen huwelijksrecht, dat door de Nederlandse wetgever wordt erkend en waar de burgerlijke rechter zich buiten houdt. Binnen de kerken in Nederland is het mogelijk om een religieus huwelijk naast het burgerlijk huwelijk te sluiten, hoewel deze aan elkaar gekoppeld zijn.²⁶⁵ De koppeling houdt in dat het verboden is om een kerkelijk huwelijk te sluiten voordat er een burgerlijk huwelijk gesloten is. Er zijn overigens signalen dat er in islamitische kring nog regelmatig informele huwelijken gesloten worden, zonder dat daar een burgerlijk huwelijk aan vooraf is gegaan. Het is van belang dat de overheid hier op inspeelt.

Ook op andere plaatsen houdt de wetgever rekening met de belangen van gelovigen. Het behoud van de mogelijkheid van scheiding van tafel en bed in de Nederlandse wet, geeft aan dat met de wensen van de christelijke kerken rekening gehouden is. Een dergelijke benadering zou Van der Velden ook graag zien ten aanzien van de nieuwe culturen en religies in Nederland. Deze benadering kan gerealiseerd worden door in de open normen rekening te houden met het islamitische recht, omdat de islam onderdeel uitmaakt van de Nederlandse samenleving. De grens hiervan ligt in de openbare orde en de strijd met fundamentele rechtsbeginselen, zoals die verwoord zijn in het EVRM. Rechtsregels waarin familierechtelijke betrekkingen een rol spelen, zouden zijns inziens telkens getoetst moeten worden aan het EVRM, om het rechtssysteem aan de wensen van de bevolking aan te passen. Artikel 9 lid 2 EVRM zou een toetsingsmechanisme hiervoor zijn. Zijn de regelingen vandaag de dag nog noodzakelijk in een democratische samenleving in het belang van de openbare

²⁶² HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 201 (Belhaj tegen de Raad voor de Kinderbescherming, m. nt. EAA).

²⁶³ Loenen 2006 (Geloof in geding), p. 48. Zie ook Labuschagne 1994, p. 171-174.

²⁶⁴ Van der Velden 2004 (Multicultureel familierecht), p. 228-240. Vgl. Veendendaal 2006, p. 1947-1951.

²⁶⁵ Dit is een onderdeel van de eigen autonomie van kerkgenootschappen in Nederland, zoals die in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen. Er bestaat vanuit de Rooms-Katholieke kerk kritiek op de koppeling van het kerkelijk huwelijk aan het burgerlijk huwelijk, nu er zoveel betrekkingen en zorgrelaties in de wet mogelijk gemaakt zijn. Deze kritiek heeft te maken de verhouding tussen kerk en staat. De koppeling zou te veel ingrijpen in de kerkelijke autonomie, omdat kerkgenootschappen vrij zouden moeten zijn om te bepalen hoe zij zich verhouden tot de verschillende zorgrelaties. Meijers 2002, p. 1897-1898. Zie meer uitgebreid hoofdstuk 5.

veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden, of voor de bescherming van rechten en vrijheden voor anderen? De islamitische waarden zijn echter polyinterpretabel. Een probleem is dat binnen de islam veel verschillende richtingen en stromingen te onderscheiden zijn, die allemaal voor een andere interpretatie van de islam en de sharia staan. Van der Velden voert deze toets uit ten aanzien van het huwelijksrecht. Hij is van mening dat delen van de islamitische cultuur strijdig zouden kunnen zijn met de wilsovereenstemming, omdat sommige richtingen gedwongen huwelijken kennen. Hier zal de rechter echter geen uitzondering maken, omdat het vereiste van wilsovereenstemming het recht op privé-leven beschermt (artikel 8 EVRM). Bovendien zou men op basis van de islam kunnen vragen om de mogelijkheid tot polygamie, maar dit zal de toets ook niet doorstaan, omdat dit in strijd is met de Nederlandse openbare orde.²⁶⁶

Recentelijk zijn de ‘sharia-testamenten’ uitvoerig in het nieuws aan de orde gekomen. In oktober 2006 heeft Tweede-Kamerlid Wilders (toen nog van Groep Wilders) kamervragen gesteld naar aanleiding van een artikel in *Trouw*, waaruit blijkt dat er ‘sharia-testamenten’ worden opgesteld in Nederland.²⁶⁷ Het krantenartikel is een verslag van de publieksdag georganiseerd door *Trouw* in samenwerking met het NWO, over de sharia in Nederland. Peters geeft aan dat de sharia niet alleen gaat over de bloederige en terroristische zaken waarover veel geschreven wordt, maar ook een systeem van religieuze leefregels is. Sommige van deze leefregels kunnen volgens Peters een rol spelen in het Nederlandse recht, indien de wet daar de ruimte toe biedt. Een van de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt, is de vrijheid om het testament op te stellen, zoals men wil, op enkele uitzonderingen na. Deze zogeheten testeervrijheid staat ook toe dat een persoon in zijn testament opneemt dat zijn dochters de helft verdienen van de zonen, een regel die men zou kunnen baseren op de sharia.²⁶⁸ Een testament waarin een dochter minder erft dan een zoon, kan gelegen zijn in de idee dat vrouwen een andere taak hebben dan mannen.

Er zijn mensen in de islam die van mening zijn dat een vrouw een andere taak heeft dan de man. De vrouw heeft de verzorgende taken en de man de plicht om financieel zorg te dragen voor het gezin. In deze gedachte kan een ‘sharia-testament’ zijn grondslag hebben.²⁶⁹ Het krantenartikel heeft Wilders vragen doen stellen in de Tweede Kamer, waarop minister Hirsch Ballin in december 2006 antwoorden heeft gegeven. Het Nederlandse erfrecht gaat uit van de testeervrijheid: “degene die een testament opstelt, kan daarin vrijelijk beslissen wat er na zijn overlijden met zijn vermogen gebeurt”. Hierop gelden een aantal beperkingen: de erflater kan niet voorbijgaan aan de rechten van zijn schuldeisers, indien de erflater gehuwd is, kent het erfrecht een sterke positie aan de langstlevende echtgenoot toe en het Nederlandse erfrecht kent de legitieme portie op grond waarvan kinderen van de erflater aanspraak kunnen maken op een bedrag uit de nalatenschap van ten minste de helft van wat hun zonder testament zou toekomen. Door de testeervrijheid is de erflater in beginsel dus bevoegd om dochters de helft te laten erven. De grenzen van de testeervrijheid worden mede bepaald door artikel 4:44 BW: De wilsbeschikking is nietig, indien haar inhoud in

²⁶⁶ Van der velden 2004 (Multicultureel familierecht) 2004, p. 228-240.

²⁶⁷ *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nr. 530.

²⁶⁸ ‘Dochters moslims gedupeerd door sjaria-testament’, *Trouw*, 7 oktober 2006. ‘De polder biedt alle ruimte aan sjaria’, *Trouw*, 7 oktober 2006.

²⁶⁹ Gesprekken met islamkenners.

strijd is met de goede zeden, of de openbare orde.²⁷⁰ Het is aan de rechter om te beoordelen of een testament in strijd is met de openbare orde, indien een dochter minder erft en zij de geldigheid van het testament betwist. In beginsel is de erflater vrij om dochters minder te laten erven dan zonen. De reden ervoor zal niet vermeld worden in het testament, waardoor het lastig is om te achterhalen of het testament naar inhoud strijdig is met de openbare orde en goede zeden. Het enkele feit dat dochters minder erven is voor strijdigheid niet voldoende. Een reden hiervoor kan bijvoorbeeld immers zijn, dat een dochter al vele schenkingen tijdens het leven heeft gekregen.²⁷¹

Hoewel het personen- en familierecht van oudsher een rechtsgebied is waarin religie en cultuur een grote rol spelen, is het personen- en familierecht tegenwoordig door de nationale wetgever geregeld. Deze ontwikkeling is bijvoorbeeld goed te zien in het huwelijksrecht, dat vroeger door de kerken geregeld werd terwijl het nu verplicht is om eerst een burgerlijk huwelijk te sluiten voor het kerkelijke huwelijk. In het nationale personen- en familierecht klinkt de christelijke historie van Nederland door. Enerzijds doordat de christelijke moraal lange tijd de heersende moraal in Nederland is geweest en anderzijds doordat kerkgenootschappen actief betrokken zijn geweest bij de wetgeving. Zij hebben hun visie op de wetgeving kunnen geven. Zo is de scheiding van tafel en bed een instituut dat sterk christelijk gekleurd is.

De vraag zou gesteld kunnen worden of instituten uit andere culturen ook een plaats in het recht zouden moeten krijgen, zodat deze culturen zich onder het Nederlandse personen- en familierecht wellicht meer thuis voelen. Om te bereiken dat de verschillende culturen zich herkennen in het nationale personen- en familierecht, gaan er in de literatuur stemmen op om een rechtssysteem op multiculturele grondslag te creëren.

Er kan echter ook verdedigd worden dat het personen- en familierecht met reden vrij van religieuze en culturele waarden is, zodat bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel hiervan een onderdeel uitmaakt. Nederland kent geen systeem van personen- en familierecht waarin iedere godsdienstige gezindte een eigen rechtssysteem heeft en Nederland kent geen personen- en familierecht op multiculturele grondslag.

4.3.4 Vermogensrecht

Er is een discussie gaande over de mate waarin cultuur moet doordringen in het vermogensrecht.²⁷² Smits pleit ervoor dat de multiculturaliteit in Nederland en de europeanisering van de samenleving tot een herbezinning op het privaatrecht zouden moeten leiden. Het privaatrecht regelt de verhoudingen tussen burgers onderling en zou dus zo geconstrueerd moeten zijn, dat de burgers zich er daadwerkelijk in herkennen. De conflicten tussen de verschillende culturen moeten zijns inziens niet weggepoetst

²⁷⁰ Artikel 4:44 BW: 1. “Een uiterste wilsbeschikking waarvan de inhoud in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.” 2. “Eveneens is een uiterste wilsbeschikking nietig, wanneer voor deze een in de uiterste wil vermelde beweegreden die in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, beslissend is geweest.”

²⁷¹ *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nr. 251.

²⁷² Deze discussie is van belang, omdat de verschillende culturen in een land van invloed zijn op het recht. En omdat de mate waarin dit gebeurt, mede bepalend is voor de mate waarin personen zich vertegenwoordigd voelen door een rechtssysteem. Een filosofische bezinning is interessant, maar valt buiten het bestek van dit rapport. Bovendien gaat hieraan ook het vraagstuk van Nederland als multiculturele samenleving vooraf. De meer geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar: Cliteur & Van den Eeckhout 2001 en Van Manen (de multiculturele samenleving) 2002.

worden met algemene beginselen en open normen, maar dienen juist aan de oppervlakte te komen en tot uitdrukking gebracht te worden in het privaatrecht. Het huidige privaatrecht is nationaal bepaald, wat inhoudt dat de nationale wetgever dit heeft vastgesteld en dat het is gevormd door de nationale waarden en omgeving. Volgens Smits komt culturele diversiteit onvoldoende tot zijn recht in de open normen die het recht bevat. Als de rechter slechts in individuele gevallen rekening houdt met culturele waarden, zou de pluriformiteit van de rechtspraak onvoldoende zichtbaar zijn voor de onderdanen. Het privaatrecht zou gebaseerd moeten zijn op subsidiariteit. Aan de verscheidene culturele groepen in Europa dient volgens hem autonomie toe te komen bij het regelen van hun eigen verhoudingen. De rechters dienen niet enkel vanuit het nationale privaatrecht te redeneren, maar moeten zich verdiepen in de verschillende culturen, zodat hun rechtsvormende taak bijdraagt aan het creëren van een pluriform privaatrecht.²⁷³

Sijmonsma brengt hiertegen in dat het vermogensrecht voldoende ruimte biedt om door middel van de open normen rekening te houden met culturele en religieuze achtergronden van partijen en dat herbezinning op het privaatrecht als geheel niet nodig is. Hij ziet meer in een toepassing van het nationale privaatrecht zoals dat er nu is, waarbij in het individuele geval, waar mogelijk, rekening wordt gehouden met de culturele en religieuze achtergronden.²⁷⁴

Rutten bepleit een multiculturele invulling van het recht, omdat de vele moslims in Nederland zich dan wellicht beter vertegenwoordigd voelen door het privaatrecht. De wetgever geeft dan gehoor aan de multiculturele samenleving en de moslims zijn niet meer onderworpen aan de willekeur van de rechter, aldus Rutten.²⁷⁵ Een multicultureel privaatrecht zal echter nog veel onderzoek vergen. Totdat duidelijk is hoe een multiculturele invulling tot stand zou moeten komen en of het haalbaar is, zal de rechter zoveel mogelijk tegemoet moeten komen aan de multiculturele samenleving, door een open benadering van de verschillende culturen in Nederland.

Het Nederlandse vermogensrecht is gekleurd door de christelijke moraal, die al eeuwenlang vertegenwoordigd is in Nederland en daardoor sterk overeenkomt, met wat wel en wat niet geoorloofd is. Met name het open begrip ‘goede zeden’ in artikel 3:40 BW heeft betrekking op de moraal en is derhalve indirect gekleurd door de christelijke moraal. De huidige invulling van dit begrip geschiedt echter door hetgeen naar maatschappelijk oordeel behoort.²⁷⁶ Het Nederlandse vermogensrecht bevat veel open normen, waarin de rechter in het concrete geval met culturele diversiteit rekening kan houden. De open normen in het vermogensrecht zijn de ‘redelijkheid en billijkheid’ de ‘openbare orde en de goede zeden’ en ‘in het verkeer geldende opvattingen’.²⁷⁷

Indien men rechtshandelingen in strijd met de wet verricht, dan is de rechtshandeling vernietigbaar en zit de sanctie in de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW.

‘De redelijkheid en billijkheid’ vormt bij uitstek een open norm waar de rechter rekening zou kunnen houden met de culturele achtergrond van partijen. Uit de

²⁷³ Smits 2000, p. 289-292. Vgl. Smits 2001, p. 131-132.

²⁷⁴ Zijmonsma 2001, p. 128-131. Van der Ploeg voelt er ook niet voor om “de multiculturele samenleving juridisch te verankeren” in een multicultureel vermogensrecht. Van der Ploeg 2005, p. 264.

²⁷⁵ Deze stelling onderbouwt zij met de redenering dat het in theorie mogelijk is om rekening te houden met cultuurbepaalde normen, maar dat de rechters hier in de praktijk nog niet altijd gebruik van maken.

²⁷⁶ H.J. van Kooten, *Vermogensrecht. Artikel 3:40. Aantekening 7*.

²⁷⁷ Rutten 2005, p. 1-10. Rutten 2001.

parlementaire geschiedenis blijkt dat in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid een rechtsopvatting zoals die in een bepaalde kring personen leeft, mede bepalend kan zijn voor de invulling van dit begrip.²⁷⁸ In de praktijk blijkt de redelijkheid en billijkheid echter niet of nauwelijks voor de rechter te worden ingeroepen, als basis om rekening te houden met islamitische waarden.

Een andere open norm is de ‘strijd met de openbare orde en goede zeden’, die een beperking vormt op de contractsvrijheid. Deze open norm is de ondergrens van wat toelaatbaar is in de Nederlandse samenleving en wordt veelal ingevuld met de moraal van de meerderheidsopvatting, omdat de rechter de contractsvrijheid niet wil beperken. Indien een overeenkomst strijdig is met de openbare orde en goede zeden van een minderheidsopvatting, zou vernietiging van de overeenkomst tot gevolg kunnen hebben, dat de contractsvrijheid geringer is in de minderheidsgroep, dan bij de meerderheid. Een voorbeeld hiervan is het verkopen van een onrein dier door een islamitische slager. Dit is in de islam onaanvaardbaar. Voor de minderheidsopvatting is dit derhalve strijdig met de openbare orde en goede zeden. Erkenning hiervan zou echter leiden tot een beperking op de contractsvrijheid die niet voor de meerderheid van de bevolking geldt. De rechter zal dan het beginsel van contractsvrijheid zwaarder laten wegen dan de minderheidsopvatting, zoals de islamitische waarden. Hoe minder algemene belangen en nationale cultuur van invloed zijn op een rechtssysteem, hoe groter de mogelijkheid is dat andere normen en waarden dit rechtssysteem mede kunnen vormen. In het contractenrecht bestaat veel ruimte om rekening te houden met normen uit andere culturen, met name als partijen dit onderling overeenkomen. Als onderste grens hiervoor geldt dat de overeenkomst naar zijn inhoud niet in strijd mag zijn met de openbare orde of goede zeden. De groepsnorm kan hierbij bepalend zijn, maar slechts in geringe mate, omdat de wetgever veel waarde hecht aan de contractsvrijheid.²⁷⁹

Rutten geeft ook een voorbeeld bij de open norm ‘in het verkeer geldende opvattingen’. “Een oude Marokkaanse man, moslim, verkoopt op een automarkt een tweedehands auto aan een andere Marokkaanse moslim man. Hij zweert bij Allah dat de auto geen gebreken heeft. Om die reden laat de koper het maken van een proefritje achterwege. Als de auto toch gebreken lijkt te vertonen, voelt de koper zich bedonderd.”²⁸⁰ Wat indien deze man een beroep op dwaling doet?²⁸¹ Voor de dwaling kunnen de in het verkeer geldende opvattingen een rol spelen. Als de rechter in zijn oordeel meeweegt, dat de eed of gelofte in de islam van bijzonder groot belang zijn, omdat ze samenhangen met religie, dan zou de rechter kunnen oordelen dat er in islamitische zin, geen wantrouwen bij de koper hoefde te bestaan. Zowel Smits, als

²⁷⁸ Reehuis & Slob 1990, p. 1036-1037.

²⁷⁹ Tjittes 2004, p. 225-227.

²⁸⁰ Rutten 2005, p. 60.

²⁸¹ Dwaling artikel 6:228 BW: -1. “Een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is vernietigbaar: a. indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten; b. indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten; c. indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden” -2. “De vernietiging kan niet worden gegrond op een dwaling die een uitsluitend toekomstige omstandigheid betreft of die in verband met de aard van de overeenkomst, *de in het verkeer geldende opvattingen* of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven.”

Sijmonsma bespreken dit voorbeeld en ook zij zijn van mening dat de rechter dit in zijn oordeel dient mee te nemen.²⁸²

Tot nu toe worden open normen voor de rechter weinig ingeroepen om een culturele invulling in een conflict van de rechter te vragen. Dit heeft tot gevolg, dat er nog weinig antwoorden zijn gegeven op de multiculturele vragen. Een vicieuze cirkel ontstaat: de moslims hier te lande lijken weinig gebruik te maken van rechtsmiddelen, het lijkt alsof problemen intern opgelost worden, waardoor de rechtspraak sterk autochtoon van karakter blijft.²⁸³ Dit zou er toe kunnen leiden dat groepen er eigen normen op na houden en zelf intern naar oplossingen zoeken. Culturele waarden maken immers vaak onderdeel uit van iemands bestaan, waardoor ook geschillen met culturele achtergronden kunnen ontstaan. Men zou hier de conclusie uit kunnen trekken dat een rechtsstelsel op multiculturele grondslag in het leven geroepen dient te worden. In navolging van de discussie over de multiculturele samenleving zoals die in paragraaf 4.2.1 aan de orde is gekomen, zou echter ook gepleit kunnen worden voor aanpassing aan de Nederlandse samenleving door personen met verschillende culturele achtergronden. En voor onderwerping aan de Nederlandse wet, waarin ieder geval gelijk behandeld wordt, ongeacht de culturele gebruiken en achtergronden. De huidige Nederlandse wetgeving bevindt zich op het niveau dat er een open houding ten opzichte van verschillende culturen mogelijk is, maar dat deze open houding pas tot uitdrukking komt voor de rechter. De rechter heeft de mogelijkheid om met cultureel bepaalde waarden rekening te houden, hoewel het aan partijen is om culturele waarden in het geschil te brengen. Het startpunt van de rechtspraak blijft echter de Nederlandse wet.

4.3.5 Overige regelgeving

Het hiervoor beschreven uitgangspunt, dat culturele waarden pas tot uitdrukking komen voor de rechter, kent een aantal uitzonderingen. In een enkel geval heeft de wetgever religieuze gebruiken en waarden een wettelijke grondslag gegeven. Een voorbeeld hiervan is de Wet op de lijkbezorging²⁸⁴ en het daarop gebaseerde Besluit op de lijkbezorging.²⁸⁵ In deze regelgeving is onder voorwaarden de mogelijkheid gegeven om overledenen te begraven of verbranden zonder kist, als tegemoetkoming aan etnische minderheden die hier vanwege hun godsdienst de voorkeur aan geven.²⁸⁶

Een ander voorbeeld is ritueel slachten. In de Vleeskeuringswet²⁸⁷ en het daarop gebaseerde Vleeskeuringsbesluit²⁸⁸ geldt als hoofdregel dat slachtdieren eerst moeten worden bedwelmd alvorens te worden gedood. Voor het slachten door middel van een halssnede, zoals dat volgens de israelitische en islamitische ritus gebeurt, is op de regel

²⁸² Rutten 2005, p. 55-64.

²⁸³ Dit is gebaseerd op de artikelen van Sijmonsma, Smits en Rutten, zoals die hiervoor beschreven zijn. Zij verbinden de conclusie dat moslims waarschijnlijk intern veel zaken oplossen, aan het feit dat moslims een geringe rol lijken te spelen in de rechtspraak van het vermogensrecht. In arbeidsrechtelijke vraagstukken worden islamitische waarden en gebruiken wel veelvuldige ingeroepen voor de rechter, zie hoofdstuk 2 over de godsdienstvrijheid.

²⁸⁴ Wet van 7 maart 1991, *Stb.* 1991, 130.

²⁸⁵ Besluit van 3 mei 1991, *Stb.* 1991, 252, houdende voorschriften ter uitvoering van de Wet op de lijkbezorging.

²⁸⁶ Zie ook: Fernandes Mendes 1993, p. 37. En: Labuschagne 1994, p. 167-170. Zie ook: Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 112-113.

²⁸⁷ Wet van 25 juli 1919, *Stb.* 524.

²⁸⁸ Besluit van 14 januari 1957, *Stb.* 29.

echter een uitzondering gemaakt. In daartoe aangewezen slachthuizen is dit slachten toegestaan, mits aan alle voorwaarden in het Vleeskeuringsbesluit wordt voldaan.²⁸⁹

4.4 Autonomie van kerkgenootschappen

In dit rapport staat de autonomie van kerkgenootschappen centraal, op grond waarvan kerkgenootschappen bevoegd zijn tot het creëren van eigen regels en het hanteren van een eigen geschilbeslechting. Kerkgenootschappen zijn een onderdeel van het maatschappelijk middenveld en beschikken op hun eigen godsdienstige terrein over eigen regels en een interne rechtsgang. Zo hanteren de kerken regels over de rechtspositie van de predikant, tuchtregels en een eigen huwelijksrecht.²⁹⁰ Het is binnen kerkgenootschappen toegestaan om af te wijken van hetgeen algemeen geldend is voor de meerderheid in een land. De godsdienstvrijheid en artikel 2:2 BW bieden aan kerkgenootschappen een ruimte waar de overheid zich buiten houdt. Ook voor de islamitische geloofsgemeenschappen bestaat hier ruimte om af te wijken van het Nederlandse recht. Net als voor de andere vormen van religie en cultuur in het recht geldt ook voor kerkgenootschappen dat er binnen de kerk geen regels mogen worden opgesteld die de openbare orde aantasten. Een kerkgenootschap mag niet gericht zijn op het plegen van strafbare feiten. De kerkgenootschappen zijn autonoom op hun eigen gebied, de burgerlijke rechter en overheid zullen zich afzijdig houden van religieuze twisten. De kerkgenootschappen spelen derhalve ook een rol in het debat over rechtspluralisme. Er is hier geen sprake van rechtspluralisme. De autonomie is begrensd, omdat de interne appelrechter niet op het niveau van de overheidsrechter functioneert.²⁹¹ Toch ligt deze vorm van interne geschilbeslechting tegen een vorm van rechtspluralisme aan, omdat de overheidsrechter slechts de rol van marginale grensrechter heeft. De interne rechtspraak is bindend voor de leden. De gang naar de burgerlijke rechter staat nog wel open, maar de rechter toetst enkel aan de algemene processuele beginselen.²⁹²

4.5 Conclusie

In Nederland bestaat geen vorm van rechtspluralisme. Rechtspluralisme houdt in dat in een samenleving verschillende rechtssystemen naast elkaar bestaan.

In Nederland speelt wel een discussie over de vraag of de multiculturele samenleving die Nederland geworden is, zijn weerslag moet hebben in het Nederlandse rechtssysteem. Voorstanders hiervan bepleiten dat minderheidsgroeperingen zich beter thuis voelen onder een rechtssysteem op multiculturele grondslag. Tegenstanders ervan betogen dat de staat een neutrale rol in de geschilbeslechting moet innemen en dat de staat moet bepalen welke waarden beschermd worden.

In de huidige wetgeving bestaat op individueel niveau de ruimte om culturaliteit een rol te laten spelen in rechtsverhoudingen. Met name in het contractenrecht bestaat hiervoor ruimte. Ook is aan bepaalde organisaties de ruimte gegeven om eigen regels te hebben. Deze ruimte bestaat voor verenigingen, maar ook voor de kerkgenootschappen.

²⁸⁹ Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 112-113.

²⁹⁰ Een uitgebreide beschrijving van de interne regels en rechtspraak volgt in hoofdstuk 5.

²⁹¹ De burgerlijke rechter grijpt bijvoorbeeld wel in, als elementaire rechtsbeginselen in de interne rechtsgang worden geschonden. Zie uitgebreid hoofdstuk 6.

²⁹² Zie hoofdstuk 6.

Ook kan via open normen in het interne Nederlandse recht rekening gehouden worden met culturele achtergronden. Deze vormen van culturaliteit in het recht bevinden zich allemaal onder de opperheerschappij van de Nederlandse wet, omdat de Nederlandse wetgever de ruimte bepaalt en de Nederlandse rechter uiteindelijk het laatste woord heeft.

5 Autonomie kerkgenootschappen in Nederland

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken staat de rol van religie in het publieke domein centraal. De verhouding tussen kerk en staat in Nederland, de godsdienstvrijheid en rechtspluralisme passeerden de revue. In dit deel van het rapport staat religie in interne verbanden centraal. De vrijheid van religie krijgt voor wat betreft deze interne godsdienstbeleving een andere uitwerking, omdat de publieke orde minder snel in het geding is.

De algemene uitgangspunten van de scheiding tussen kerk en staat en de godsdienstvrijheid komen voor wat betreft het privaatrecht tot uitdrukking in artikel 2:2 van het Burgerlijk Wetboek (BW):

1. Kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, bezitten rechtspersoonlijkheid.
2. Zij worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet. Met uitzondering van artikel 5 gelden de volgende artikelen van deze titel niet voor hen; overeenkomstige toepassing daarvan is geoorloofd, voor zover deze is te verenigen met hun statuut en met de aard der onderlinge verhoudingen.

Zoals ook het uitgangspunt van scheiding tussen kerk en staat een lange historie kent waardoor zij is gekleurd, ligt aan artikel 2:2 BW een levendige discussie ten grondslag die uiteindelijk door de Minister van Justitie is beëindigd met de woorden: “Voor mij is de hoofdzaak, dat dit tweede boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek m.i. te dezen niet zozeer de keizer geeft wat des keizers is, als wel het kerkgenootschap, wat kerkgenootschaps is.”²⁹³ Met deze zinsnede verwijst de minister naar de passage uit de bijbel: “Geef dan wat van de keizer is aan de keizer en geef aan God wat God toebehoort.”²⁹⁴ De scheiding tussen kerk en staat in Nederland sluit naadloos bij deze passage uit de bijbel aan.²⁹⁵ Hiermee wil de Minister van Justitie benadrukken, dat de kerken instellingen *sui generis* zijn, die een geheel eigen en bijzonder karakter hebben.

Met de invoering van artikel 2:2 BW is invulling gegeven aan het bijzondere karakter van de kerkgenootschappen en daarmee aan de scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst zoals die is neergelegd in de Grondwet (Gw). De opmerking van de toenmalige Minister van Justitie is kenmerkend voor de tijd waarin artikel 2:2 BW tot stand is gekomen. De christelijke godsdiensten voerden in die periode de boventoon en zaten ingebakken in de algemene moraal. In de huidige tijd wordt Nederland gekenmerkt door religieus pluralisme.²⁹⁶ Hoe dient de autonomie van kerkgenootschappen geïnterpreteerd te worden in een tijd waarin het Nederlandse religieuze landschap sterk heterogeen van aard is? Om tot een beantwoording van deze vraag te komen, zal in de komende hoofdstukken getracht worden een theoretisch kader te schetsen van wetshistorie en jurisprudentie.

²⁹³ Van Zeven 1991, p. 110.

²⁹⁴ Mattheüs 22:21. (NBV: “Geef dan wat van de keizer is aan de keizer, en geef aan God wat God toebehoort.”)

²⁹⁵ Vgl. Van Middelkoop 2003-38.

²⁹⁶ Zie hoofdstuk 2.

In dit hoofdstuk staat de terminologie van artikel 2:2 BW centraal. Aan de orde zal komen welke organisaties onder de reikwijdte van dit artikel vallen, wat de reikwijdte van hun autonomie is en hoever de regelgevende bevoegdheid middels het eigen statuut reikt. In de hoofdstukken 6 en 7 zal de autonomie in de praktijk gezien worden, om tot een afbakening van de autonomie van kerkgenootschappen te komen.

De sterke mate van ontkerkelijkheid die Nederland de laatste decennia kenmerkt, doet vermoeden dat de toegevoegde waarde van een onderzoek naar de autonomie van kerkgenootschappen slechts gering is. Niets is echter minder waar, omdat de individualisering en globalisering tot gevolg hebben dat nieuwe vormen van religie en levensovertuiging een plaats krijgen in de Nederlandse samenleving.²⁹⁷ Deze overtuigingen hebben door de verhouding tussen kerk en staat in Nederland recht op een gelijke behandeling als de meer traditionele kerkgenootschappen. De zinsnede ‘geef het kerkgenootschap wat des kerkgenootschaps is’ zou tot gevolg kunnen hebben dat ook deze nieuwe religies gebruik maken van de rechtspersoon kerkgenootschap, waarvoor geen oprichtingsvereisten zijn, omdat de staat de rechtspersoonlijkheid erkent, die geregeerd wordt door haar eigen statuut en waarop de ontbindingsmogelijkheid niet van toepassing is.²⁹⁸ De Nederlandse staat en de rechter komen derhalve voor nieuwe vragen van allerlei aard te staan die vooraf overdenking verdienen, zoals wanneer een overtuiging een levensovertuiging of religie is en wanneer een organisatie een kerkgenootschap is.

5.2 Kerkgenootschap

Artikel 2:2 BW bevestigt de eigen autonomie van kerkgenootschappen. De Van Dale geeft als definitie van het begrip kerkgenootschap: “vereniging van al diegenen die tot eenzelfde godsdienstige gemeenschap behoren”. In het spraakgebruik is de godsdienstige opvatting derhalve een onderdeel van de definitie van een kerkgenootschap. Wat de betekenis is van de rechtspersoon kerkgenootschap in juridische zin, zal hieronder blijken.

In artikel 2:2 BW is geen definitie opgenomen van het begrip kerkgenootschap. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt wel dat er over de invulling van het begrip kerkgenootschap hevig gediscussieerd is. Tijdens de parlementaire behandeling zijn de kamerleden en de Minister van Justitie het er over eens dat er geen definitie van het begrip kerkgenootschap in de wet moet worden opgenomen, omdat men zich niet aan een definitie wil binden.²⁹⁹ Enkelen willen echter wel in de aanloop naar het nieuwe Burgerlijk Wetboek een definitie van wat zij onder een kerkgenootschap verstaan in de parlementaire geschiedenis opnemen, om de rechter toch een houvast te geven. Een aantal leden brengt in deze discussie de definitie van Scholten naar voren dat enkel “Kerkgenootschappen naar Nederlands recht zijn de door afscheiding en splitsing in de Christelijke Kerk ontstane zelfstandige kerken in Nederland, benevens de Israëlitische kerkgenootschappen.”³⁰⁰ Hij hanteert een beperkte definitie van het begrip kerkgenootschap. Een meerderheid van de Tweede Kamer sluit zich echter aan bij de ruime definitie die Duynstee in zijn preadviezen heeft gegeven: “Een kerkgenootschap

²⁹⁷ Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid 2006, p. 15-16.

²⁹⁸ Maeijer 1997, nr. 174.

²⁹⁹ Van Zeben, p. 69-71, p. 78-79.

³⁰⁰ Van Zeben 1991, p. 70.

is een blijvende vereniging van personen, welke zich de gemeenschappelijke godsverering van haar leden, op de grondslag van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt.”³⁰¹ Uiteindelijk wordt er noch in de wet, noch in de parlementaire geschiedenis een definitie van het begrip kerkgenootschap opgenomen, omdat dit alleen maar verwarring zou opleveren bij de rechters.³⁰² Hierdoor is het volledig aan de rechter overgelaten om in ieder concreet geval te oordelen over de vraag of een lichaam een kerkgenootschap is.³⁰³

De Hoge Raad heeft de definitie van Duynstee, zoals hierboven weergegeven, onderschreven. De Hoge Raad spreekt van een kerkgenootschap, dat zich de gemeenschappelijke godsverering van de leden, op de grondslag van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt.³⁰⁴ In een later arrest bevestigt de Hoge Raad dat in een multiculturele samenleving alle godsdiensten gelijk behandeld dienen te worden. In dat arrest wordt een ‘Satanskerk’ niet erkend als een kerkgenootschap, omdat niet voldoende vaststaat dat de leden een godsdienst aanhangen en dat de aanhangers een gestructureerde organisatie hebben.³⁰⁵ Uit dit arrest kan worden afgeleid dat in ieder geval aan twee vereisten moet zijn voldaan voordat sprake is van een kerkgenootschap: er moet een godsdienst én een gestructureerde organisatie zijn. De Hoge Raad lijkt derhalve in 1986 een gemeenschappelijke godsdienstige opvatting nodig te achten om te kunnen spreken van een kerkgenootschap. Dit zou organisaties op levensbeschouwelijke grondslag uitsluiten van de rechtspersoon kerkgenootschap, waardoor zij gebruik dienen te maken van de rechtspersoon vereniging of stichting.

Bij de invoering van artikel 2:2 BW is de zinsnede ‘andere genootschappen op geestelijke grondslag’ geschrapt, omdat de grenzen van een levensovertuiging veel lastiger te trekken zouden zijn dan de grenzen van een godsdienst en omdat genootschappen op levensbeschouwelijke grondslag zich goed zouden kunnen organiseren in een stichting of vereniging. De wetgever heeft derhalve inderdaad beoogd dat enkel genootschappen op godsdienstige grondslag de rechtspersoon kerkgenootschap kunnen aannemen.³⁰⁶ De wetgever acht deze redactie van artikel 2:2 BW niet in strijd met artikel 6 Gw, omdat artikel 6 Gw de vrijheid tot belijden en de gelijkwaardigheid van de verschillende vormen van godsdienst en levensovertuiging garandeert. Dit betekent niet dat deze verschillende organisaties qua organisatiestructuur gelijk moeten zijn. De voorschriften inzake de vereniging en stichting belemmeren de genootschappen op levensbeschouwelijke grondslag niet in hun werkzaamheden, waardoor er van strijd met de Grondwet in de ogen van de minister geen sprake is. Kerkgenootschappen op religieuze grondslag zijn daarentegen instellingen *sui generis* die een geheel eigen organisatie hebben en niet in de organisatiestructuren van het BW passen. Deze kerkgenootschappen zijn niet te vatten in het BW, omdat zij zich los van de staat ontwikkeld hebben en al ver voor het Burgerlijk Wetboek bestonden.³⁰⁷

³⁰¹ Duynstee 1935, p. 15.

³⁰² Van Zeben 1991, p. 70-71.

³⁰³ Van Zeben 1991, p. 69-77.

³⁰⁴ HR, 23 juli 1946, *NJ* 1947, 1 (Scheuring gereformeerde kerk Houwerzijl).

³⁰⁵ HR 31 oktober 1986, *NJ* 1987, 173 (Satanskerk, m. nt. Th. W. van der Veen).

³⁰⁶ Oldenhuis (Kerkgenootschappen en zelfstandige onderdelen) 1988, p. 155-159. Vgl. Raaijmakers 2000.

³⁰⁷ *Kamerstukken II* 1987/88, 17725, nr. 14, p. 9.

In de juridische literatuur bestaat discussie over de omvang van het begrip kerkgenootschap.³⁰⁸ Een aantal schrijvers is van mening dat enkel christelijke en joodse geloofsgemeenschappen onder het begrip kerkgenootschap geschaard kunnen worden, in overeenstemming met de definitie van Scholten, zoals hierboven beschreven.³⁰⁹ Ook Hardenberg onderschrijft de beperkte definitie. Hij is van mening dat de bepleiter van de ruime definitie de historische ontwikkeling in Nederland miskent.³¹⁰ Asser-Van der Grinten en Maeijer voeren tegen dit argument aan dat zij de historische weergave van Hardenberg wel onderschrijven, maar dat het er in deze discussie om gaat hoe het begrip kerkgenootschap tegenwoordig moet worden geïnterpreteerd.³¹¹

Asser-Van der Grinten en Maeijer³¹² scharen zich dan ook achter de ruime definitie, als een uitvloeisel van de scheiding van kerk en staat. De neutraliteit van de staat houdt volgens hen in dat het niet mag uitmaken op welke grondslag een geloofsgemeenschap als kerkgenootschap wordt aangemerkt. Zij merken echter wel op dat het er niet alleen om gaat dat het kerkgenootschap aan alle vereisten van de definitie voldoet, de organisatie moet ook als een kerkgenootschap willen gelden. Santing-Wubs geeft aan dat de ruime definitie die Duynstee van een kerkgenootschap geeft, zoals hierboven geciteerd, het meest gehanteerd wordt in de literatuur. De meerderheid acht het derhalve niet noodzakelijk dat een kerkgenootschap een organisatie op christelijke of joodse grondslag is.

Santing-Wubs sluit zich in haar proefschrift bij de opvatting van Witteveen³¹³ aan dat er geen wettelijke omschrijving dient te komen voor het begrip kerkgenootschap. Wel zet zij haar vraagtekens bij de selectie van eigenschappen die hij kenmerkend acht voor religieuze bewegingen. De eigenschappen die hij doorslaggevend acht voor het aannemen van het bestaan van een kerkgenootschap zijn: een samenwerkingsverband, de grondslag hiervan, dat wil zeggen dat de aangesloten personen tenminste op hoofdpunten van de levensbeschouwing er dezelfde overtuiging op na dienen te houden, de aanhangers dienen deze overtuiging in de praktijk te brengen en zij moeten willen gelden als een kerkgenootschap. Deze selectie van eigenschappen is volgens Santing-Wubs een goed alternatief voor de definitie, maar zou ook een complicerende factor voor de rechter kunnen worden bij de beantwoording van de vraag of een instelling een kerkgenootschap is, indien men er te star aan vasthoudt.³¹⁴

Opvallend aan de eigenschappen van Witteveen is, dat het begrip levensbeschouwing gebezigd wordt, in plaats van het meer beperkte begrip godsdienst. Er gaan meer stemmen in de literatuur op om artikel 2:2 BW ook te laten gelden voor organisaties op levensbeschouwelijke grondslag. Zo betoogt Van Ee dat na de gelijkschakeling van de levensovertuiging aan de godsdienst in artikel 6 Gw, artikel 2:2 BW ook zou moeten gelden voor organisaties op levensbeschouwelijke grondslag. Slechts dan zouden de organisaties op levensbeschouwelijke en godsdienstige grondslag gelijk volgens hem gelijk behandeld worden door de staat.³¹⁵

³⁰⁸ Voor een uitgebreide weergave hiervan zie: Santing-Wubs 2002, p. 18-20 en Maeijer 1997, p.253-259.

³⁰⁹ Scholten 1940, p. 123-124.

³¹⁰ Hardenberg 1980, p. 353-356.

³¹¹ Maeijer 1997, p. 254.

³¹² Maeijer 1997, p.253-256.

³¹³ Witteveen 1984, p. 251 e.v.

³¹⁴ Santing-Wubs 2002, p. 18-21.

³¹⁵ Van Ee 1996 (In strijd met de wet RM Themis), p. 163-179. Vgl. Redactie NJCM-bulletin 1986, p. 643-646.

Maeijer voert hier tegenin dat de wetgever in 1987 artikel 2:2 BW niet van toepassing heeft verklaard op de genootschappen op levensbeschouwelijke grondslag. Artikel 2:2 BW heeft in die redenering een eigen betekenis voor het privaatrecht en is daarmee van een andere orde dan het in gemeenschap belijden van een godsdienst of levensovertuiging, zoals in artikel 6 Gw wordt verwoord.³¹⁶

Deze discussie in de juridische literatuur geeft aan dat er nog geenszins overeenstemming is over de buitengrenzen van het begrip kerkgenootschap. Vereist is in ieder geval dat er een gemeenschappelijke godsdienstige beleving is. In de huidige religieuze samenleving betekent dit dat alle godsdienstige groeperingen zich als kerkgenootschap zouden mogen organiseren.

5.3 Statuut in strijd met de wet

Kerkgenootschappen in Nederland mogen op grond van hun bijzondere positie in het rechtspersonenrecht hun structuur en inrichting in een eigen statuut privaatrechtelijk vastleggen. Het kerkelijke statuut geldt dan als Nederlands privaatrecht, voorzover het geen aangelegenheden van geloof en belijdenis betreft.³¹⁷ Uit artikel 2:2 BW blijkt dat het statuut van het kerkgenootschap niet in strijd mag zijn met de wet. De reikwijdte van het statuut wordt dus ingeperkt door de wet. Om de grenzen van het statuut te bepalen, dient de betekenis van het begrip wet in deze bepaling te worden vastgesteld.

In het oorspronkelijke ontwerp van artikel 2:2 BW wordt niet het woord statuut, maar de term reglementen gebezigd.³¹⁸ In de Tweede Kamer stuitte deze term op weerstand. Met name Meulink van de Anti-revolutionaire partij (ARP) maakt zich sterk voor vervanging van dit woord door de zinsnede ‘bepalingen van inrichting en bestuur’, omdat de term reglementen niet past bij kerkgenootschappen. Met deze omschrijving zoekt hij aansluiting bij de Wet op de Kerkgenootschappen uit 1853.³¹⁹ Hij wijst er op dat het niet goed is de term reglementen juist ten aanzien van kerkgenootschappen te gebruiken, gezien de nare associaties die kerkgenootschappen met die term hebben. De term doet denken aan de periode van 1814-1816, waarin Koning Willem I hen de reglementen oplegt.³²⁰

Wttewaal van Stoetwegen van de Christelijk-Historische unie (CHU) vindt de omschrijving die Meulink aandraagt te omslachtig en prefereert derhalve de term reglementen, hierbij sluit de Minister van Justitie zich aan. De bezwaren van Meulink doet hij van de hand door aan te geven dat het in het wetsontwerp juist gaat om eigen reglementen en niet om overheidsbemoedening.³²¹ Uiteindelijk heeft Meulink zijn amendement ingetrokken, omdat de Minister van Justitie³²² het woord statuut bezigt in plaats van de term reglementen.³²³

Diepenhorst (ARP) wijst bij de behandeling van artikel 2:2 BW op een ander onderdeel van die bepaling. Hij geeft aan dat de uitdrukking dat kerken door hun eigen statuut worden geregeerd, minder juist is uitgedrukt. Kerkgenootschappen worden

³¹⁶ Maeijer 1997, p. 255.

³¹⁷ Maeijer 1997, p.258.

³¹⁸ Van Zeben 1991, p. 71.

³¹⁹ Van Zeben 1991, p. 86.

³²⁰ Van Zeben 1991, p. 79-81. Zie hoofdstuk 1.

³²¹ Van Zeben 1991, p. 83.

³²² Van Zeben 1991, p. 88.

³²³ Van Zeben 1991, p. 91.

immers altijd door hun eigen statuut geregeerd, zolang niemand een beslissing van de rechter inroept. De bepaling heeft volgens hem de betekenis dat het statuut burgerlijke rechtskracht heeft en dat voor de rechter enkel het statuut geldt, behoudens de beperking dat het statuut niet in strijd mag zijn met de wet.³²⁴

Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat met de zinsnede in artikel 2:2 lid 2 BW, dat statuten niet in strijd mogen zijn met de wet, de jurisprudentie tot de totstandkoming van het BW is bevestigd.³²⁵ Er wordt naar een aantal arresten.³²⁶ Zo ook naar het arrest Boele van Hensbroek uit 1911.³²⁷ Dit arrest handelt over de burgerrechtelijke betekenis van het (doop)lidmaatschap van de Nederlandse Hervormde Kerk. De Hoge Raad bepaalt dat kerkgenootschappen wel hun eigen reglementen mogen hebben, waarin de rechten en verplichtingen van hun leden worden geregeld, maar slechts onder “de opperheerschappij der algemeene wet, voor welke hunnen bijzondere rechtsregeling heeft te wijken tenzij die algemeene wet zelve vrijheid tot afwijking verleent”.³²⁸ Strijd met de wet kan zich volgens de Parlementaire Geschiedenis enkel voordoen “indien de wet op bepaalde punten een afwijkende regeling niet toelaat, dus dwingend is”.³²⁹ Het begrip ‘wet’ wordt in de parlementaire geschiedenis beperkt uitgelegd. Het gaat bij dit begrip enkel om regels van zwaarwegend dwingend recht. Dat wil zeggen indien de wet op bepaalde punten een afwijkende regeling niet toelaat.³³⁰

In de doctrine legt men het begrip ‘wet’ uit artikel 2:2 BW verschillend uit. Santing-Wubs geeft in haar proefschrift een overzicht van de visies van verschillende schrijvers.³³¹

Van Schilfgaarde vult het begrip in als dwingend recht.³³² Van Ee verstaat onder het begrip een ruime openbare orde.³³³ Diepenhorst vult het begrip in als fundamentele regels van dwingend recht. Bepalingen van burgerlijk recht die niet essentieel zijn, mogen opzij gezet worden door de kerkgenootschappen. Diepenhorst hanteert een ‘enge’ invulling van het begrip.³³⁴ Oldenhuis is tevens deze mening toegedaan. Onder regels van ‘zwaarwegend dwingend recht’ schaaft hij bepalingen van strafrechtelijke aard en voorts slechts de “fundamentele dwingend rechtelijke regels der Nederlandse rechtsorde”.³³⁵ Ook Maeijer sluit zich bij Diepenhorst aan, maar maakt een onderscheid tussen intern en extern optreden van het kerkgenootschap. Als een kerkgenootschap naar buiten toe optreedt, heeft het zich aan dezelfde regels te houden als de andere rechtspersonen. De grenzen worden dan bepaald door de statelijke rechtsorde die gevormd wordt door het strafrecht en het onrechtmatige daadsrecht.

Er zijn ook dwingende regels die handelen over de interne organisatie en het intern functioneren van een kerkgenootschap. Ten aanzien van het intern functioneren geldt volgens Maijer dat van strijd met de wet sprake is indien er strijd is met

³²⁴ Van Zeven 1991, p. 108.

³²⁵ Van Zeven 1991, p. 94-95.

³²⁶ HR 4 maart 1921, *NJ* 1921, p. 510 (Beheer pastoriegoederen) en HR 23 juli 1946, *NJ* 1947, 1 (Scheuring gereformeerde kerk in Houwerzijl).

³²⁷ HR 29 december 1911, *W* 9272 (Boele van Hensbroek, m. nt. EMM).

³²⁸ Van Zeven 1991, p. 69.

³²⁹ Van Zeven 1991, p. 71.

³³⁰ Van Zeven 1991, p. 109.

³³¹ Santing-Wubs 2002, p. 37-51.

³³² Van Schilfgaarde 1979.

³³³ Van Ee (In strijd met de wet *RM Themis*) 1996, p. 177.

³³⁴ Van Zeven 1991, p. 109.

³³⁵ Oldenhuis 1988 (deel I), p. 213-215.

fundamentele dwingende regels van het gemene geschreven, of ongeschreven Nederlands recht en dat is het geval indien sprake is van een grove schending van de normen van redelijkheid en billijkheid.³³⁶ Santing-Wubs geeft aan dat het statelijk strafrecht in beginsel ook voor het intern functioneren van het kerkgenootschap geldt. Bovendien wijst zij op de omstandigheid dat de vage normen als redelijkheid en billijkheid, zoals die voor kerkgenootschappen ook gelden, worden ingekleurd door de situatie en omgeving waarin zij worden toegepast.³³⁷

Opvallend is dat het arbeidsrecht in deze opsomming niet genoemd wordt. Toch regelen de kerkgenootschappen zelf de rechtspositie van hun voorgangers. Geconcludeerd kan dan worden dat ook het arbeidsrecht geen regels van fundamenteel recht inhouden. Deze opvatting staat momenteel echter ter discussie, omdat in de lagere rechtspraak een tendens gaande is, waarin de rechtspositie van de voorganger beoordeeld wordt volgens het arbeidsrecht.³³⁸

Er bestaan in de doctrine nog wel interpretatieverschillen van het begrip 'wet'. De ondergrens van 'strijd met de wet' ligt in ieder geval daar waar het statuut in strijd is met fundamentele regels van dwingend recht. Uiteindelijk is het de rechter die de grenzen van de autonomie van kerkgenootschappen in ieder concreet geval bepaalt. Deze grens loopt parallel aan de grenzen van de godsdienstvrijheid zoals beschreven in hoofdstuk 2. Hieruit kan bijvoorbeeld geconcludeerd worden dat ten aanzien van de gelijke behandeling van man en vrouw, een afwijking in een godsdienstige instelling gerechtvaardigd is.³³⁹ Bovendien gaat de Hoge Raad vooralsnog uit van het uitgangspunt dat een voorganger in een geloofsgemeenschap een zodanig bijzondere positie heeft dat zijn rechtspositie niet geregeld wordt door het statelijke arbeidsrecht, maar door het eigen statuut.³⁴⁰ Deze twee voorbeelden duiden aan dat een kerkgenootschap de ruimte heeft om af te wijken met eigen regels.³⁴¹ In een enkel geval kan zelfs de handhaving van de strafwet een te grote inbreuk vormen op de godsdienstvrijheid van een kerkgenootschap. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak met betrekking tot de Santo Daime kerk.

In 2001 heeft de Rechtbank Amsterdam zich uitgelaten over de vraag of een lid van de Santo Daime kerk te Amsterdam strafbaar moet worden geacht, omdat hij een vloeistof met DMT-bestanddelen als verboden middelen genoemd in artikel 2 van de Opiumwet, in zijn bezit heeft gehad. De verdachte heeft de vloeistof in voorraad, om te vervoeren naar een bijeenkomst in de Santo Daime kerk. Van de vloeistof wordt thee gemaakt. De Rechtbank Amsterdam oordeelt in deze zaak: "Het gebruik van deze thee moet, als zijnde het meest belangrijke sacrament binnen de erediensten van de Santo Daime kerk,

³³⁶ Maeijer 1986, p. 51-59.

³³⁷ Santing-Wubs (diss.) 2002, p. 48-52.

³³⁸ Zie hoofdstuk 6.

³³⁹ HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 330 (Niet-toelating vrouw tot diakenopleiding, concl. A-G Vranken, m.nt. EAA).

³⁴⁰ HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 173 (Arbeidsovereenkomst predikant, concl. A-G Hartkamp, m.nt. H.J. Snijders). In de lagere rechtspraak wordt soms wel aangenomen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen kerk en predikant. Zoals bijvoorbeeld in Ktr. Lelystad 2 februari 2005, *JIN* 2005/180 (arbeidsovereenkomst predikant met christelijk gereformeerde gemeente, m.nt. W.A. Zondag).

³⁴¹ In hoofdstuk 6 zal aan de orde komen wanneer de rechter ingrijpt in de eigen autonomie.

worden beschouwd als een essentieel onderdeel van de religieuze beleving van de gelovigen.”³⁴²

In dit specifieke geval zou strafrechtelijke interventie te veel inbreuk maken op de godsdienstvrijheid.

5.4 Kerkgenootschap versus vereniging of stichting

Geloofsgemeenschappen kiezen niet altijd voor de rechtsvorm van een kerkgenootschap. Een van de redenen hiervoor is dat het niet mogelijk is zich in te laten schrijven als kerkgenootschap, waardoor het de oprichters lastig lijkt om zich naar buiten toe te legitimeren als rechtspersoon.³⁴³ Een andere reden is dat men onbekend is met het begrip kerkgenootschap. Om toch als rechtspersoon in het rechtsverkeer te gelden, schrijven deze kerkelijke of levensbeschouwelijke organisaties zich in als vereniging of stichting. Dit heeft tot gevolg dat zij aan de oprichtingsvereisten van deze rechtspersonen moeten voldoen en dat zij voor het burgerlijke recht gebonden zijn aan de regels in boek 2 BW en derhalve niet dezelfde unieke plaats in het burgerlijke recht innemen als kerkgenootschappen.

Indien men de rechtsvorm van een kerkgenootschap aan zou nemen, zou men op basis van de wet rechtspersoonlijkheid genieten en hoeft men niet aan allerlei oprichtingsvereisten te voldoen. Het geloof heeft vaak zijn weerslag op de organisatiestructuur van het kerkgenootschap en dat is in deze rechtspersoon mogelijk.³⁴⁴

Er zijn talloze verenigingen of stichtingen met een confessionele of levensbeschouwelijke grondslag. Een dergelijke vereniging of stichting heeft een eigen identiteit die bepaald wordt door haar grondslag. De eigen identiteit kan men vastleggen in de statuten of in de statutaire doelomschrijving. Dit vloeit voort uit het grondwettelijk verankerde recht op vrijheid van vereniging, op grond waarvan de wetgever gehouden is om de eigen identiteit te eerbiedigen. Zo is in de Algemene wet gelijke behandeling niet enkel een uitzonderingspositie voor kerkgenootschappen opgenomen, maar tevens voor andere genootschappen op geestelijke grondslag. Men is in een vereniging op geestelijke grondslag bevoegd om aan leden en werknemers eisen te stellen die gelet op het doel van de instelling voor de vervulling van de functie en de handhaving van de grondslag, noodzakelijk zijn.³⁴⁵

Ook de islamitische organisaties in Nederland staan veelal als vereniging of stichting ingeschreven, waardoor zij niet onder de reikwijdte van artikel 2:2 BW vallen. Islamitische geloofsgemeenschappen kunnen ook zich ook als kerkgenootschap organiseren, indien zij aan de vereisten, zoals in de jurisprudentie beschreven, voldoen

³⁴² Rb. Amsterdam 21 mei 2001, AB 2001, 342 (Santo Daime kerk, m.nt. B.P. Vermeulen).

³⁴³ Er is momenteel een wetsvoorstel aanhangig bij de Eerste Kamer om de regels omtrent het basisregister van ondernemingen en rechtspersonen te veranderen. Hierin zou ook een registratieplicht voor kerkgenootschappen worden opgenomen. *Kamerstukken I 2006/07*, 30656, nr. A.

³⁴⁴ Van der Ploeg 2004 (De kerken in het privaatrecht) 2004, p. 129-132.

³⁴⁵ In het bijzonder onderwijs mogen bijvoorbeeld toelatingseisen gesteld worden aan scholieren en docenten voor de verwezenlijking van haar grondslag (Maeijer 1997, nr. 214). Van de docenten kan gevraagd worden om de grondslag te onderschrijven, althans te respecteren. Dit verklaart waarom de rechter ten aanzien van het dragen van religieuze uitingen door leerkrachten verschillende redeneringen volgt ten aanzien van het openbare en bijzondere onderwijs. Zie hoofdstuk 3.

en geen andere rechtsvorm hebben aangenomen.³⁴⁶ Indien zij de rechtsvorm van vereniging of stichting hebben aangenomen, zijn zij geen kerkgenootschap in de zin van artikel 2:2 BW.³⁴⁷ Er is een aantal moskeorganisaties dat zich heeft laten registreren als kerkgenootschap, om de gelijke behandeling van christelijke en islamitische geloofsgemeenschappen te illustreren. Dit had echter een symbolische betekenis, omdat zij aan het rechtsverkeer deelnamen als vereniging of stichting.³⁴⁸

In een vereniging of stichting is men ook vrij om eigen statuten te hebben. Het kerkgenootschap en de vereniging of stichting op confessionele grondslag worden vanuit de godsdienstvrijheid gelijk behandeld. Zij zijn beiden bevoegd om binnen de grenzen van de godsdienstvrijheid af te wijken van hetgeen gebruikelijk is in de Nederlandse samenleving.³⁴⁹ Toch wordt gesproken van een bijzondere positie van kerkgenootschappen in de Nederlandse rechtsorde. Het kerkgenootschap is een rechtspersoon waarvoor de regels uit boek 2 van het Burgerlijk Wetboek niet gelden en die geregeerd wordt door het eigen statuut. De organisatievorm verschilt wel degelijk van de genootschappen op geestelijke grondslag, die zich dienen te organiseren als een vereniging of stichting en aan de oprichtingsvereisten moeten voldoen. Bovendien is op het kerkgenootschap de ontbindingsmogelijkheid uit artikel 2:20 BW niet van toepassing, waardoor de rechtspersoon kerkgenootschap duidelijk afwijkt van de andere rechtspersonen in het Burgerlijk Wetboek.³⁵⁰

De vereniging of stichting op confessionele grondslag heeft vanuit het staatsrecht gezien dezelfde positie als het kerkgenootschap, maar heeft in het privaatrecht een andere positie.³⁵¹

5.5 Nieuwe ontwikkelingen

De kamerleden Wilders en Eerdmans hebben naar aanleiding van de discussie in de Tweede Kamer over de radicalisering van moskeeën in Nederland een wetsvoorstel ingediend. Dit wetsvoorstel beoogt een wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de uitzonderingspositie van kerkgenootschappen. Moskeorganisaties zijn in Nederland vaak verenigd in een stichting en kunnen derhalve op grond van artikel 2:20 BW door de rechter worden ontbonden, indien hun doel of hun werkzaamheden in strijd zijn met de openbare orde. De kamerleden willen artikel 2:2 BW zo aanpassen, dat ook kerkgenootschappen op deze grond ontbonden kunnen worden. Deze wijziging moet doorgevoerd worden, om te voorkomen dat moskeeën van waaruit radicale ideeën verspreid worden, hun toevlucht kunnen nemen tot de rechtspersoon kerkgenootschap, indien zij ontbonden dreigen te worden als stichting.³⁵²

Dit wetsvoorstel is niet geheel onverwacht ingediend. Een aantal schrijvers is van mening dat artikel 2:20 BW ook van toepassing moet zijn op kerkgenootschappen, zodat de samenleving een middel heeft om kerkgenootschappen die in strijd met de

³⁴⁶ Santing-Wubs (diss.) 2002, p. 17.

³⁴⁷ V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch, 29 december 2006, *LJN* AZ 5352.

³⁴⁸ Gesprekken met kerkrechtgeleerden en islamkenners.

³⁴⁹ Maijer 1997, nr. 220.

³⁵⁰ Dit kan veranderen indien het wetsvoorstel van Wilders en Eerdmans in werking zou treden.

³⁵¹ Van der Ploeg 2004 (De kerken in het privaatrecht), p. 130.

³⁵² *Kamerstukken II* 2003/04, 29 757, nr. 3, p. 1-5.

openbare orde handelen, te verbieden.³⁵³ Bovendien heeft de Minister van Justitie bij de algemene beraadslaging aangegeven artikel 2:20 BW van toepassing te willen verklaren op kerkgenootschappen. Uiteindelijk is dit niet gebeurd, omdat een aantal kamerleden de discussie als een volstrekt academische kwestie beschouwde, omdat kerken niet in strijd met de openbare orde zouden handelen.³⁵⁴ Voor de theoretische gevallen dat toch sprake was van een schending van de openbare orde, werd het strafrecht van voldoende kaliber geacht om deze situaties aan te pakken. Uiteindelijk had de minister begrip voor de bezwaren die men in kerkelijke kringen had en is het artikel niet van overeenkomstige toepassing verklaard.³⁵⁵

De vraag is echter of dit argument tegenwoordig nog zwaar genoeg weegt om artikel 2:20 BW niet van toepassing te verklaren, nu er een steeds grotere diversiteit aan religieuze gemeenschappen in Nederland ontstaat.

5.6 Conclusie

Het is nog geenszins duidelijk hoe ruim de grenzen van de rechtspersoon kerkgenootschap zijn. De Hoge Raad heeft tot nu toe aanvaard dat sprake moet zijn van een godsdienst en laat derhalve in ieder geval ruimte aan alle godsdiensten, zoals de christelijke, joodse, boeddhistische en islamitische geloofsgemeenschappen om de rechtspersoon kerkgenootschap te hanteren. Tot nu toe moet echter op basis van de wetshistorie en de jurisprudentie geconcludeerd worden dat de organisaties op levensbeschouwelijke grondslag, zoals het humanisme, geen rechtspersoonlijkheid hebben op grond van artikel 2:2 BW, maar zich dienen te organiseren als vereniging of stichting.³⁵⁶

Het is uiteindelijk de rechter die de grenzen van het kerkgenootschap bepaalt. De rechter zal oordelen dat artikel 2:2 BW op zichzelf staat en bedoeld is om rechtspersoonlijkheid te bevestigen van religieuze gemeenschappen die niet in de vorm van een vereniging of stichting te gieten zijn. In de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van de godsdienstvrijheid is echter een ontwikkeling gaande die geen onderscheid meer maakt tussen de godsdienst en levensovertuiging. De rechter zou in deze ontwikkeling ook mee kunnen gaan ten aanzien van artikel 2:2 BW. Hierin schuilt echter het gevaar dat het steeds lastiger wordt om te bepalen of een organisatie een levensbeschouwelijke of geestelijke grondslag heeft. Tot nu toe houdt de rechter als uitgangspunt dat er een gestructureerde organisatie dient te zijn die zich de gemeenschappelijke godsverering van de leden, op de grondslag van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt.

De ondergrens van 'strijd met de wet' is dat er geen strijd met de openbare orde mag zijn en het kerkgenootschap geen dekmantel mag zijn voor het plegen van strafbare feiten: indien de organisatie slechts gericht is op het plegen van strafbare feiten en zich niet de gemeenschappelijke godsverering ten doel stelt, zal de rechter ingrijpen en

³⁵³ Waaronder Maeijer en Santing-Wubs. Maeijer 1986, p. 78-80. Zie ook: Maeijer 1997, nr. 215 en Santing Wubs 2002, p. 53-55.

³⁵⁴ Van Zeven 1991, p. 94.

³⁵⁵ Van Zeven 1991, p. 90.

³⁵⁶ Afgezien van artikel 2:2 BW kunnen organisaties op levensbeschouwelijke grondslag wel gelijk behandeld worden met de kerkgenootschappen als privaatrechtelijk organisaties van andere orde ten aanzien van het verlenen van subsidies bijvoorbeeld. Maeijer 1997, p. 257-258.

aannemen dat geen sprake is van een kerkgenootschap.³⁵⁷ Indien een enkel strafbaar feit wordt gepleegd, als uitvloeisel van de godsverering, zal de rechter een afweging maken tussen de godsdienstvrijheid en vervolging van het strafbare feit. Die afweging leidt niet altijd tot een strafrechtelijke vervolging. Soms is de godsdienstvrijheid reden om af te zien van een strafrechtelijke vervolging.

Niet iedere geloofsgemeenschap maakt gebruik van de rechtspersoon kerkgenootschap. Er zijn talloze verenigingen en stichtingen op confessionele grondslag, die net als het kerkgenootschap vrij zijn om binnen de grenzen van de godsdienstvrijheid eigen regels te hebben. Toch neemt het kerkgenootschap, ook ten opzichte van deze verenigingen en stichtingen, een bijzondere plaats binnen de Nederlandse rechtsorde in. Het kerkgenootschap is niet gebonden aan de regels van het Burgerlijk Wetboek en kan zonder oprichtingsvereisten als rechtspersoon deelnemen aan het rechtsverkeer. Bovendien wordt het kerkgenootschap door haar eigen statuut geregeerd. Dit houdt zelfs in dat in een aantal gevallen de regels van het arbeidsrecht buiten het kerkelijke erf kunnen worden gehouden. Dat is althans nog steeds de opvatting van de Hoge Raad, zij het dat die opvatting onder vuur ligt. Tenslotte is op het kerkgenootschap de ontbindingsmogelijkheid uit artikel 2:20 BW niet van toepassing verklaard. Er is echter wel een wetsvoorstel ingediend om de ontbindingsmogelijkheid van toepassing te verklaren op de kerkgenootschappen.

Zoals met name in hoofdstuk 8 zal blijken maken islamitische geloofsgemeenschappen slechts sporadisch gebruik van de rechtspersoon kerkgenootschap. Mogelijk vormt het woord 'kerkgenootschap' op zichzelf al een terminologische drempel. Om die reden zou het te overwegen zijn om de term 'kerkgenootschap' in art. 2:2 BW te vervangen door het woord 'geloofsgemeenschap'.

³⁵⁷ HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173 (Satanskerk, m.nt. Th.W. van Veen).

6 Autonomie in de praktijk

6.1 Inleiding

De rechtspersoon kerkgenootschap biedt de mogelijkheid om aan het burgerlijke rechtsverkeer deel te nemen, met een geheel eigen structuur, zonder dat er oprichtingsvereisten zijn. De regels uit het rechtspersonenrecht gelden niet voor kerkgenootschappen. De geloofsgemeenschappen kunnen in een eigen statuut de organisatorische structuur neerleggen. De structuur van kerkgenootschappen hangt immers sterk samen met de visie van de kerk op het kerk-zijn. De inrichting van de verschillende kerkgenootschappen heeft haar grondslag in de voorstelling die het kerkgenootschap heeft over “het wezen en de roeping van de kerk en over haar verhouding tot de wereld en de samenleving”. Aan de inrichting van de kerkgenootschappen gaan belangrijke principiële beslissingen vooraf. “Het kerkrecht wortelt in de ecclesiologie, de leer aangaande de kerk”.³⁵⁸

De staat zou de kerk te veel beperken, indien de kerkgenootschappen verplicht zouden worden om zich volgens bepaalde structuren, zoals bijvoorbeeld de vereniging met een ledenvergadering, te organiseren. De scheiding tussen kerk en staat en de godsdienstvrijheid hebben ertoe geleid dat in artikel 2:2 BW bepaald is dat kerkgenootschappen geregeerd worden door hun eigen statuut en aldus onderdeel uitmaken van het Nederlandse rechtspersonenrecht. In artikel 2:2 lid 2 BW wordt bepaald dat het eigen statuut niet in strijd mag zijn met de wet.³⁵⁹ In hoofdstuk 3 is gebleken dat het aan de rechter is om in ieder concreet geval te bepalen of het statuut en de interne rechtspraak strijdig zijn met de wet. In hoofdstuk 5 is beschreven dat kerkgenootschappen een eigen autonomie hebben, waardoor sprake is van een vorm van recht op religieuze grondslag.

In het onderhavige hoofdstuk wordt vanuit de kerkgenootschappen zelf naar deze vorm van pluriformiteit in het recht gekeken. Twee verschillende kerkgenootschappen worden beschreven: de Rooms-Katholieke Kerk en de Protestantse kerk in Nederland. Voor zover van kleinere kerkgenootschappen relevante informatie moet worden vermeld, geschiedt dat in de categorie ‘overige’. Per kerkgenootschap staan de vragen centraal waar het statuut aan de burgerlijke rechtsorde raakt, waar sprake is van schurende rechtssferen en welke aangelegenheden onder de autonomie van het betreffende kerkgenootschap vallen. Om tot beantwoording van deze vragen te komen, zal eerst per kerkgenootschap een korte beschrijving volgen van de organisatiestructuur en de interne rechtsgang.³⁶⁰

Aan het einde van dit hoofdstuk wordt gezien hoe de wereldlijke rechter de kerkelijke rechtsgang beoordeelt (paragraaf 6.5). In die paragraaf staat centraal welke minimumvereisten de wereldlijke rechter aan de kerkelijke rechtsgang stelt. Aan de hand daarvan kan tot een afbakening van het begrip kerkelijke aangelegenheid komen.

³⁵⁸ W. Bakker, ‘Wat is kerkrecht’ in: W. van ’t Spijker & L.C. van Drimmelen (red.), *Inleiding tot de studie van het kerkrecht*, Kampen: Kok 1992, p. 13.

³⁵⁹ Zie hoofdstuk 3 voor een uiteenzetting.

³⁶⁰ Voor dit hoofdstuk zijn gesprekken gevoerd met kerkrechtgeleerden en juristen uit de verschillende kerkgenootschappen. De informatie die in deze gesprekken naar voren is gekomen, is verwerkt in dit hoofdstuk. De literatuur waarnaar verwezen wordt is als inleiding en aanvulling gelezen.

6.2 Rooms-Katholieke Kerk

De Rooms-Katholieke Kerk (RKK) wordt gekenmerkt door een hiërarchische structuur. De bestuursmacht wordt uitgeoefend door de paus en de bisschoppen, als opvolgers van Petrus en de apostelen. De paus wordt geacht de plaatsbekleder van Christus op aarde te zijn. Het bisschoppencollege waar de paus hoofd van is, oefent leergezag en bestuursmacht binnen de universele kerk uit. De paus bepaalt in grote mate hoe het kerkelijke bestuur wordt uitgeoefend, alle machten zijn geconcentreerd bij de paus. De paus wordt hierin bijgestaan door het bisschoppencollege. Het bisdom, vaak geografisch bepaald, is de reguliere vorm van een particuliere kerk en wordt bestuurd door de diocesane bisschop met zijn presbyterium (de priesters). De bisschop heeft de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht.³⁶¹ Alle ambtsbevoegdheden in een bisdom berusten dus bij de bisschop, “uitgezonderd die zaken die door het recht of door een decreet van de paus aan het hoogste of een ander kerkelijk gezag voorbehouden zijn”.³⁶² De bisdommen zijn onderverdeeld in parochies, kleinere gemeenschappen van gelovigen, waarover de pastoor herderlijke zorg uitoefent, onder gezag van de bisschop.³⁶³ Het canonieke recht onderscheidt de bestuursmacht in wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht.³⁶⁴ Hoewel dit onderscheid anders doet vermoeden, leidt dit niet tot een trias politica zoals een staat die kent. Alle machten zijn in de katholieke kerk verenigd. Ze zijn derhalve wel onderscheiden, maar niet gescheiden, omdat ze in dezelfde hand liggen.³⁶⁵

De RKK is een mondiale kerk en een veelomvattende rechtsorde die een ieder beheerst die katholiek gedoopt is.³⁶⁶ De RKK vat van oudsher de eigen autonomie vanuit de societas-perfecta-leer sterk op. Hoewel deze leer sinds de Tweede Vaticaanse concilie minder wordt benadrukt, blijft de RKK de autonomie sterk ervaren. De RKK zag zich in de loop der eeuwen steeds meer als een organisatie die gelijk was aan de staat, omdat zij alle elementen omvat die nodig zijn om als staat te functioneren: mensen of leden, banden van eenheid, een doel en instrumenten of hulpmiddelen die noodzakelijk of nuttig zijn om het gestelde doel te verwezenlijken.³⁶⁷ Vanuit de RKK bezien heeft de RKK rechtspersoonlijkheid uit zichzelf en neemt op die titel deel aan het rechtsverkeer.³⁶⁸ De RKK redeneert vanuit het canonieke recht en denkt universeel en publiekrechtelijk. De RKK waarborgt de autonomie door een hiërarchische structuur en het canonieke recht.³⁶⁹

De wereldlijke rechtsorde is te onderscheiden in verschillende rechtsgebieden, waaronder het strafrecht, privaatrecht, bestuursrecht en internationale recht. Vanuit de Rooms-katholieke visie bezien bestaat de canonieke rechtsorde naast de wereldlijke rechtsorde. Dit heeft tot gevolg dat de rechtsordes elkaar in verschillende rechtsgebieden raken. Voorbeelden zijn het strafrecht en het huwelijksrecht. De staat zal het canoniek recht slechts toepassen voor zover er geen sprake is van strijd met het

³⁶¹ Canon 391.

³⁶² Canon 381, § 1.

³⁶³ Canon 515, §1.

³⁶⁴ Canon 135.

³⁶⁵ Van Drimmelen 2004, p. 216. Zie ook Huysmans 1992, p. 188-203

³⁶⁶ Van Stiphout 2005, p. 321-328.

³⁶⁷ Met dank aan M.A.H.P. van Stiphout.

³⁶⁸ Canon 1254 bepaalt: “§1 De katholieke kerk kan op grond van het recht dat ze krachtens haar wezen bezit, onafhankelijk van de burgerlijke macht tijdelijke goederen verwerven, behouden, beheren en vervreemden om de haar eigen doelstellingen te bereiken.” Zie: Meijers 2001, p. 757.

³⁶⁹ Gesprekken canonisten.

burgerlijke recht en de RKK zal volgens het Wetboek van Canoniek recht het burgerlijke recht slechts toepassen voor zover er geen strijd is met het canonieke recht.³⁷⁰ In de praktijk blijkt dat het Tweede Vaticaanse concilie (1962-1965) meer gericht is op voeging naar het geldende burgerlijke recht, dan het Eerste Vaticaanse concilie. Op verschillende plaatsen in het Wetboek van Canoniek recht werkt het burgerlijke recht door.³⁷¹

De canonieke rechtsorde maakt onderscheid tussen universeel en particulier recht en kent publieke en private rechtspersonen. Universeel recht geldt in de gehele RKK en particulier recht geldt alleen in het bisdom waarvoor het bestemd is. Het Wetboek van Canoniek recht is een onderdeel van het universele recht en geldt derhalve voor de gehele RKK. Sinds 1917 heeft de RKK een alomvattend kerkelijk wetboek. Tot die tijd werd de RKK beheerst door het *Corpus Iuris Canonici*.³⁷² Het recht werd gezocht in het decretum van Gratianus uit 1140 en in de pauselijke rechtscollecties. In 1983 heeft paus Johannes Paulus II een volledig nieuw wetboek, de *Codex Iuris Canonici* (CIC), voor de Rooms-Katholieke Kerk vastgesteld. Dit wetboek geeft de herziene visie op de kerk weer en heeft alle tegengesteld recht opgeheven. Het wetboek is inmiddels in vele moderne talen vertaald, waaronder het Nederlands, onder de naam *Wetboek van Canoniek recht*.³⁷³ Dit universele wetboek brengt ordening aan in de RKK, maar is niet uitputtend. De paus en bisschoppen hebben wetgevende bevoegdheden, hierdoor zijn er tevens andere wetten en ook decreten die uitleg geven aan de wet.³⁷⁴ Wetten uitgevaardigd door een bisschop worden particulier recht genoemd. Het *Wetboek van Canoniek recht* is breed opgezet. In dit ene wetboek komen alle rechtsgebieden aan de orde die in het wereldlijke recht in verschillende wetten zijn neergelegd zoals bijvoorbeeld bestuursrecht, strafrecht, civiel recht en strafrecht. Het rechtssysteem vindt zijn basis in het rooms-katholieke geloof.³⁷⁵

Het particuliere recht is gericht op de specifieke situatie van het bisdom, waarvoor het recht geldt, maar moet wel passen binnen de lijnen van het universele recht.³⁷⁶ Een voorbeeld hiervan is het Algemeen Reglement voor het bestuur van een parochie (ARBP). Dit reglement is conform het *Wetboek van Canoniek recht*, maar is toch toegesneden op de Nederlandse kerkprovincie.³⁷⁷ In het ARBP is de specifieke Nederlandse situatie goed zichtbaar in het feit dat leken een adviserende rol hebben in pastorale zaken en een besluitvormende rol in materiële zaken, zoals aangaande het beheer van hun goederen. Bovendien sluit het ARBP aan bij de ruimte die de Wet op de kerkgenootschappen destijds gaf aan kerkgenootschappen.³⁷⁸

³⁷⁰ Canon 22 'burgerlijke wetten waarnaar het recht van de Kerk verwijst, dienen in het canonieke recht met dezelfde gevolgen onderhouden te worden, voor zover ze niet in strijd zijn met het goddelijk recht en tenzij iets anders door het canoniek recht voorzien wordt.' Zie: Meijers 2000, p. 57-76. Zie ook: Meijers 2001, p. 755-761.

³⁷¹ Voor een meer uitgebreide beschrijving hiervan zie: Meijers 2001, p. 757.

³⁷² Zie: Van de Wiel 2006. Voor een overzicht zie ook: Van Stiphout 2005.

³⁷³ *Wetboek van canoniek recht*, Hilversum: Gooi en Sticht 1996.

³⁷⁴ Voor een meer uitgebreide beschrijving zie: L.C. van Drimmelen 2004, p. 215-220.

³⁷⁵ Van Daal 2005, p. 796-799.

³⁷⁶ Van Drimmelen 2004, p. 218.

³⁷⁷ In canon 1279 §1 laat het *Wetboek van canoniek recht* uitdrukkelijk ruimte om particulier recht uit te vaardigen dat meer aansluit bij de specifieke situatie van de parochie in een kerkprovincie.

³⁷⁸ Van der Helm 2004, p. 264-265.

6.2.1 Interne rechtsgang

De interne rechtsgang van de RKK lijkt op de rechtsstatelijke rechtsgang. Elk bisdom heeft een eigen diocesane rechtbank. Een diocesane rechtbank van een ander bisdom vervult de rol van tweede instantie. In derde instantie is er de gang naar de Romeinse Rota, hoewel dit weinig voorkomt vanwege de hoge kosten die dit beroep met zich meebrengt.³⁷⁹ Hiernaast kent het canonieke recht een administratieve rechtsgang, een administratief beroep. Op deze administratieve rechtsgang bestaat veel kritiek, omdat zij met onvoldoende waarborgen zou zijn omkleed. Juist een administratieve rechtsgang moet voldoende rechtsbescherming bieden, omdat de rechten van gelovigen door bestuurders geschonden kunnen worden. Er staat in de administratieve procedure geen beroep bij een onafhankelijke administratieve rechtbank open. Men kan slechts om herziening vragen bij degene die het besluit genomen heeft. Indien op dit beroep negatief beslist wordt, is hiërarchisch beroep mogelijk bij de overste.³⁸⁰ Dit geldt voor alle administratieve beslissingen, ongeacht door wie ze genomen zijn. Daarna is hiërarchisch beroep mogelijk bij de bevoegde congregatie in Rome. In laatste instantie kan men in beroep bij de hoogste (administratieve) rechtbank: de Apostolische signatuur.³⁸¹ Het is nogal kostbaar om te procederen bij deze hoogste administratieve rechtbank te Rome. Er wordt zelden gebruik gemaakt van de administratieve rechtsgang.³⁸² In Nederland heeft men in het aartsbisdom Utrecht en de bisdommen Breda, Groningen en Rotterdam getracht aan de kritieken op de administratieve rechtsgang tegemoet te komen, door diocesane geschillenbureaus in het leven te roepen, die adviezen geven aan de bisschop.³⁸³ De bisschop is aan deze adviezen niet gebonden, maar neemt in de praktijk de adviezen vaak wel over, omdat hij de rechters zelf heeft aangesteld en voortdurende afwijzing van de adviezen zou leiden tot een vertrouwensbreuk.³⁸⁴

6.2.2 Nederlandse rooms-katholieke procedures

Naast deze twee rechtsgangen is er een aantal procedures die specifiek voor de Nederlandse kerkprovincie gelden. In Nederland is een procedure seksueel misbruik in het leven geroepen.³⁸⁵ Deze procedure is er op gericht om seksueel misbruik binnen de RKK te voorkomen en onderzoek te doen naar klachten. Er is een commissie aangesteld die onderzoek doet naar klachten van seksueel misbruik. Deze commissie heeft ruime onderzoeksbevoegdheden, maar ook hiervoor geldt dat uiteindelijk de bisschop beslist of er maatregelen opgelegd worden aan de verdachte. De commissie heeft hierin slechts een adviserende rol.³⁸⁶

³⁷⁹ Het beroep op de Rota komt wel vaker voor dan een beroep op de Apostolische Signatuur in de administratieve rechtsgang.

³⁸⁰ Canon 1734.

³⁸¹ Canon 1445 §2.

³⁸² Gesprekken met canonisten.

³⁸³ De bevoegdheid tot oprichten daarvan is gelegen in canon 1733 §2. Voor een uitgebreide beschrijving van de oprichting van de geschillenbureaus, zie: Martens 2003, p. 35-54. Zie ook Santing-Wubs 2001, p. 80-81.

³⁸⁴ Gesprekken met canonisten.

³⁸⁵ De volledige tekst is te vinden op <www.rorate.com>. Dit particulier recht inzake seksueel misbruik is een uitwerking van canon 1717 §3.

³⁸⁶ Gesprekken met canonisten.

Een andere specifieke rechtsgang is het Bisschoppelijk scheidsgerecht, dat bestaat voor geschillen op arbeidsrechtelijk niveau in de Nederlandse RKK. Het bisschoppelijk scheidsgerecht oordeelt niet over de rechtspositie van de clerici, die vallen onder het canonieke recht en voor het leven benoemd zijn. Zij kunnen alleen uit het ambt worden gezet, indien ze daar zelf om vragen, of als een uiterste tuchtmaatregel door de kerkelijke autoriteiten. Het bisschoppelijk scheidsgerecht is op landelijk niveau in het leven geroepen, om geschillen met kerkelijke medewerkers te beslechten. Voor bepaalde groepen kerkelijke medewerkers is een bisschoppelijke goedkeuring vereist. Op deze rechtsverhouding zijn de arbeidsrechtelijke regels uit het burgerlijke recht van toepassing. In het arbeidscontract wordt echter wel aandacht besteed aan de kerkelijke kant van de arbeidsrelatie. Bovendien is voor bepaalde groepen medewerkers, zoals de kerkmusici een rechtspositiereglement in het leven geroepen. Het bisschoppelijk scheidsgerecht is bevoegd om in rechtspositionele vraagstukken bindend advies te geven. In tegenstelling tot de hiervoor besproken organen blijft de rol van het bisschoppelijk scheidsgerecht derhalve niet beperkt tot een adviserende taak. In de arbeidsovereenkomst of in het rechtspositiereglement moet vermeld staan dat het bisschoppelijk scheidsgerecht voor rechtspositionele aangelegenheden bevoegd is verklaard. In de wereldlijke rechtspraak is erkend dat de genoemde regeling met voldoende waarborgen is omkleed.

Een kerkmusicus heeft een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht met de rooms-katholieke parochie St. Franciscus. In deze arbeidsovereenkomst is een clause opgenomen dat het Rechtspositiereglement voor kerkmusici deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. Geschillen van rechtspositionele aard moeten volgens dit rechtspositiereglement worden voorgelegd aan het Bisschoppelijk scheidsgerecht. Het staat partijen vrij om nadien de geschillen voor te leggen aan de burgerlijke rechter.

De kerkmusicus gaat rechtstreeks naar de kantonrechter Leeuwarden. Partijen zijn het oneens over de inschaling van de kerkmusicus. Hij vordert betaling van achterstallig loon overeenkomstig de juiste loonschaal en hij vordert vaststelling dat partijen sinds augustus 2005 een arbeidsovereenkomst met de daarbij behorende verplichtingen hebben.

De kantonrechter Leeuwarden verklaart de kerkmusicus ten dele niet-ontvankelijk in zijn vordering, omdat hij eerst het Bisschoppelijk Scheidsgerecht dient te raadplegen ten aanzien van zijn vorderingen van rechtspositionele aard. De clause met betrekking tot de bevoegdheid van het bisschoppelijk scheidsgerecht is een bindend advies clause. De gang naar het bisschoppelijk scheidsgerecht is een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, die de kerkmusicus eerst had moeten doorlopen. Naderhand kan de vordering aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd als gebondenheid aan de beslissing in de gegeven omstandigheden niet in overeenstemming met de vereisten van redelijkheid en billijkheid is. Ten aanzien van de vraag of er nog sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de

kerkmusicus en de RKK acht de kantonrechter Leeuwarden zich wel bevoegd.³⁸⁷

6.2.3 Straffen

Het Wetboek van Canoniek recht kent een hoofdstuk over sancties. De RKK acht zichzelf vanuit dit wetboek bevoegd om aan haar gelovigen sancties op te leggen indien zij een strafbaar feit plegen. Deze strafprocedure raakt aan het burgerlijke recht, omdat de burgerlijke rechtsorde strafwetten kent. De kerkelijke en de burgerlijke strafwetten sluiten elkaar echter niet uit, omdat de straffen in de RKK veeleer in theologisch verband bestaan. De straffen zijn gericht op instandhouding van de eenheid van de kerk. Indien zowel de kerkelijke wetten als de Nederlandse strafwet zijn overtreden, gaat het openbaar ministerie tot vervolging over terwijl de RKK de interne strafprocedure zou kunnen starten. Een dader kan in theorie dubbel gestraft worden. Er wordt in de praktijk echter weinig gebruik gemaakt van dit hoofdstuk uit het Wetboek van Canoniek recht, omdat men de strafvervolging -terecht- overlaat aan de profane overheid. Het kan in theorie wel voorkomen dat de RKK ook sancties verbindt aan een strafrechtelijke gedraging. De strafprocedure in de RKK is op geestelijke gevolgen gericht, waardoor een door de burgerlijke rechter opgelegde straf niet altijd tot strafvermindering in de kerkelijke procedure leidt. De kerkelijke straffen lopen uiteen van ontneming van bepaalde bevoegdheden, tot ontheffing uit het ambt.³⁸⁸

6.2.4 Rechtsbevoegdheid van de diocesane rechtbanken

De diocesane rechtbanken hebben een ruime bevoegdheid in de geschilbeslechting op grond van canon 1400.

Canon 1400 §1

1. De opeising van rechten of de vordering tot eerbiediging van rechten van fysieke personen of van rechtspersonen, of de vaststelling van rechtsfeiten;

2. de misdrijven met betrekking tot de oplegging of verklaring van een straf.

§2 Geschillen echter, ontstaan uit een beschikking van een administratieve overheid, kunnen alleen voor een Overste of voor een administratieve rechtbank gebracht worden.

Deze ruime bevoegdheidstoedeling kan er vanuit het Wetboek van Canoniek recht bezien derhalve toe leiden dat op de grensgebieden zowel de kerkelijke rechter als de burgerlijke rechter rechtsmacht heeft. De betrokkenen bepalen dan welke rechter uiteindelijk het geschil beslecht. Indien partijen een procedure bij de burgerlijke rechter starten, is deze gehouden om de zaak in behandeling te nemen indien het een burgerlijke rechtsvordering betreft. Het is echter de vraag hoe de rechter met een burgerlijke rechtsvordering met kerkelijke aspecten omgaat.³⁸⁹ De wijze waarop de burgerlijke rechter kerkelijke aangelegenheden beoordeelt komt later in dit hoofdstuk aan de orde (paragraaf 6.5). In deze paragraaf staat centraal hoe de kerkelijke rechtbanken hun autonomie ervaren.

Canon 1401 geeft de grens aan voor de diocesane rechtbanken. Hierin wordt bepaald dat geloofszaken en zaken aan het geloof verbonden onder de autonomie van de

³⁸⁷ Ktr. Leeuwarden, 19 oktober 2006, LJN AZ0548.

³⁸⁸ Gesprekken met canonisten.

³⁸⁹ Slump 1997, p. 69.

RKK vallen. Voor dergelijke aangelegenheden is de interne kerkelijke rechtsgang de juiste weg voor geschilbeslechting en rest voor de burgerlijke rechter slechts een marginale toetsing achteraf. Uit de gehouden interviews blijkt dat het omslagpunt van kerkelijke aangelegenheid naar burgerlijke aangelegenheid ligt in canon 1401.

Canon 1401

Bij eigen en uitsluitend recht beoordeelt de kerk:

1. Zaken die geestelijke aangelegenheden betreffen en aangelegenheden met het geestelijke verbonden;
2. De schending van kerkelijke wetten en alles waarin een element van zonde aanwezig is, voor zover het de bepaling van de schuld betreft en het opleggen van kerkelijke straffen.

De grens is echter moeilijk te concretiseren, omdat deze van geval tot geval bepaald wordt. Het is bij een dergelijk geschil aan de wereldlijke rechter om te beoordelen of eerst de interne rechtsgang doorlopen moet worden. De RKK claimt absolute autonomie in geestelijke aangelegenheden en aangelegenheden die met het geestelijke verbonden zijn. Onder zaken die met het geestelijke verbonden zijn, kan theoretisch gezien het eigen vermogensrecht geschaard worden, waardoor een parochie bijvoorbeeld wordt beheerst. Zoals aan het begin van dit hoofdstuk aangegeven, beschikt de RKK over alle elementen die zij nodig zou hebben om als staat onafhankelijk van de profane staat te kunnen functioneren. Het wetboek van canoniek recht kent derhalve tevens regels met betrekking tot het eigen vermogen van de RKK.

De Rechtbank Utrecht hanteert in 2001 in een kort geding canon 1401 ook als grens.

De stichting instituut voor katholieke informatie in Nederland en Vlaanderen vordert voor de Rechtbank Utrecht in kort geding dat de Bisschoppenconferentie publiekelijk informatie verstrekt over de besluiten genomen door de bijzondere synode van de Nederlandse bisschoppen in 1980. De Rechtbank Utrecht overweegt dat deze vordering een aangelegenheid is die met het geestelijke is verbonden, omdat in de synode aangelegenheden zoals met betrekking tot de eucharistieviering op zondag en de theologische opleiding aan de orde zijn gekomen. Ingevolge canon 1401 zijn aangelegenheden met het geestelijke verbonden, voorbehouden aan de kerkelijke rechter. De stichting wordt niet-ontvankelijk verklaard, omdat zij eerst de kerkelijke rechtsgang moet doorlopen.³⁹⁰

De houdbaarheid van het kerkelijke systeem met eigen interne rechtspraak blijkt pas op het moment dat iemand met passering van de interne rechtsgang een beroep op de burgerlijke rechter doet. De burgerlijke rechter zal dan eerste niet-ontvankelijk verklaren als er een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang is en het primaat van het interne kerkelijke recht erkennen.

6.2.5 Huwelijksrecht

Hoewel aan de diocesane rechtbanken in het Wetboek van canoniek recht een ruime bevoegdheid toekomt, blijken deze rechtbanken in de praktijk voor ongeveer 99 procent huwelijkszaken te beslechten. Het Wetboek van canoniek recht kent een procedure voor

³⁹⁰ VZr. Rb. Utrecht 18 december 2001, *KG* 2002, 43.

de nietigverklaring van een huwelijk. Er worden in Nederland ongeveer 200 verzoeken tot nietigverklaring van het huwelijk per jaar ingediend bij de diocesane rechtbanken.³⁹¹ De RKK onderschrijft de opvatting dat een huwelijk onontbindbaar is. Er is in het wetboek van canoniek recht echter een aantal omstandigheden waaronder een huwelijk nietig verklaard kan worden. De rechtbank gaat na of de reden tot nietigverklaring aanwezig was op het moment van de huwelijksvoltrekking. Indien de echtelieden altijd een goed huwelijk hebben gehad, maar onenigheid in een later stadium is ontstaan, zal geen nietigverklaring van het huwelijk volgen. De diocesane rechtbank beoordeelt of het huwelijk sacramenteel was op het moment van de huwelijksvoltrekking. Hier is een verschil aan te wijzen met de burgerlijke echtscheiding waar de ‘duurzame ontwrichting’ bepaald wordt op het moment dat om huwelijksontbinding gevraagd wordt. Dit druist in tegen de leer van de RKK, omdat men in die opvatting een huwelijksverbintenis voor het leven aangaat. Als toetsingmaatstaf in de huwelijkszaken geldt in de RKK canon 1095.

Canon 1095 – Onbekwaam tot het sluiten van een huwelijk zijn:

1. Zij die niet beschikken over voldoende gebruik van het verstand.
2. Zij die lijden aan een ernstig gebrek aan oordeelsvermogen met betrekking tot de wederzijds over te dragen en te aanvaarden wezenlijke rechten en plichten van het huwelijk.
3. Zij die wegens redenen van psychische aard de wezenlijke verplichtingen van het huwelijk niet op zich kunnen nemen.

Vanuit de Rooms-Katholieke Kerk gezien staan in de huwelijksprocedure staan de echtelieden niet tegenover elkaar, maar staan zij samen tegenover de verdediger van de huwelijksband. Er dient voor de rechtbank voldoende bewijs te bestaan dat het aangaan van het huwelijk nietig was. Dit bewijs kan bijvoorbeeld geleverd worden door deskundigen en getuigen.

In het huwelijksrecht lopen burgerlijk en kerkelijk recht in elkaar over, omdat de burgerlijke overheid zich met de burgerlijke gevolgen van een huwelijk bezighoudt en de kerkelijke rechter met de kerkelijke. Toch beginnen hier ook fricties te ontstaan, omdat sinds enkele decennia bij een meerderheid van de christelijke bevolkingsgroep de opvattingen over het huwelijk niet meer parallel lopen aan de opvattingen van de staat over het huwelijk. Eeuwenlang liepen de burgerlijk opvattingen over het huwelijk parallel aan de opvattingen van bijvoorbeeld de RKK over het huwelijk. Er bestaat vanuit delen van de RKK dan ook kritiek op de koppeling van het burgerlijk huwelijk aan het kerkelijk huwelijk, omdat hiermee de scheiding tussen kerk en staat in het geding is. Zo heeft Meijers gesteld dat de burgerlijke wetgever alleen de burgerlijke betrekkingen van huwelijken en andere zorgrelaties dient te regelen en kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag vrij dienen te zijn om te bepalen hoe zij zich verhouden tot deze betrekkingen. De RKK zou zijns inziens zelf de gelegenheid moeten hebben, om te beoordelen welke betrekkingen zij inzegt en welke niet.³⁹²

³⁹¹ Helaas zijn de uitspraken van de canonieke rechters niet openbaar. Uit de gesprekken met canonisten is gebleken dat ongeveer 99 procent van de zaken huwelijkszaken betreffen. De schatting van 200 zaken per jaar, komt ook voort uit deze gesprekken. Zie ook: Van Daal 2005, p. 796-799.

³⁹² Meijers 2002, p. 1897-1898.

6.2.6 Rooms-katholieke rechtspraak

De rooms-katholieke rechtspraak is niet openbaar. De burgerlijke rechter accepteert deze geslotenheid, mits de kerkelijke rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed. Als de rechtspraak niet aan processuele waarborgen voldoet, zal de wereldlijke rechter de gevolgen van de kerkelijke rechtspraak niet accepteren.

De zaak Bausch is illustratief voor ingrijpen door de burgerlijke rechter.

Het betreft in deze zaak een echtpaar dat voor de burgerlijke wet gescheiden is. De man vordert nietigverklaring bij de Diocesane rechtbank van Roermond. Hiertoe stelt hij dat de vrouw een geestelijke stoornis heeft. De Diocesane rechtbank stelt een deskundige aan, die onderzoek naar de geestesgesteldheid van de vrouw moet doen.³⁹³ Vaststaat dat de vrouw niet van dit onderzoek op de hoogte is en dat ze niet bij het onderzoek betrokken is. De deskundige baseert zich op verklaringen van de man en niet op rechtstreekse gesprekken met de vrouw, wat in de Nederlandse geneeskunde ongeoorloofd is.³⁹⁴ Toch is het rapport van de deskundige deel uit gaan maken van de kerkelijke procedure en hebben de rechtbanken hun oordeel op het rapport gegrond. De vrouw spant een civiele procedure aan. Het hof Den Bosch oordeelt dat zowel het bisdom als Bausch onrechtmatig hebben gehandeld ten opzichte van de vrouw.³⁹⁵

Het is aan de RKK om zorgvuldig de belangen van partijen te beschermen in een kerkelijke procedure. De burgerlijke rechter grijpt in de interne aangelegenheid in, indien er onvoldoende zorgvuldig is gehandeld. Uit deze zaak blijkt dat het Hof Den Bosch marginale toetsing onvoldoende vindt, vanwege de schending van de processuele waarborgen. Toch vat het Hof zijn taak beperkt op, zoals blijkt uit het feit dat de kerkelijke rechter niet pro se veroordeeld is.³⁹⁶

6.2.7 Arbeidsrecht

Het arbeidsrecht is ook een terrein waar kerkelijk recht en statelijk recht elkaar raken. Er zijn canonieke dienstverbanden die volledig beheerst worden door het canonieke recht. Hieronder schaaft men de dienstverbanden met clerici en de dienstverbanden krachtens kerkelijk ambt. Ook leken kunnen echter in een arbeidsverhouding tot de RKK staan. Ten aanzien van hen is geen uitgebreide regeling in het Wetboek van canoniek recht opgenomen. Het Wetboek van canoniek recht bepaalt enkel dat leken recht hebben op een billijk inkomen. In Nederland wordt hun verhouding beheerst door het arbeidsrecht, zodat de kerkelijk werkers dezelfde rechten hebben als andere werknemers in Nederland. Naast het arbeidsrecht is op bepaalde pastorale functies het canonieke recht van toepassing middels een rechtspositiereglement waarin het kerkelijk

³⁹³ Op grond van canon 1680.

³⁹⁴ De deskundige is door het Hof 's-Hertogenbosch geschorst in een medische tuchtzaak. Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1998, *NJ* 1998, 927.

³⁹⁵ Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1998, ongepubliceerd, rolnummer 1117/97/Ro (Bausch).

³⁹⁶ Zie paragraaf 6.5 voor een beschrijving van de processuele waarborgen die de wereldlijke rechter noodzakelijk acht.

karakter van de functie geregeld wordt en omdat een bisschoppelijke goedkeuring vereist is voor de arbeidsverhouding. Functies die hieronder vallen zijn bijvoorbeeld de godsdienstleraar en de pastoraal werker. De bisschoppelijke goedkeuring kan ingetrokken worden, indien de werknemer zich in strijd met de katholieke leer gedraagt. In deze rechtsverhouding raken kerkelijk en burgerlijk recht elkaar.³⁹⁷ De bisschoppelijke goedkeuring die vereist is, kan soms in aanraking komen met het arbeidsrecht. Er worden aan de kerkelijke medewerkers eisen gesteld die enkel gelden in kerkelijke arbeidsverhoudingen. De burgerlijke rechter kan het verzoek krijgen om de arbeidsovereenkomst te ontbinden, omdat de bisschoppelijke goedkeuring is ingetrokken. Het is dan aan de burgerlijke rechter om ten aanzien van de beoordeling van de intrekking van de bisschoppelijke goedkeuring, terughoudendheid te betrachten op grond van de godsdienstvrijheid.

Een voorbeeld is de vlootaalmoezenier, wiens bisschoppelijke goedkeuring is ingetrokken.

De Ordinaris neemt het besluit tot intrekking van de kerkelijke zending van een geestelijk verzorger (leek) bij de Koninklijke Marine, wegens niet of onvoldoende pastoraal functioneren. De Staatssecretaris van defensie ziet daarin reden om de arbeidsovereenkomst met de vlootaalmoezenier te beëindigen. De rechter treedt niet in de beoordeling van de vraag of de goedkeuring terecht is ingetrokken, maar beoordeelt enkel of de interne rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed. In dit specifieke geval oordeelt het Hof Amsterdam dat de rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed. De rechtbank heeft in eerste instantie ten onrechte aangenomen dat de Pauselijke raad niet op de bezwaren van de vlootaalmoezenier is ingegaan. Indien de interne rechtsgang met voldoende waarborgen is omkleed, dan kan een vlootaalmoezenier ontslagen worden, na intrekking van de bisschoppelijke goedkeuring.³⁹⁸

De Nederlandse rechter analyseert en toetst in deze zaak de interne rechtsgang volledig. De rechter houdt zich derhalve afzijdig van geloofsaangelegenheden, maar vereist wel dat de RKK een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft.³⁹⁹

6.2.8 Het vermogen van de RKK

Het Wetboek van Canoniek recht kent ook regels ten aanzien van de goederen van de RKK in boek V onder de titel 'Tijdelijke goederen'. Voor de burgerlijke rechter gelden deze vermogensrechtelijke regels slechts voor zover het Nederlandse recht dit toelaat.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Jacobs 1994. Zie ook: Meijers 1994, p. 23-26 & Meijers 2000, p. 72-76 & Meijers 2001, p. 758-759.

³⁹⁸ Hof Amsterdam 1 november 2001, *NJ* 2004, 514 (Vlootaalmoezenier I). Vgl. Rb. Rotterdam 27 december 2001, LJV AD 9381 (Vlootaalmoezenier II): in deze uitspraak staat ook de intrekking van de bisschoppelijke goedkeuring centraal. De Staatssecretaris van Defensie heeft de vlootaalmoezenier ontslagen omdat zijn bisschoppelijke goedkeuring is ingetrokken. Voor een goed functioneren als vlootaalmoezenier is de goedkeuring van de kerk onontbeerlijk. De Staatssecretaris van Defensie heeft volgens de rechtbank voldoende recht gedaan aan de belangen van de vlootaalmoezenier door eerst de interne kerkelijke procedure af te wachten.

³⁹⁹ Martens 2003, p. 70-71.

⁴⁰⁰ Van der Ploeg 2005, p. 264.

Het Wetboek van canoniek recht bepaalt dat de RKK zich voor de rechtshandelingen naar buiten toe zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij het plaatselijke vermogensrecht.

Een voorbeeld daarvan is de bisschoppelijke machtiging. Het bestuur van een parochie is vertegenwoordigingsbevoegd. Voor daden die de grenzen van het gewone beheer te buiten gaan heeft zij echter een voorafgaande schriftelijke machtiging van de bisschop nodig.⁴⁰¹ De gedachte hierachter is dat de bisschoppen dienen te waken over de wereldlijke positie van de RKK, door veiligstelling van de materiële zaken. Voor het verkrijgen of vervreemden van onroerende goederen is deze goedkeuring bijvoorbeeld vereist. Dit kan voor het burgerlijke rechtsverkeer lastige situaties scheppen, omdat openbaarmaking van de kerkelijke statuten niet vereist is volgens de wet. Het kan voorkomen dat een derde met het bestuur van een parochie een overeenkomst sluit tot verkoop van een stuk grond, terwijl de bisschoppelijke machtiging niet gegeven is. De derde kan zich dan niet beroepen op onbekendheid met het statuut. Volgens het Nederlandse recht heeft een kerkelijk statuut externe werking ten opzichte van derden. Dit geldt derhalve ook voor het ARBP van de RKK. De vereiste bisschoppelijke machtiging heeft ook externe werking volgens de RKK.⁴⁰² De derde moet zich er dus van bewust zijn dat de inrichting van een kerkgenootschap kan afwijken van de gebruikelijke organisatiestructuren en zal zich moeten verdiepen in het statuut.

In de burgerlijke rechtspraak is bevestigd dat de regels uit het Wetboek van Canoniek recht met betrekking tot de vertegenwoordiging doordringen in de burgerlijke rechtsorde.

In 1991 speelt een zaak waarin een leek met het bestuur van de parochie St. Joseph te Stein-Kerensheide een overeenkomst sluit tot het kopen van een huis. Het bestuur van de parochie heeft voor de verkoop niet de vereiste machtiging van de bisschop gevraagd. Op grond hiervan vernietigt de bisschop de koop. De koper stelt een procedure in bij de burgerlijke rechter en krijgt ongelijk.

Het gerechtshof Den Bosch beoordeelt de gebondenheid van de RKK aan de overeenkomst. Het oordeelt dat de bisschoppelijke machtiging externe werking heeft en dat de overeenkomst nietig is. Slechts indien de bisschop een toerekenbare schijn van goedkeuring wekt, zou de RKK gebonden zijn aan de overeenkomst.⁴⁰³

Deze vertegenwoordigingsregeling is een vergaande consequentie van de autonomie van de RKK, waar derden door gedupeerd kunnen worden. De uitspraak van het Hof Den Bosch bevestigt dat het voor derden die met een kerkgenootschap zaken doen, van belang is om te beseffen dat een kerkgenootschap een geheel eigen structuur kan hebben.

⁴⁰¹ Dit blijkt uit artikel 53 van het Algemeen Reglement voor het bestuur van een parochie van de Rooms-Katholieke kerk in Nederland. Deze regel is gebaseerd op canon 1281.

⁴⁰² Meijers 2001, p. 756-759. Zie ook: Meijers 1994, p. 26-28.

⁴⁰³ Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 1991, NJ 1992, 89 (Bisschoppelijke machtiging). Ook gepubliceerd in: *KG* 1991, 368.

6.2.9 Eigen structuur

De eigen structuur die de RKK kenmerkt, omvat ook het feit dat enkel mannen de heilige wijding kunnen ontvangen en worden toegelaten tot de geestelijke ambten in de RKK. Dit is een uitvloeisel van de godsdienstvrijheid en de inrichtingsvrijheid, maar kan wel in strijd komen met fundamentele waarden in de Nederlandse samenleving, omdat het verboden is onderscheid te maken tussen man en vrouw.

De Hoge Raad heeft zich uitgelaten over de vraag of de niet-toelating van een vrouw tot de diakenopleiding van de RKK een vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM is. De Hoge Raad toetst deze vraag aan de Algemene wet gelijke behandeling en komt tot de conclusie dat het onderscheid onder de reikwijdte van de godsdienstvrijheid valt. De Algemene wet gelijke behandeling heeft een algemene uitzondering gemaakt voor wat betreft de toegang tot geestelijke ambten. Er is geen ongeoorloofd onderscheid volgens de Hoge Raad en er kan niet gesproken worden van een vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM.⁴⁰⁴

De niet-toelating van vrouwen tot de geestelijke ambten, is een diepgewortelde religieuze opvatting van de RKK, die binnen de ruimte van de godsdienstvrijheid en de inrichtingsvrijheid een plek heeft in de Nederlandse samenleving en tot op heden wordt geaccepteerd. Tegenwoordig wordt betwist of religieuze opvattingen een ongelijke behandeling van man en vrouw mogen behelzen. Uit de praktijk in de RKK blijkt dat de huidige stand van zaken is dat onderscheid tussen man en vrouw in religieuze gemeenschappen in beginsel geoorloofd is. Dit is een bevestiging van het Nederlandse grondrechtenstelsel, waarin de grondrechten van oorsprong slechts verticale werking hebben en gericht zijn op bescherming tegen de overheid. De staat respecteert hier de afwijking van het publieke standpunt, vanwege het feit dat de ongelijke behandeling slechts interne werking heeft.

6.2.10 Evaluatie RKK

Tot nu toe is enkel de verhouding vanuit het canonieke recht aan de orde gekomen. In Nederland is de rechtspersoonlijkheid van de RKK erkend en geldt het Wetboek van Canoniek recht als het statuut van de RKK. De vele reglementen die er zijn, gelden als onderdeel van dit statuut. De RKK profileert zich in de Nederlandse rechtsorde door actief aandacht te vragen voor haar positie bij de wetgever. Een voorbeeld hiervan is de scheiding van tafel en bed, zoals die in de burgerlijke wetgeving is opgenomen. Met dit instituut is indertijd gehoor gegeven aan de geloofsopvatting zoals die leefde bij de meerderheid van de christelijke bevolking.

De RKK probeert de autonome rechtsorde te behouden door middel van een professionele rechtsgang. Bij bestudering van het canonieke recht dient in ogenschouw genomen te worden dat het canonieke recht van oudsher uitgaat van een sterke autonomie en dat zij deze ook tracht te claimen. In de praktijk blijkt het canonieke recht

⁴⁰⁴ HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 330 (Niet-toelating vrouw tot de diakenopleiding, m.nt. EAA). Ook gepubliceerd in: *RVDW* 1995, 213.

in Nederland echter in ruime mate aan te sluiten bij de burgerlijke rechtsorde, omdat ze binnen de grenzen van de godsdienstvrijheid functioneert.

Kerkelijke aangelegenheden in de RKK zijn geestelijke aangelegenheden en aangelegenheden die met het geestelijke zijn verbonden. Daaronder valt ook een deel arbeidsrecht, het huwelijksrecht en vermogensrechtelijke regels ten aanzien van de eigen goederen.

Het canonieke recht en het burgerlijke recht raken elkaar op diverse plaatsen. In enkele gevallen lopen de twee rechtssferen niet naadloos in elkaar over. Ook al is er soms sprake van schuring, over het algemeen heeft de RKK een rechtsgang die met voldoende waarborgen is omkleed en blijft zij binnen de grenzen van de godsdienstvrijheid. Toch blijkt ook binnen deze grenzen een botsing met fundamentele waarden uit ons rechtsstelsel te kunnen bestaan. Binnen een kerkgenootschap heeft de godsdienstvrijheid een sterke werking waardoor de gelijke behandeling van man en vrouw niet altijd voorgaat. Dit is het gevolg van ons grondrechtensysteem, waarin pluriforme waarden gerespecteerd worden en grondrechten in ieder concreet geval tegen elkaar worden afgewogen. De godsdienstvrijheid heeft binnen kerkgenootschappen een sterke werking. De RKK wijkt in de opvatting dat enkel mannen tot het geestelijke ambt gewijd mogen worden, af van hetgeen in de publieke orde algemeen aanvaard wordt ten aanzien van de behandeling van man en vrouw. Dit betreft echter de interne verhouding van de RKK en wordt om die reden niet in strijd geacht met de grondrechten.

De RKK functioneert al jaren in de Nederlandse rechtsorde en de rechtsgang van de RKK wordt over het algemeen gerespecteerd door de burgerlijke rechter. De vermogensrechtelijke regels begeven zich echter op het terrein van het wereldlijke recht. Ook ten aanzien van de vertegenwoordigingsregeling accepteert de rechter de eigen autonomie van de RKK, hoewel deze vertegenwoordigingsregeling vergaande gevolgen voor derden kan hebben.

De beslissingen die de RKK binnen de eigen autonomie neemt, kunnen ter toetsing worden voorgelegd aan de wereldlijke rechter. De rechter toetst dan of de RKK de interne besluitvormingsprocedures heeft nageleefd. Uit de zaak Bausch blijkt dat de RKK een onrechtmatige daad naar burgerlijk recht kan begaan. In die zin is het uiteindelijk de wereldlijke rechter die de autonomie van kerkgenootschappen begrenst. Hoewel de wereldlijke rechter zich niet uit mag laten over interne aangelegenheden, toetst de rechter wel of de interne besluitvorming met voldoende waarborgen is omkleed en of het kerkgenootschap zorgvuldig handelt tegenover derden.

6.3 Protestantse kerk in Nederland

Sinds 1 mei 2004 vormen de Nederlandse Hervormde Kerk (NHK), de Gereformeerde Kerken in Nederland (GKN) en de Evangelisch-Lutherse Kerk in het Koninkrijk der Nederlanden (ELK) gezamenlijk de Protestantse Kerk in Nederland (PKN).⁴⁰⁵

De PKN wordt op verschillende niveaus geregeerd door ‘ambtelijke’ vergaderingen. De kerkenraad regeert op het niveau van de gemeente en dan zijn er tragsgewijs ‘meerdere’ vergaderingen, waarin vertegenwoordigers van de ‘mindere’ vergaderingen zitten.⁴⁰⁶ De klassicale vergadering en de generale synode zijn de

⁴⁰⁵ Van den Heuvel 2004, p. 13-15.

⁴⁰⁶ Meerdere vergaderingen: “De ambtelijke vergaderingen, met uitzondering van de kerkenraad (art. VI-11 en ord. 4-3-1).” “Mindere vergaderingen: “De ambtelijke vergaderingen, met uitzondering van de generale synode (at. V!-11).” Van den Heuvel 2006, p. 77-78.

‘meerdere’ vergaderingen binnen de PKN. In de classicale vergaderingen nemen afgevaardigden van de kerkenraden zitting en de classicale vergaderingen sturen weer afgevaardigden naar de generale synode.⁴⁰⁷ Een kenmerk van de ambtelijke vergaderingen is dat daarin de drie ambten van predikant, ouderling en diaken bijeen zijn.⁴⁰⁸ Aan de kerk, de classis en de gemeente, wordt elk op hun eigen niveau door hun eigen ambtelijke vergadering leiding gegeven.⁴⁰⁹ De kerk bestaat uit alle gemeenten, wat aangeeft dat de gemeenten niet op zichzelf staan, maar ‘kerk’ zijn samen met de andere gemeenten.⁴¹⁰ Aan de kerk als geheel wordt leiding gegeven door de generale synode.⁴¹¹

Met de samenvoeging van de verschillende kerkgenootschappen, is er een nieuwe kerkorde in het leven geroepen, die is gestoeld op de drie tradities. De Kerkorde van de PKN (PKO) is een samenspel van “een evangelisch-lutherse nadruk op de predikant tegenover de kerkenraad, een hervormde nadruk op de kerkenraad tegenover de gemeenteleden en een gereformeerde nadruk op het mondig gemeentelid tegenover de kerkenraad en de predikant.”⁴¹² De voorrang van het woord, de zeggenschap van Christus en de mondigheid van de gelovige komen daarmee in de kerkorde samen. De kerkorde bestaat uit negentien met Romeinse cijfers genummerde artikelen en wordt uitgewerkt in veertien ordinanties. De kerkenraad stelt de regels vast die het leven en werken van de plaatselijke gemeente ordenen⁴¹³ en de classicale vergadering stelt de regels vast die het leven en werken van de classis ordenen.⁴¹⁴ Deze regels mogen niet in strijd zijn met de door de generale synode vastgestelde regelingen.⁴¹⁵

6.3.1 Interne rechtsgang

In tegenstelling tot de RKK kent de PKN een machtscheiding. In de PKN zijn de wetgevende en de bestuurlijke taken opgedragen aan de ambtelijke vergaderingen en is de rechtsprekende taak neergelegd bij speciaal daartoe aangewezen colleges. Bij de totstandkoming van de protestantse kerkorde is bewust voor deze scheiding gekozen, om de rechtsbescherming van degenen die bij een geschil betrokken zijn te vergroten.⁴¹⁶ De rechtsprekende colleges beslissen onafhankelijk van de ambtelijke vergaderingen over een geschil. Om toch het kerkelijke karakter van de interne rechtspraak te waarborgen, is de rechtspraak neergelegd bij kerkelijke colleges. De leden van de rechtsprekende colleges zijn belijdend lid van de kerk en worden benoemd door de ambtelijke vergaderingen.⁴¹⁷

De PKN kent een aantal vormen van kerkelijke rechtspraak, die zijn afgestemd op de verschillende soorten geschillen die kunnen rijzen in de kerk. Ten eerste is er de kerkelijke tuchtrechtspraak, die is neergelegd in ordinantie 10. Ten tweede kent de PKN

⁴⁰⁷ Koffeman 2003, p. 108

⁴⁰⁸ PKO VI-3.

⁴⁰⁹ PKO VI-4.

⁴¹⁰ PKO II-2.

⁴¹¹ PKO VI-4.

⁴¹² Van Drimmelen 2004, p. 227.

⁴¹³ Ordinantie 4-7-1.

⁴¹⁴ Ordinantie 4-15-1.

⁴¹⁵ Van Drimmelen 2004, p. 226-229.

⁴¹⁶ Op dit punt is de werkwijze van de Nederlandse Hervormde Kerk gevolgd. Deze kerk kende al geschilbeslechting door onafhankelijke colleges. Zie meer uitgebreid: Santing-Wubs 2002, p. 84-86.

⁴¹⁷ Van den Heuvel 2004, p. 224.

een rechtsgang voor ‘bezwaren en geschillen’ die in ordinantie 12 nader is uitgewerkt. Ten derde is er nog geschillenbeslechting bij spanningen in een gemeente tussen predikant en kerkenraad of gemeente.⁴¹⁸ Tenslotte is er een aparte rechtsgang beschikbaar indien er een niet te overbruggen verschil van inzicht over vermogensrechtelijke aangelegenheden tussen betrokken organen van een gemeente is. Deze vier vormen van rechtspraak en de geschillen die er aan de orde kunnen komen, worden in de paragrafen 6.3.2 tot en met 6.3.5 besproken.

Voor de interne rechtspraak zijn nadere regels gegeven in een generale regeling voor de kerkelijke rechtspraak. Deze generale regeling zal worden besproken in paragraaf 6.3.7 onder het kopje processuele waarborgen.

6.3.2 Tuchtrecht

De kerkorde van de PKN kent een vorm van opzicht waarmee toegezien wordt dat de gemeenten, degenen die een ambt vervullen en de leden in de lijn van de kerk blijven. In ordinantie 10 wordt het opzicht zoals dat in artikel XII is verwoord in de kerkorde, verder uitgewerkt. Er zijn drie vormen van opzicht: het opzicht over de gemeenten, het opzicht over belijdenis en wandel en het opzicht over de verkondiging en de catechese alsmede over de opleiding en vorming van predikanten. In dit rapport is de tweede vorm van opzicht van belang, omdat dit kan resulteren in de toepassing van kerkelijke tucht.⁴¹⁹ Het opzicht over de belijdenis heeft betrekking op gemeenteleden en op degenen die een ambt uitoefenen.

In de tuchtprocedure kan zowel ten aanzien van ‘gewone’ gemeenteleden, als ten aanzien van degenen die een ambt vervullen, een aantal middelen gebruikt worden: de vermaning, de ernstige vermaning en tenslotte de schorsing.⁴²⁰ Ten aanzien van degenen die een ambt vervullen, zijn er extra middelen mogelijk: ambtelijke vermaning, schorsing in de vervulling van het ambt, schorsing voor onbepaalde tijd en ten slotte een ontzetting uit het ambt.⁴²¹

De maatregelen kunnen vergaande gevolgen hebben, met name voor een predikant die uit het ambt wordt ontzet. Voor een kerklid staat het vrij om uit het kerkgenootschap te treden als hij zich niet wil onderwerpen aan het kerkelijke tuchtrecht. Als een predikant uit zijn ambt gezet dreigt te worden, zal het voor hem niet eenvoudig zijn om op te stappen en bij een ander kerkgenootschap zijn werk voort te zetten. Voor de predikant is het tuchtrecht derhalve niet erg vrijwillig. Volgens Santing-Wubs is in die zin sprake van een ‘beroepen’-tuchtrecht.⁴²²

De PKN acht het van belang dat de tuchtprocedure met voldoende processuele waarborgen is omkleed. Men kan tegen de beslissing van een regionaal opzichtcollege beroep instellen bij het generale college voor het opzicht.⁴²³ De colleges zijn aan termijnen gebonden waarbinnen zij moeten beslissen. De betrokkenen worden in de procedure gehoord en krijgen de gelegenheid om te reageren op de overgelegde stukken.⁴²⁴

⁴¹⁸ Ordinantie 3-20 en ordinantie 3-21.

⁴¹⁹ Voor een uitgebreide beschrijving van het opzicht, zie Van den Heuvel 2004, p. 225-234.

⁴²⁰ Ordinantie 10-9-6.

⁴²¹ Ordinantie 10-9-7.

⁴²² Santing-Wubs 2002, p. 143.

⁴²³ Ordinantie 10-11.

⁴²⁴ Ordinantie 10-10 en ordinantie 10-11.

De tuchtprocedure raakt aan het strafrecht, omdat een strafrechtelijke gedraging ook in strijd kan zijn met de lijn van de kerk. In dergelijke aangelegenheden is het goed mogelijk dat de kerkelijke procedure naast de wereldlijke procedure loopt. De beide procedures zijn gescheiden, maar kunnen naast elkaar bestaan. De tuchtprocedure is erop gericht om de orde in de kerk te bewaren en om leden op het pad van de kerk te houden. Indien men daar van afdwaalt door een gedraging die niet in overeenstemming is met de lijn van de kerk, zou dit kunnen resulteren in een tuchtmaatregel. In het algemeen wacht de kerkelijke tuchtrechter een uitspraak van de strafrechter af. Het kan echter voorkomen dat eerder ingrijpen door de kerkelijke rechter gewenst is, als de verhoudingen ernstig verstoord zijn in de kerk. Het strafrecht wijkt echter nooit voor het tuchtrecht, dat blijft ook toepasbaar als er al een tuchtrechtelijke maatregel is opgelegd. Het tuchtrecht en het strafrecht moeten naast elkaar kunnen bestaan, omdat ze op andere gevolgen zijn gericht. Een andere reden hiervoor is volgens Santing-Wubs dat het voor een kerkgenootschap mogelijk moet zijn om de leden te beschermen door het opleggen van een tuchtrechtelijke maatregel. Een voorbeeld hiervan is schorsing in zaken van seksueel misbruik.⁴²⁵ Indien men de uitspraak van de strafrechter volgt, gaat men in de meeste gevallen mee met het oordeel van de strafrechter. In enkele gevallen volgt het kerkelijke college de strafrechter niet, als de strafrechter de verdachte vrijspreekt en de tuchtrechter toch besluit om een maatregel op te leggen, zodat de verhoudingen in de kerk zich kunnen herstellen. Slechts zelden zal het omgekeerde geval zich voordoen. In 2003 heeft zich een zaak voorgedaan waarin een predikant in de strafrechtzaak veroordeeld is vanwege seksueel misbruik. Het generaal college voor het opzicht achtte de predikant in een later stadium onschuldig vanwege nieuwe psychiatrische rapporten die zijn ingediend en heeft het vonnis van de strafrechter daarmee niet gevolgd.⁴²⁶

6.3.3 Bezwaren en geschillen

Alle kerkelijke geschillen waarvoor geen specifiek college is aangewezen, worden beslecht door de colleges voor de behandeling van bezwaren en geschillen. Als uit de kerkorde niet duidelijk blijkt welk college bevoegd is om over het geschil te beoordelen, dan bepaalt het generale college voor de behandeling van bezwaren en geschillen welk college in de desbetreffende zaak uitspraak moet doen.⁴²⁷

Voor de behandeling van de bezwaren en geschillen zijn regionale colleges ingesteld, die worden benoemd door de algemene classicale vergadering.⁴²⁸ Als men het niet eens is met de uitspraak van een regionaal college, is beroep mogelijk bij het generale college. De leden van het generale college worden benoemd door de kleine synode.⁴²⁹ De commissies hoeven geen verantwoording af te leggen aan de vergaderingen, maar brengen daaraan wel verslag uit.

De colleges voor bezwaren en geschillen houden zich bezig met het bestuurlijk functioneren van de kerkelijke vergaderingen en organen. Het gaat in deze procedure

⁴²⁵ Santing-Wubs 2002, p. 157-159.

⁴²⁶ Redactie kerk, 'Kerk zegt ondanks veroordeling rechter: dominee niet schuldig aan misbruik', *Nederlands Dagblad* 21 juli 2003.

⁴²⁷ Ordinantie 12-6-2.

⁴²⁸ Van den Heuvel 2004, p. 75: "De classes binnen een bepaald geografisch gebied worden samengebracht in een regionaal verband (ord. 2-20-1). De ambtelijke vergadering voor dit regionaal verband van classes is de algemene classicale vergadering waarin de classicale vergaderingen een aantal gemeenschappelijke taken uitoefenen (ord. 4-15-1 en ord. 4-19 en 20)".

⁴²⁹ Van den Heuvel 2004, p. 64-65.

om vragen die op het bestuurlijk functioneren betrekking hebben, zoals of alle voorschriften uit de kerkorde in acht genomen zijn, of alle betrokken belangen zijn afgewogen, of de vereiste zorgvuldigheid in acht genomen is. Het college van bezwaren en geschillen zal niet de besluitvorming inhoudelijk beoordelen, maar beoordeelt of het besluit op een juiste wijze tot stand gekomen is. Dit is te vergelijken met de toetsing in het bestuursrecht aan de beginselen van behoorlijke procesorde.⁴³⁰ De inhoudelijke beleidsvrijheid blijft dus uitsluitend bij de ambtelijke vergaderingen.

De PKO maakt onderscheid tussen bezwaren en geschillen. Bezwaren kunnen worden ingediend tegen een beslissing van bijvoorbeeld een kerkenraad of classicale vergadering en kunnen door ambtsdragers, gemeenteleden en kerkelijke lichamen worden ingediend. Bezwaren betreffen het bestuurlijk functioneren van kerkelijke vergaderingen en organen. Het moet gaan om een besluit, handeling of verzuim van een kerkelijk lichaam. Het college toetst niet de inhoud, maar gaat na of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht zijn genomen. Geschillen in de zin van ordinantie 12 betreffen de onderlinge verhouding tussen kerkelijke lichamen, ambtsdragers, of anderen die een dienst of functie vervullen. Het betreft geschillen over de vervulling van hun taak, de begrenzing van hun arbeidsvelden of de omvang van hun bevoegdheden.⁴³¹ Een voorbeeld van een geschil is een verschil van inzicht over de taakverdeling tussen een kerkenraad en een college van diakenen.⁴³²

Zowel de bezwaren als de geschillen dienen in de vorm van een bezwaarschrift bij het bevoegde college te worden aangebracht.⁴³³ Tegen een uitspraak van het onafhankelijke college kan de benadeelde beroep instellen bij het generale college voor de behandeling van bezwaren en geschillen.⁴³⁴ De beslissingen van de kerkelijke rechter zijn bindend. Als ze niet worden nageleefd, kunnen de zaken worden voorgelegd aan een daarvoor aangewezen college van opzicht.⁴³⁵ In plaats van een bezwaarschrift kan de benadeelde ook revisie vragen bij het kerkelijk lichaam dat het besluit heeft genomen, hij vraagt daarmee het besluit in heroverweging te nemen. Als het revisieverzoek wordt afgewezen, kan de benadeelde alsnog bezwaar tegen het oorspronkelijke besluit maken.⁴³⁶

Geschillen kunnen rijzen tussen kerkelijke lichamen, ambtsdragers en hen die in dienst zijn gesteld, ter zake van de vervulling van hun taak, de begrenzing van hun arbeidsvelden of de omvang van hun bevoegdheden.⁴³⁷

6.3.4 Andere procedures

In de rechtspraak bij spanningen in de gemeente gaat het bijvoorbeeld om geschillen tussen de predikant en de kerkenraad of gemeente. Deze vorm van geschilbeslechting gaat over de ontheffing van werkzaamheden en de ontheffing uit het ambt. Deze vorm van geschilbeslechting is neergelegd in ordinantie 3-20 en 3-21 en het beslissende college is het generale college voor de ambtsontheffing. Tegen de beslissing van dit

⁴³⁰ Generale Regeling kerkelijke rechtspraak, artikel 23. Zie meer uitgebreid: Van den Heuvel 2004, p. 244-245.

⁴³¹ Ordinantie 12-4.

⁴³² Van den Heuvel 2004, p. 248.

⁴³³ Ordinantie 12-3-4 en 12-4-2.

⁴³⁴ Ordinantie 12-8-1.

⁴³⁵ Ordinantie 12-6-3.

⁴³⁶ Ordinantie 12-12.

⁴³⁷ Van den Heuvel, 2004, p. 225-257.

college kan door de kerkenraad en de predikant beroep worden ingesteld bij het generale college voor bezwaren en geschillen.⁴³⁸

Het beheer in de PKN is geregeld in ordinantie 11 en berust op plaatselijk niveau bij de kerkenraad in het algemeen en bij het college van kerkrentmeesters in het bijzonder. Het toezicht op de vermogensrechtelijke aangelegenheden berust bij de regionale colleges voor de behandeling van beheerszaken.⁴³⁹ Belangrijk onderdeel van de taak van deze colleges is het begeleiden en ondersteunen van het vermogensrechtelijke beleid van de gemeenten.⁴⁴⁰

Een kerkenraad, college van kerkrentmeesters of college van diakenen kan een bezwaar indienen tegen een besluit op het gebied van de vermogensrechtelijke aangelegenheden bij het college voor de behandeling van beheerszaken. Ook deze procedure behoort tot de kerkelijke rechtspraak. Ook hiertegen kan beroep worden ingesteld bij het generale college voor de behandeling van bezwaren en geschillen.⁴⁴¹

De lijn ten opzichte van het arbeidsrecht is in de PKN vergelijkbaar met de lijn in de RKK. De rechtspositie van de kerkelijke medewerkers wordt beheerst door het arbeidsrecht en de predikanten zijn werkzaam op basis van een bijzondere rechtsverhouding die wordt geregeerd door het eigen statuut.⁴⁴²

6.3.5 Processuele waarborgen

Aan de PKO is duidelijk te zien dat deze vrij recent is opgesteld. Men heeft bij de opstelling van de PKO een rapport laten schrijven door juristen, waarin de civielrechtelijke vraagstukken besproken zijn. Er is in de PKO geprobeerd rekening te houden met de processuele vereisten die de burgerlijke rechter in de afgelopen jaren heeft gesteld aan de interne kerkelijke rechtsgang.⁴⁴³ In de praktijk blijkt dat de burgerlijke rechter meer kerkelijke aangelegenheden 'naar zich toetrekt', dat wil zeggen inhoudelijk beoordeelt, als de interne kerkelijke rechtsgang met onvoldoende waarborgen is omkleed. Dit zal aan de orde komen in paragraaf 6.5. In deze paragraaf zullen een aantal processuele waarborgen in de PKN besproken worden. Deze zijn te vinden in de kerkorde, de ordinanties en in de generale regeling kerkrechtspraak.

Een eerste belangrijke waarborg in de rechtspraak van de PKN is al op enkele plekken naar voren gekomen. In de PKN is ervoor gekozen om de rechtspraak bij onafhankelijke colleges neer te leggen. Dit is opvallend, omdat in de meeste kerkgenootschappen met een presbyteriaal-synodaal stelsel, een vorm van kringenrechtspraak bestaat, waarin de geschilbeslechting in handen is van de ambtelijke vergaderingen zelf.⁴⁴⁴ Toch heeft de PKN voor een geschillenbeslechting door onafhankelijke commissies gekozen, waardoor de onafhankelijkheid gewaarborgd is.

Een novum in de kerkorde van de PKN is de spoedvoorziening. Deze spoedprocedure kan in de procedure van bezwaren en geschillen zowel in eerste aanleg,

⁴³⁸ Zie meer uitgebreid Van den Heuvel 2004, p. 255-257.

⁴³⁹ Art. XIII PKO.

⁴⁴⁰ Keijzer 2006, p. 16.

⁴⁴¹ Ordinantie 11-10 en ordinantie 11-22-4.

⁴⁴² Zie uitgebreid: Willemze 2007, p. 93-107.

⁴⁴³ Gesprekken met kerkrechtgeleerden.

⁴⁴⁴ In de (voormalig) gereformeerde kerken, een van de fusiepartners van de PKN, functioneerde een dergelijk systeem. De Nederlandse Hervormde kerk kende al wel een vorm van geschilbeslechting door onafhankelijke colleges, op dit punt is de kerkorde van deze kerk gevolgd.

als in hoger worden gehanteerd indien er een spoedeisend belang is.⁴⁴⁵ Dit biedt de belanghebbende in spoedzaken rechtsbescherming, waardoor in dezen geen toevlucht tot de burgerlijke rechter genomen hoeft te worden.⁴⁴⁶

In de protestantse rechtspraak geldt nog een aantal algemene waarborgen. Betrokkenen worden gehoord, bij voorkeur in aanwezigheid van elkaar. Betrokkenen worden ook in de gelegenheid gesteld om te reageren op de ingebrachte stukken en krijgen de uitspraak toegestuurd. Ook geldt er net als in het wereldlijke recht een doorzendplicht voor de colleges indien het bezwaarschrift bij het verkeerde college is ingediend.⁴⁴⁷ Als betrokkenen van oordeel zijn dat de kerkelijke rechter niet onpartijdig is, bestaat er een optie om de rechter te wraken.⁴⁴⁸ Om de rechtszekerheid te vergroten hanteren de kerkelijke rechters in de PKN strakke termijnen voor de indiening van bezwaar- en beroepschriften. Deze algemene processuele waarborgen sluiten nauw aan bij de gang van zaken in de wereldlijke rechtspraak.

De interne rechtspraak sluit echter niet aan voor wat betreft de openbaarheid. De rechtspraak in de PKN is wel traceerbaar, omdat samenvattingen van de uitspraken bekend worden gemaakt op de internetsite van de PKN. De interne rechtspraak is echter niet openbaar. Op dit punt zou gesteld kunnen worden, dat de PKN niet voldoet aan de eisen die aan rechtspraak gesteld worden. Bij de opstelling van de PKO is dit punt echter uitvoerig aan de orde gekomen en de commissie voor civielrechtelijke vraagstukken heeft hier ook aandacht aan besteed in haar rapport.⁴⁴⁹ De commissie overweegt in dit rapport:

“het is in overeenstemming met het karakter van de kerkelijke procedures dat deze niet openbaar is. Het gaat immers steeds om een intern-kerkelijke aangelegenheid, die zich niet afspeelt op het publieke erf.”⁴⁵⁰

Koffeman geeft in zijn beschouwingen van de rechtsbescherming in protestants Nederland aan, dat het afwachten is hoe de PKN zal functioneren. Ook hij wijst de kerkgenootschappen erop dat het belangrijk is de maatschappelijke ontwikkelingen te blijven volgen, zodat ze blijven passen in de cultuur waarbinnen de kerken leven. Kerken dienen een goede rechtsbescherming te bieden en aan deze verplichting kunnen zij zich niet onttrekken met een beroep op de eigen positie van kerken. De burgerlijke rechter stelt zich nu nog terughoudend op ten aanzien van de rechtsbescherming in de kerk, maar indien de kerkelijke procedure onduidelijk is, of onvoldoende waarborgen biedt, zal de burgerlijke rechter op den duur zich gaan richten op wereldlijke procedures. Bovendien is het afwachten wat de doorwerking van het EVRM op termijn zal zijn. Het EVRM is niet rechtstreeks toepasselijk op de interne procedure in kerkgenootschappen, maar geeft wel weer wat maatschappelijk belangrijk wordt gevonden en is vanwege die spiegelwerking toch van belang voor de kerkgenootschappen.⁴⁵¹

⁴⁴⁵ Ordinantie 12-3-5 en 12-8-3.

⁴⁴⁶ Koffeman 2003, p. 168-169.

⁴⁴⁷ G.R. kerkelijke rechtspraak, artikel 2.

⁴⁴⁸ G.R. kerkelijke rechtspraak, artikel 7.

⁴⁴⁹ Gesprekken met kerkrechtgeleerden.

⁴⁵⁰ Van den Heuvel 2004, p. 251.

⁴⁵¹ Koffeman 2003, p. 168-169.

6.3.6 Evaluatie PKN

De PKN heeft de eigen autonomie ook vorm gegeven in een interne geschilbeslechting. Als uitgangspunt geldt in de PKN dat men de eigen autonomie zo ruim mogelijk opvat, maar daarbij wel de grenzen die de burgerlijke rechter geeft zal respecteren. De burgerlijke rechter zal eerder kerkelijke aangelegenheden integraal beoordelen als de interne rechtsgang met onvoldoende waarborgen is omkleed. Bij de totstandkoming van de Protestantse kerkorde heeft men er bewust voor gekozen om de interne rechtsgang met goede processuele waarborgen te omgeven. Alleen op het punt van de openbaarheid van de jurisprudentie verschilt de kerkelijke rechtsgang in belangrijke mate van de wereldlijke rechtsgang.

Kerkelijke aangelegenheden in de PKN zijn die zaken die uit het geloof en het interne functioneren van de kerk voortvloeien, zoals de tuchtregeling en de bezwaren en geschillen die op het bestuurlijk functioneren van de kerk toezien. De PKN schaaft onder het eigen interne functioneren ook de rechtspositie van de predikant, die van geheel eigen aard is en waarop het arbeidsrecht niet van toepassing is.

6.4 Overige kerkgenootschappen

Bij de bespreking van de geschilbeslechting door de PKN is al aan de orde gekomen dat de meeste kerken die het systeem van ‘meerdere vergaderingen’ kennen, een rechtsgang langs deze ‘meerdere vergaderingen’ hebben. Dit wordt een vorm van kringenrechtspraak genoemd, omdat in de ‘meerdere vergaderingen’ afgevaardigden van de ‘mindere vergaderingen’ plaats hebben.

De geschilbeslechting door de meerdere vergaderingen heeft zijn oorsprong in de Dordtse kerkorde en in de feilbaarheid van de kerkelijke vergaderingen. De Gereformeerde Gemeenten, de Gereformeerde Kerken Vrijgemaakt en de Christelijk Gereformeerde kerken kennen allemaal artikel 31 van de Dordtse kerkorde, zij het soms in aangepaste vorm.⁴⁵² In tegenstelling tot de toetsing in de PKN geschiedt de besluitvorming in deze meerdere vergaderingen inhoudelijk. Hoewel het gevaar in kringenrechtspraak aanwezig is dat bekenden over de zaak oordelen in de ‘meerdere vergaderingen’ heeft men getracht de rechtspraak tot op zekere hoogte onpartijdig te maken. In de GKV is het een beleid dat familie zich kan verschonen en dat degenen die te dicht bij de zaak staan zich niet enkel van een stem onthouden, maar de vergadering verlaten.⁴⁵³ Bovendien trachten de verschillende kerkgenootschappen op andere manieren de onafhankelijkheid en onpartijdigheid te waarborgen. Zo heeft de GKV adviesorganen in het leven geroepen, die onafhankelijk adviseren aan de kerkelijke vergaderingen en waarin leden van de kerk zitting hebben met verstand van juridische en theologische zaken. Bovendien kennen de GKV op diverse niveaus uitgewerkte appelregelingen en voor enkele categorieën in de rechtspraak onafhankelijke rechtsprekende lichamen. De Gereformeerde Gemeenten hebben een handleiding en toelichting bij artikel 31 van de Dordtse kerkorde opgesteld.⁴⁵⁴

De bevoegdheden van de kerkelijke vergaderingen zijn volgens artikel 30 van de Dordtse kerkorde beperkt tot kerkelijke zaken. De grens is hier echter soms moeilijk te

⁴⁵² Zie meer uitgebreid Santing-Wubs 2002, p. 81-84.

⁴⁵³ Gesprekken met kerkrechtgeleerden.

⁴⁵⁴ Zie uitgebreid Santing-Wubs 2002, p. 81-84.

trekken. Kerkelijke aangelegenheden zijn in ieder geval geloofszaken en handhaving van de kerkelijke orde. In theoretische zin vallen civielrechtelijke aangelegenheden, staatkundige aangelegenheden en politieke aangelegenheden niet onder het begrip kerkelijke zaak.⁴⁵⁵ In de praktijk zijn kerkelijke zaken die aangelegenheden waarin van de kerkenraad als eerste kerkelijke vergadering een beslissing wordt verwacht. Civielrechtelijke aangelegenheden zouden in de praktijk via een omweg wel een kerkelijke zaak kunnen worden. Zo kan het gebeuren dat door een zakelijk geschil, de persoonlijke verhoudingen binnen de kerk verstoord raken. In dergelijke gevallen wordt soms van de kerkenraad gevraagd om te bemiddelen in de personele problemen die zijn ontstaan. Het zakelijke geschil dat hierachter schuil gaat, staat niet ter beoordeling van de kerkelijke rechter, maar via een omweg komt dit geschil wel bij de kerkelijke vergaderingen terecht. Ieder geschil heeft op die manier twee kanten. In het uiterste geval, wordt soms kerkelijke tucht toegepast ten aanzien van de betrokkenen.⁴⁵⁶

Binnen de kerken kan het dus zo zijn dat via het tuchtrecht in uiteenlopende aangelegenheden een beslissing van de kerkenraad wordt verwacht en daarmee in de kerkelijke rechtsgang als er procedures gevolgd worden.

Rechtbank Dordrecht 5 maart 1996⁴⁵⁷

Deze uitspraak gaat over twee broers die een geschil hebben. Er wordt aan de ene broer een tuchtmaatregel opgelegd, nadat hij gemaand is om zich verzoenlijk op te stellen. Toen hij hier geen gehoor aangaf is hij onder tucht gesteld. Hij wil zich echter niet onderwerpen aan de tuchtrechtelijke vermaning en om die reden is hij wederom onder tucht gesteld. De broer die onder tucht gesteld is gaat naar de burgerlijke rechter en vordert ongedaanmaking van de tuchtmaatregelen en eerherstel. De burgerlijke rechter heeft de eiser wel ontvankelijk verklaard, omdat er geen spoedvoorziening is, maar blijft buiten de beoordeling van het tuchtrecht.

6.4.1 Rechtspositie predikant in protestantse kerken

Net als de RKK bewegen de kerken in protestantse traditie zich langs de grenzen van het arbeidsrecht. Binnen de PKN zijn de predikanten onderworpen aan het eigen kerkrecht en is er een specifieke rechtsgang voor de rechtspositie van de predikant.

De rechtspositie van de predikant is een bijzondere. Lange tijd is het in de juridische literatuur en de rechtspraak een gegeven geweest, dat de rechtspositie van de predikant geregeerd wordt door het eigen statuut. De afgelopen jaren is deze positie echter aan debat onderhevig. In de literatuur gaan stemmen op om deze positie een arbeidsovereenkomst te laten zijn en in de rechtspraak is hierover nog geen heersende leer te ontdekken. Is de predikant een ondergeschikte, of is hij zelfstandig? Indien een gezagsverhouding te onderscheiden is, kan gesproken worden van een arbeidsovereenkomst. Deze kwalificatie zou een aantal gevolgen hebben, waaronder het feit dat het burgerlijke ontslagrecht van toepassing is. Een interessant vraagstuk, dat nog volop in beweging is in een rechtsgebied, waar het kerkelijke recht en het burgerlijke recht elkaar raken.

⁴⁵⁵ Santing-Wubs 2002, p. 83.

⁴⁵⁶ Gesprekken met kerkrechtgeleerden. Zie ook: Santing-Wubs 2002, p. 84.

⁴⁵⁷ Pres. Rb. Dordrecht 5 maart 1996, *KG* 1996, 127

In 1991 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de rechtspositie van een predikant. Ds. Kruis was predikant bij de Christelijk Gereformeerde kerk te 's-Hertogenbosch. De classis heeft de predikant uit zijn ambt ontheven, nadat een onoverkomelijk verschil van mening tussen de predikant en de kerk is ontstaan. Kruis heeft deze beslissing niet via het kerkelijke recht aangevochten, maar presenteerde zich na geruime tijd met een loonvordering bij de kantonrechter. De vordering is door de kantonrechter toegewezen omdat er volgens hem sprake is van een arbeidsovereenkomst. In hoger beroep verliest Kruis alsnog de zaak. De rechtbank is van oordeel dat van een arbeidsovereenkomst geen sprake kan zijn, omdat er geen gezagsverhouding is. De rechtbank grondt dit oordeel op het feit dat de predikant opzicht moet houden over de gemeente en tucht over haar moet uitoefenen en dat de gemeente geen zelfstandige bevoegdheid heeft om de predikant uit het ambt te ontslaan. De rechtbank stelt voorop dat de rechtsverhouding tussen partijen primair wordt beheerst door de kerkorde. De Hoge Raad sluit zich in cassatie bij het oordeel van de rechtbank aan, dat “uiterste terughoudendheid geboden is bij het toepasselijk verklaren van regelingen van materieel burgerlijk recht op de rechtsverhoudingen tussen verschillende organen en onderdelen van een kerkgenootschap”.⁴⁵⁸

Met dit arrest wordt het primaat van het kerkelijk recht bevestigd. Een aantal jaren later spreekt de Hoge Raad zich uit over de rechtsverhouding tussen een imam en een stichting moskee.

Een imam heeft een overeenkomst met een moskeestichting, waarin hij zich verbindt om tegen betaling godsdienstige arbeid te verrichten. De overeenkomst is getiteld als een arbeidsovereenkomst. Het bestuur van de stichting moskee is van mening dat de imam van de ware leer van de Koran afwijkt en besluit de imam te ontslaan. Dit doen zij echter terwijl de imam ziek is, op grond waarvan de imam de nietigheid van het ontslag inroept. De imam vordert bij de kantonrechter doorbetaling van zijn loon, totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd. De kantonrechter wijst de vordering van de imam af, terwijl de Rechtbank Den Haag de vordering in hoger beroep toewijst. De stichting moskee gaat in cassatie en stelt dat de rechtbank tekort doet aan het godsdienstige karakter van de functie van imam. Er kan volgens de stichting geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.

De Hoge Raad komt in deze zaak tot de conclusie dat wel sprake is van een gezagsverhouding en derhalve van een arbeidsovereenkomst. “De omstandigheid dat iemand zich verbindt een godsdienstig ambt uit te oefenen, voor de godsdienstige aspecten van zijn taak niet aan instructies van zijn wederpartij is onderworpen, sluit niet uit dat met betrekking tot de overige aspecten van de relatie

⁴⁵⁸ HR 14 juni 1991, *NJ 1992*, 173 (Arbeidsovereenkomst predikant, m.nt. H.J. Snijders)

(werktijden, vakantiedagen e.d.) sprake is van een gezagsverhouding.”⁴⁵⁹

Een tweetal uitspraken ten aanzien van Ds. De Boer, als predikant verbonden aan de Christelijk Gereformeerde Kerken, is erg belangrijk.

Ds. De Boer is door de classis geschorst en hij heeft in een kort geding in 2002 bij de Rechtbank Zwolle opheffing van die schorsing gevraagd. De rechter heeft toen, net als in het Ds. Kruis-arrest, voorop gesteld dat de burgerlijke rechter bij kerkrechtelijke geschillen grote terughoudendheid in acht moet nemen. “Slechts bij willekeur, kwade trouw of schending van universeel (ook binnen het kerkrecht) geldende rechtsbeginselen is een taak voor de wereldlijke rechter weggelegd.”⁴⁶⁰

Ds. De Boer heeft zich later tot de sector kanton van de rechtbank te Lelystad gewend. Hij vordert dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat het ontslagrecht van toepassing is. De kantonrechter stelt Ds. De Boer in het gelijk en neemt een arbeidsovereenkomst aan. Uit de bepalingen in de kerkorde blijkt dat, ten aanzien van de niet-godsdienstige aspecten van het werk, sprake is van een gezagsverhouding (Imam-arrest). “De gang van zaken kan worden aangemerkt als uitoefening van een gezagsverhouding als bedoeld in art. 7:610 BW. Het feit dat het gezag niet is uitgeoefend door de kerk maar door de classis, kan niet afdoen aan de conclusie dat -nu ook aan de elementen arbeid en loon is voldaan- een arbeidsovereenkomst tussen De Boer en de plaatselijke kerk heeft bestaan. De uitoefening van bevoegdheden op dit vlak door de classis moet immers worden toegerekend aan de plaatselijke kerk, nu de classis en de plaatselijke kerk nauw met elkaar verweven organisaties zijn.”⁴⁶¹

Hierbij dient wel de opmerking te worden gemaakt dat de situatie in dit geval bijzonder is, doordat de classis al sinds geruime tijd, nadat de geschillen zijn ontstaan, bevoegdheden van de kerkenraad in de Christelijke Gemeente Zeewolde heeft uitgeoefend.

Er is nog geen vaste lijn in de rechtspraak te ontdekken, omtrent de rechtspositie van de predikant. In het ds. Kruis-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er geen sprake is van een gezagsverhouding. Toch heeft de Hoge Raad in het Imam-arrest iets van die stelligheid laten varen, door aan te nemen dat van een arbeidsovereenkomst sprake kan zijn indien er een gezagsverhouding is ten aanzien van de niet-godsdienstige aspecten van het werk. In het imam-arrest is echter wel van belang dat boven de overeenkomst tussen de stichting en de imam als ‘arbeidsovereenkomst’ als titel vermeld stond. In sommige kerkgenootschappen wordt uitdrukkelijk in het statuut vermeld, dat de rechtsverhouding geen arbeidsovereenkomst is.

⁴⁵⁹ HR 17 juni 1994, *NJ 1994*, 757, r.o. 3.4.

⁴⁶⁰ Rb. Zwolle 1 februari 2002, *KG nr. 70866/KG ZA 01 – 466*.

⁴⁶¹ Ktr. Lelystad 2 februari 2005, *JIN 2005/180* (arbeidsovereenkomst predikant met christelijk gereformeerde gemeente, m.nt. W.A. Zondag).

Opvallend is dat in de lagere rechtspraak, met de redenering uit het Imam-arrest, een ontwikkeling gaande lijkt te zijn om een gezagsverhouding tussen kerk en predikant aan te nemen. Dit heeft tot gevolg dat de regels van het ontslagrecht, indien nodig, op deze rechtsverhouding van toepassing zijn. Wellicht dat de Hoge Raad weer eens uitgelokt wordt om zich uit te spreken over de rechtspositie van de predikant, nu lagere rechters zich laten leiden door de redenering uit het Imam-arrest, in plaats van het eerder gewezen ds. Kruis-arrest te volgen. Belangrijk hierbij is dat de rechters het primaat van het kerkelijke recht voorop stellen.

In de kerkorde van de PKN is duidelijk aangegeven dat geen sprake is van een ondergeschiktheidsrelatie ten aanzien van de predikant. De lagere rechters en een aantal schrijvers, zijn echter van mening dat een gezagsverhouding wel uit deze bijzondere rechtsverhouding kan worden afgeleid. De ontwikkeling op dit gebied is dus nog volop gaande. De rechtsverhouding tussen kerk en predikant zou in de nabije toekomst als arbeidsovereenkomst kunnen worden aangemerkt, indien de ontwikkeling zoals die nu gaande is, zich doorzet. Het is afwachten hoe de vorderingen in hoger beroep worden beoordeeld. Tot nu toe is de lijn dat de rechter vooral zal ingrijpen vanwege de rechtsbescherming, of eigenlijk het gebrek eraan. Er hangt dan veel af van de wijze waarop kerkgenootschappen zelf de verhouding tussen kerk en predikant ervaren en vormgeven.⁴⁶²

6.5 De burgerlijke rechter in kerkelijke aangelegenheden

Ondanks het bestaan van een interne geschillenbeslechting komt het regelmatig voor dat partijen zich met een vordering tot de burgerlijke rechter wenden. Allereerst rijst dan de vraag of de burgerlijke rechter wel bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. Is dat het geval dan zijn daarna vier vragen van belang:

- Is de eiser ontvankelijk in zijn vordering bij de burgerlijke rechter?
- Wat mag de burgerlijke rechter precies toetsen?
- Hoe gaat de burgerlijke rechter om met uitspraken van interne beroepsinstanties?
- Waaraan kan de burgerlijke rechter het kerkelijke conflict toetsen?

6.5.1 Bevoegdheid van de rechter⁴⁶³

De bevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van tussen burgers c.q. civielrechtelijke rechtspersonen vloeit voort uit art. 112 lid 1 Gw. Bij het vaststellen van de bevoegdheid is de vordering bepalend, dus de gepretendeerde rechtsverhouding en niet de werkelijke rechtsverhouding. Dit volgt uit het arrest Guldemon/Noordwijkerhout.⁴⁶⁴ Om te bepalen of hij bevoegd is, kijkt de rechter naar de grondslag van de vordering. “Wanneer eiser ageert uit hoofde van een burgerlijk recht, is de burgerlijke rechter bevoegd.”⁴⁶⁵

⁴⁶² Er is in de literatuur een discussie gaande over de rechtspositie van de predikant. Zie: Oldenhuis 1994. Zie ook Van der Ploeg, p. 159-174. Oldenhuis 2004, p. 177-187. Zie ook: Oldenhuis 2007.

⁴⁶³ Keijzer 2006, p. 30-31.

⁴⁶⁴ HR 31 december 1915, NJ 1916, 407 (Guldemon/Noordwijkerhout).

⁴⁶⁵ Santing-Wubs 2002, p. 93.

6.5.2 Ontvankelijkheid eiser

Dat de burgerlijke rechter in een bepaalde zaak bevoegd is, houdt niet in dat de eiser ook ontvankelijk is in zijn vordering.⁴⁶⁶ Santing-Wubs gaat er vanuit dat leden van een kerkgenootschap verplicht kunnen zijn een kerkelijk geschil eerst voor te leggen aan het interne rechtsprekende orgaan.⁴⁶⁷ Als er een bevoegde interne appelinstantie is, moet de eiser niet-ontvankelijk verklaard worden.

Als een zaak een spoedeisend karakter heeft en het kerkelijke recht geen spoedvoorziening bevat, zal dit voor de burgerlijke rechter een reden kunnen zijn om de eiser ontvankelijk te verklaren in een kortgedingprocedure. De wereldlijke rechter is van mening dat de rechter aanvullende rechtsbescherming op het statuut moet bieden, als het statuut geen spoedvoorziening kent.⁴⁶⁸ In een dergelijke procedure gaat het om voorlopige voorzieningen. Alleen in de bodemprocedure kan een kerkelijk besluit vernietigd worden.⁴⁶⁹ De PKN heeft in de kerkorde een spoedprocedure opgenomen, waardoor ten aanzien van spoedeisende zaken binnen de PKN niet meer de toevlucht tot de kortgedingrechter genomen hoeft te worden.⁴⁷⁰

Op de interne kerkelijke rechtsgang is artikel 6 EVRM net als in andere vormen van alternatieve geschilbeslechting niet rechtstreeks van toepassing. Toch heeft artikel 6 EVRM een zekere reflexwerking ten opzichte van de kerkelijke procedure. Beginselen die in ieder geval in acht genomen zouden moeten worden, zijn de beginselen van een eerlijke behandeling, zoals hoor- en wederhoor, gelijke proceskansen en het motiveringsvereiste. Ook de beginselen van een redelijke behandeling en een onpartijdige rechter zijn van belang.⁴⁷¹ Als de interne rechtsgang niet met voldoende waarborgen is omkleed, zal de rechter de eiser, ook in de bodemprocedure, eerder ontvankelijk verklaren in zijn vordering.⁴⁷² In een bodemprocedure spelen de termijnen soms een rol bij de beoordeling van de ontvankelijkheid. Als de beroepstermijnen in de kerkelijke procedure erg lang zijn, is een interne rechtsgang niet met voldoende waarborgen omkleed. Ook door andere omstandigheden, zoals schending van het beginsel van hoor- en wederhoor, kan een interne rechtsgang met onvoldoende waarborgen zijn omkleed. Dit is voor de rechter een reden om zich niet terughoudend op te stellen, doch een geschil inhoudelijk te beoordelen.⁴⁷³

De rechter hecht veel waarde aan het bestaan van een interne rechtsgang en de mate waarin deze met processuele waarborgen is omkleed. Indien de interne rechtsgang onvoldoende rechtsbescherming biedt, zal de rechter de zaak eerder in behandeling nemen. Als er een met voldoende waarborgen omkleede interne rechtsgang is, die nog niet doorlopen is, zal de eiser veelal niet-ontvankelijk verklaard worden. De eiser moet

⁴⁶⁶ Santing-Wubs 2002, p. 91-104.

⁴⁶⁷ Santing-Wubs 2002, p. 101. Zo ook Asser/Maeijer 1997 (2-II), nr. 216.

⁴⁶⁸ Bv. President Rechtbank Dordrecht 5 maart 1996, KG 1996, 127 (De Gereformeerde Kerk (vrijgemaakt) te Hardinxveld-Giessendam). Zie ook: Vzng. Rechtbank 's-Gravenhage, 11 mei 2004, NJF 2004, 449 (Morgenster).

⁴⁶⁹ Oldenhuis 1994, p. 311.

⁴⁷⁰ Ordinantie 12-3-5 en 12-8-3.

⁴⁷¹ Santing-Wubs 2002, p. 132-140.

⁴⁷² Vgl. Ktr. Lelystad 2 februari 2005, *JIN* 2005/180 (arbeidsovereenkomst predikant met christelijk gereformeerde gemeente, m.nt. W.A. Zondag). In deze zaak bestond een interne kerkrechtelijke procedure. De appèlprocedure zou pas na een jaar inhoudelijk behandeld kunnen worden. De kantonrechter overweegt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien eiser pas na dat jaar ontvankelijk zou zijn bij de burgerlijke rechter.

⁴⁷³ Vgl. Ktr. Utrecht, 17 mei 2000, *JAR* 2000, 187.

dan eerst de interne rechtsgang doorlopen. De wereldlijke rechter behoudt echter wel de functie van restrechter. Nadat de eiser de interne rechtsgang heeft doorlopen, kan de burgerlijke rechter het besluit marginaal toetsen.⁴⁷⁴

6.5.3 Wat mag de rechter toetsen?⁴⁷⁵

In de eerste plaats moet hier vastgesteld worden dat de burgerlijke rechter geen uitspraak doet over geloofskwesties. Dat is vaste rechtspraak van de Hoge Raad en dit uitgangspunt wordt in de doctrine algemeen als juist ervaren.⁴⁷⁶ Niet altijd is duidelijk of een conflict een rechtsvraag of een geloofsvraag betreft. Oldenhuis betoogt dat geloofsvragen kunnen uitgroeien tot rechtsvragen.⁴⁷⁷ Volgens Van Ee bestaat het risico dat partijen geloofsvragen presenteren als rechtsvragen.⁴⁷⁸ Dit risico zou groter worden naarmate men het statuut van het kerkgenootschap meer gebruikt om theologische beginselen vast te leggen.⁴⁷⁹ Om tot een oplossing te komen moet de rechter in de visie van Santing-Wubs eerst bezien wat hij wel kan toetsen. Over de geloofsvragen die dan overblijven, mag hij zich niet uitspreken.

Het kerkrecht in engere zin, dus het interne recht van de kerken, is geen recht in de zin van art. 79 RO. De uitleg ervan is dus van feitelijke aard en kan in cassatie niet getoetst worden.⁴⁸⁰

6.5.4 Hoe gaat de rechter om met uitspraken van interne beroepsinstanties?

De rechter zal een bindende uitspraak in eigen kring op gelijke voet behandelen als een bindend advies. Bindende beslissingen door een bevoegd kerkelijk orgaan genomen, worden slechts marginaal getoetst door de rechter.⁴⁸¹ Ten aanzien van de toetsing van bindende adviezen bepaalt art. 7:904 lid 1 BW:

Indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar.

De grondslag van de marginale toetsing van kerkelijke rechtspraak is gelegen in het beginsel van de soevereiniteit in eigen kring. Aan die soevereiniteit zitten wel grenzen. Santing-Wubs noemt de openbare orde en dwingend recht, maar ook het eigen statuut.⁴⁸² De rechter kan dus toetsen of de uitspraak gedaan is met inachtneming van de interne procedureregels.

⁴⁷⁴ Oldenhuis 1994, p. 312. Zie ook: Slump 1997, p. 67-86.

⁴⁷⁵ Keijzer 2006, p. 31.

⁴⁷⁶ HR 15 februari 1957, NJ 1957, 201 (Hasselt). Deze uitspraak wordt daarna veelvuldig aangehaald en bevestigd.

⁴⁷⁷ Oldenhuis 1977, p. 73.

⁴⁷⁸ Van Ee 1996 (kerkelijke conflicten), p. 832.

⁴⁷⁹ Santing-Wubs 2002, p. 193.

⁴⁸⁰ Zie Slump 1997, p. 74.

⁴⁸¹ HR 19 december 2003, NJ 2004, 559 (Nederlandse Hervormde Kerk/vrijbeheergemeenten, concl. A-G Timmerman, m.nt. C.J.H. Brunner). Vgl. Maeijer 1997, p. 266.

⁴⁸² Santing-Wubs 2002, p.168-169

Het beginsel van soevereiniteit in eigen kring is terug te voeren op artikel 6 Gw. De vrijheid van godsdienst betekent in de moderne westerse samenleving dat de overheid zich niet mengt in kerkelijke aangelegenheden. Die gedachte ligt ook ten grondslag aan art. 2:2 BW. Door marginaal te toetsen respecteert de rechter de vrijheid van godsdienst.

6.5.5 Waaraan kan de burgerlijke rechter toetsen?

In haar dissertatie bespreekt Santing-Wubs de mogelijke instrumenten waarmee de rechter een kerkelijk conflict kan beoordelen. Primair dient de rechter te toetsen aan het statuut van het kerkgenootschap. Als het gaat om kerkelijke besluitvorming toetst de rechter hierbij overigens niet de inhoud van de besluiten maar wel de gevolgde procedure aan het statuut.⁴⁸³ Dit blijkt bijvoorbeeld uit de rechtszaken die handelen over de verhouding tussen predikant en kerkgenootschap. Deze verhouding wordt als een bijzondere gezien. Voordat de rechter tot behandeling van deze zaken overgaat, kijkt de rechter naar de vormgeving van deze rechtsverhouding in het kerkelijk statuut.⁴⁸⁴

Toetsing aan de redelijkheid en billijkheid wordt algemeen wel mogelijk geacht. In de bewoordingen van Maeijer zijn de normen van redelijkheid en billijkheid fundamentele dwingende regels en dus normen met 'voorrangspretentie'.⁴⁸⁵ Die voorrang houdt dan in dat ze belangrijker geacht worden dan de soevereiniteit in eigen kring. Ook Santing-Wubs meent dat normen van redelijkheid en billijkheid doorwerken in de verhoudingen binnen kerken. Zij waarschuwt er echter voor dat de rechter niet op deze manier via een achterdeur toch een uitspraak doet over geloofskwesties.⁴⁸⁶ De normen van redelijkheid en billijkheid hoeven binnen kerkelijke verhoudingen niet dezelfde te zijn als in het gewone maatschappelijke verkeer.⁴⁸⁷

De rechter kan ook toetsen aan de 'wet'. Ook hierbij kan gedacht worden aan dwingende regels met voorrangspretentie. Hoe breed deze toetsing dient te worden opgevat staat echter niet vast. Tenslotte kan de rechter ook toetsen aan zorgvuldigheidsnormen.

De burgerlijke rechter krijgt in zaken met een kerkelijke grondslag vaak te maken met een vordering uit onrechtmatige daad. Indien iemand zich door een kerkgenootschap onheus bejegend voelt, zal hij veelal op grond van onrechtmatige daad een vordering instellen. Zowel bij interne als externe handelingen dient het kerkgenootschap zich te houden aan de zorgvuldigheidsnormen. Ook hierbij spelen de specifieke kerkrechtelijke regels een rol. Als de grievende gedraging meer intern gericht is, zal voor toetsing aan artikel 6:162 BW minder ruimte zijn, dan wanneer het een gedraging betreft die naar buiten toe gericht is. Oldenhuis formuleert ten aanzien van deze zaken een vuistregel voor de burgerlijke rechter: "hoe meer de betwiste gedraging of mededeling 'naar binnen gericht' is, des te groter de invloed wordt van de specifieke kerkrechtelijke regels bij de beantwoording van de vraag of de zorgvuldigheidsnorm is geschonden."⁴⁸⁸ Ter illustratie een uitspraak van de Rechtbank Arnhem:

⁴⁸³ Santing-Wubs 2002, p. 201.

⁴⁸⁴ HR 14 juni 1991, *NJ 1992, 173* (ds. Kruis/de Christelijk Gereformeerde kerk te 's-Hertogenbosch, concl. A-G Hartkamp; m.nt. H.J. Snijders).

⁴⁸⁵ Maeijer 1986, p. 11.

⁴⁸⁶ Santing-Wubs 2002, p. 215.

⁴⁸⁷ Santing-Wubs 2002, p.48.

⁴⁸⁸ Oldenhuis 1994, p. 312-313.

Rectificatie gebed⁴⁸⁹

Een dooplid (hierna te noemen R.) van de Christelijke Gereformeerde Kerk te Ede vraagt om uitschrijving bij de kerkenraad. Bij dit verzoek geeft R. uitdrukkelijk aan dat de uitschrijving geen breuk met God betekent. In eerste instantie geeft de kerk aan dat uitschrijving niet mogelijk is, maar nadat R. met behulp van een advocaat uitschrijving vordert, is de uitschrijving alsnog mogelijk. In de avonddienst in de kerk te Ede, is R. onderwerp van gebed. De predikant bidt voor R., die “U en het teken van uw verbond de rug toekeert wanneer hij zich van uw verbond en woorden niets meer aantrekt”.

R. vordert in kort geding bij de Rechtbank Arnhem rectificatie en schadevergoeding. De Rechtbank oordeelt dat er een botsing van grondrechten is tussen de vrijheid van godsdienst en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De rechtbank overweegt dat het gebed een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van R. heeft gemaakt. Dit is echter niet direct onrechtmatig, omdat het ertoe doet of betrokkene een nauwe band heeft met de kerk: “Ingeval betrokkenen leden van de kerk zijn zal in het algemeen het recht tot het vrij belijden van godsdienst of godsdienstige overtuiging -tegenover het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer – een relatief sterke werking hebben. Als dat niet aanvaard zou worden, zou het functioneren van de kerk ernstig ondermijnd worden. Naarmate betrokkenen echter met de kerk minder juridische en feitelijke band hebben, zullen zij van de zijde van de kerk (steeds) minder inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer behoeven te laten welgevalen.”

R. staat ten tijde van het uitspreken nog dicht bij de kerk, omdat hij net uitgeschreven is als dooplid. Hierdoor heeft de godsdienstvrijheid nog een relatief sterke werking. De onrechtmatigheid is in dit geval echter gelegen in het feit dat de kerk heeft nagelaten om het standpunt van R. te vermelden, waardoor bij de kerkleden een te negatief beeld is ontstaan. De kerk heeft inbreuk niet tot een minimum beperkt gehouden.

Het onderscheid tussen interne en externe werking van kerkelijke gedragingen en besluiten is relevant voor de toetsing door de rechter. Aan uitlatingen van de predikant tijdens de eredienst wordt volgens Slump een zekere externe werking toegekend. De rechter toetst immers een uitlating gedaan tijdens de eredienst aan de beginselen van onrechtmatige daad.⁴⁹⁰

De laatste jaren zijn uitlatingen van imams tijdens de vrijdagmiddagpreek ter discussie gesteld. Ook voor dergelijke uitlatingen geldt derhalve dat ze vatbaar zijn voor toetsing door de rechter. Zowel de burgerlijke als de strafrechter kan de uitlatingen toetsen. In vergelijking tot de uitspraak van de rectificatie van het gebed doet de wereldlijke rechter dit al jaren.

⁴⁸⁹ V.zr. Rb. Arnhem 22 februari 1989, *KG* 1989, 114 (Van Riessen – Van Amstel/ Chr. Gereformeerde kerk Ede).

⁴⁹⁰ Slump 1997, p. 79-80.

6.5.6 Kerkelijke aangelegenheid

De grenzen van het begrip kerkelijke zaak lopen langs geloofskwesties en langs de grenzen van de onrechtmatige daad. Het kerkgenootschap is een privaatrechtelijke rechtspersoon en heeft zich dus te houden aan de grenzen van het civiele recht. Er is echter verschil tussen gedragingen die een meer interne of externe werking hebben. Hoe meer de gedraging naar binnen is gericht, hoe sterker de bescherming van de godsdienstvrijheid is. De grenzen langs kerkelijke aangelegenheden lopen ook langs processuele waarborgen. Als de kerkgenootschappen de interne besluitvorming en de interne rechtspraak deugdelijk hebben vormgegeven en van voldoende processuele waarborgen hebben omgeven, zal de burgerlijke rechter zich in kerkelijke aangelegenheden terughoudend opstellen. De kerkelijke aangelegenheid blijft dan een interne aangelegenheid, waarover de rechter geen inhoudelijke beslissing neemt. Met andere woorden: een kerkgenootschap heeft in het privaatrecht een grote autonomie, die bijna een vorm van rechtspluralisme is, omdat de burgerlijke rechter slechts marginaal toetst.

6.6 Conclusie

Uit de gang van zaken in de RKK en de PKN blijkt dat de kerken een eigen rechtsgang hebben opgezet, om hun eigen geschillen te beslechten. Met de eigen regels en de interne rechtsgang benutten zij de ruimte die de wet hen biedt. De kerkgenootschappen kunnen met eigen expertise en kennis van de gang van zaken in het kerkgenootschap geschillen tot een oplossing brengen. De eigen interne regels kunnen een zekere externe werking hebben, zoals te zien in de uitspraak van het Hof Den Bosch, waarin de vertegenwoordigingsregeling van de RKK aan de orde is geweest. Het Hof accepteert in die uitspraak de vertegenwoordigingsregeling van de RKK, waarin toestemming van de bisschop vereist is voor bepaalde vermogensrechtelijke handelingen. Geconcludeerd kan worden dat degenen die zaken doen met kerkgenootschappen er op bedacht dienen te zijn dat kerkgenootschappen een geheel eigen structuur hebben die afwijkt van hetgeen in het Burgerlijk wetboek is bepaald terwijl voor de kerken geen registratieplicht geldt.

Zowel het CIC als de PKO bieden veel mogelijkheden om zaken intern te beslechten. Van huwelijkszaken, tot vermogensrechtelijke aangelegenheden, waarbij een kerkelijke rechtspersoon betrokken is. Toch zijn verschillen in uitvoering aan te wijzen. Uit de CIC blijkt dat de RKK vanuit zichzelf redeneert en de eigen autonomie breed opvat. In de praktijk blijkt echter dat de interne rechtbanken van de RKK zich voor 99 procent met huwelijkszaken bezighouden. De praktijk lijkt hier af te wijken van de mogelijkheden die het CIC aan de RKK biedt. In de PKN bestaat ook veel ruimte om intern geschillen te beslechten. Dergelijke beslissingen hebben in de samenleving als zodanig uiteraard geen werking.

Afbakening van het begrip kerkelijke aangelegenheid blijft moeilijk. De wereldlijke rechter zal van geval tot geval moeten beoordelen waar de bevoegdheid van de kerken ophoudt en de bevoegdheid van de wereldlijke rechter begint. Tot nu toe accepteert de rechter de eigen autonomie van kerkgenootschappen, mits de kerken voldoende rechtsbescherming aan de leden bieden. Een kerkgenootschap is een civiele rechtspersoon en moet zich aan de zorgvuldigheidseisen houden. In theorie liggen de grenzen in de onrechtmatige daad.

In de praktijk blijken kerkelijke aangelegenheden de geloofszaken te zijn en de aangelegenheden die met de inrichting van de kerk verband houden. Deze laatste categorie kan echter zeer uiteenlopend van aard zijn. Dit kan lopen van een eigen rechtspositieregeling voor de bedienaren van de geestelijke ambten tot vermogensrechtelijke regels ten aanzien van de eigen rechtspersonen. Ook hebben we gezien dat een kerkelijke aangelegenheid alles is waarin van de kerkenraad om een beslissing wordt gevraagd. Langs deze weg kunnen vele aangelegenheden kerkelijk worden.

De kerkgenootschappen in Nederland houden vast aan de eigen autonomie; vooral nu de christelijke opvattingen niet meer direct overeenkomen met de burgerlijke rechtsopvattingen. Deze autonomie bewaakt men door een goede interne regelgeving en rechtspraak. Hierbij passen zij zich aan de grenzen van de godsdienstvrijheid en de onrechtmatige daad aan. Intern mag er veel, ook in afwijkende zin. Als een gedraging naar buiten toe gericht is, heeft de godsdienstvrijheid een minder sterke werking en kan de onrechtmatige daad getoetst worden. In beleidsopzicht is het verstandig om deze autonomie te laten bestaan, zodat de kerkgenootschappen zich thuis blijven voelen in het Nederlandse rechtssysteem. Het gaat over de grens indien er onvoldoende processuele waarborgen binnen het kerksysteem zijn. De rechter zou dan in kunnen grijpen en pleegt dit ook te doen. De kerkgenootschappen voegen zich over het algemeen naar de grenzen die de burgerlijke rechter inzake de godsdienstvrijheid stelt, maar zullen zich verzetten indien geloofszaken door de burgerlijke rechter worden beslecht. De rechter stelt een aantal duidelijke grenzen. Er dient een spoedvoorziening te zijn, de termijnen moeten redelijk zijn en er moet sprake zijn van een eerlijke rechtsgang.

7 Sharia

7.1 Inleiding

Er wordt in Nederland vaak gesproken over ‘de’ islam en ‘de’ sharia terwijl deze begrippen polyinterpretabel zijn. De WRR onderscheidt vier verschillende betekenissen die het begrip sharia kan hebben: de sharia als klassiek rechtstelsel, als ideaal, als huidige interpretatie van het klassieke stelsel en als geleefde rechtspraktijk. De WRR geeft in zijn publicatie ‘Dynamiek in islamitisch activisme’ een uitleg van deze begrippen.⁴⁹¹ In deze paragraaf volgt een korte weergave van deze begrippen, omdat dit de verschillende niveaus waarop de sharia een rol kan spelen, illustreert.

Mensen die zich op het standpunt stellen dat de sharia ingevoerd zou moeten worden, omdat dit in hun ogen tot een meer rechtvaardige samenleving zal leiden, of de corruptie in hun land tegen zal gaan, zien de sharia *als ideaal*. De sharia is dan meer een slogan of een ideologie. In deze betekenis van het woord duidt de sharia het plan aan dat god heeft voor de mens en maatschappij. Vaak weet men niet eens hoe dit ideaal bereikt kan worden door middel van de sharia; men hecht emotionele waarde aan het begrip. Hier wordt dus niet zozeer het recht in de zin van regels bedoeld, maar het recht dat de sharia zou doen in een onrechtvaardige situatie.

De sharia *als klassiek rechtstelsel* is de sharia zoals die is ontwikkeld en vastgelegd door de schriftgeleerden in vele boeken.⁴⁹²

Tevens is er de sharia *als huidige interpretatie* van het klassieke rechtstelsel, dat wil zeggen zoals die sinds de tweede helft van de twintigste eeuw in de praktijk wordt gebracht. In de landen waar de sharia wordt toegepast, gebeurt dat op zeer uiteenlopende manieren, ondanks dat de klassieke sharia veelal als uitgangspunt genomen wordt.⁴⁹³

Tenslotte is er de sharia *als geleefde rechtspraktijk*. De islamitische wetgeving bevat geloofsvoorschriften die op uiteenlopende manieren geïnterpreteerd kunnen worden. Er bestaan vele variaties van ongeschreven islamitisch recht en gewoonterecht. Hierdoor kunnen er misvattingen ontstaan over wat precies onder sharia valt. Het gebeurt dat gedragingen worden goedgepraat met verwijzing naar de sharia, terwijl de gedraging niet uit de sharia, maar uit de gewoonte, voortkomt. In landen met een ingestort staatssysteem kunnen personen die over een bepaalde vorm van aanzien beschikken een eigen interpretatie van de sharia verkondigen als islamitisch recht.⁴⁹⁴

Het begrip sharia is dus dynamisch: het is veel meer omvattend dan de islamitische rechtsregels. Voor veel mensen betekent de sharia hoop op een beter leven,

⁴⁹¹ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2006 (Islamitische activisme), p. 111-114. Aldus ook Berger 2006 (Klassieke sharia en vernieuwing), p. 16-18.

⁴⁹² De bronnen van de klassieke sharia zijn: de Koran, de soenna, de ijmaa (consensus van de rechtsgeleerden) en de tqlied of kiyaas (analogische redenering). Voor een uitgebreide beschrijving zie: Berger 2006 (Islam tussen recht en politiek). Berger 2006 (Klassieke sharia en vernieuwing).

⁴⁹³ Veel landen pretenderen de Sharia ingevoerd te hebben. In de praktijk blijken de onderlinge verschillen echter erg groot, doordat sommige landen een westers rechtstelsel hebben, met een islamitisch ideaal. Bovendien hecht niet ieder land even veel waarde aan alle voorschriften uit de Sharia. Meer uitgebreid zie: Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg (red.) 2006 & Berger 2006. Deze vorm van Sharia zal aan de orde komen in hoofdstuk 9.

⁴⁹⁴ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2006 (Islamitische activisme), p. 111-114. Aldus ook Berger 2006 (klassieke sharia), p. 16-18.

zonder dat zij precies weten hoe de sharia daar in praktische zin aan bij kan dragen. Voor andere mensen betekent de sharia een manier om zich af te zetten tegen het westen. Berger geeft aan dat de eerste drie begrippen zoals ze hierboven beschreven zijn, de categorieën van de sharia vertegenwoordigen: “het goddelijk ideaal, de regels van dat ideaal en de toepassing van dat ideaal in de moderne tijd.”⁴⁹⁵ De verschillende begrippen kunnen tot veel verwarring in discussies leiden. Om iets van die verwarring en de onduidelijkheid onder de westerse bevolking weg te nemen, is het van belang dat in discussies duidelijk wordt aangegeven wát met sharia bedoeld wordt.

Naast de verschillende betekenissen van het begrip sharia is er ook het interpretatieverschil. De islam bestaat uit veel verschillende stromingen en groeperingen. Er kan eigenlijk niet gesproken worden van ‘de’ islam. Dit geldt tevens voor de islamitische wetgeving: de sharia. De diverse stromingen binnen de islam interpreteren de sharia onderling verschillend en de sharia wordt naar tijd en plaats verschillend uitgelegd, waardoor eigenlijk niet gesproken kan worden over ‘de’ sharia. Dit interpretatieverschil heeft te maken met de verschillende rechtsscholen die zijn ontstaan in de beginperiode van de islam. De grenzen van deze rechtsscholen lopen niet altijd langs nationaliteit, waardoor de Turkse moslims hier te landen uit verschillende achtergronden kunnen komen, hoewel het land van herkomst dezelfde is. In Turkije is heeft het hanafisme de meeste aanhang. Dit is een stroming binnen de soennitische islam. Turkije kent echter ook bijvoorbeeld de Alevieten, een liberale stroming binnen de sjiitische islam, waartoe ook veel humanisten zich rekenen. Hoewel het merendeel van de Turken tot dezelfde stroming behoort, bestaan er ook andere groeperingen in Turkije die andere geloofsopvattingen hebben.⁴⁹⁶

Deze uitlegvragen staan niet op zichzelf en zijn niet typisch eigen aan de shariaproblematiek. Binnen de christelijke kerkgenootschappen heb je ook een scala aan meningen, bijvoorbeeld op welke wijze de christelijke staat vorm moet krijgen.

7.2 De bronnen van de klassieke sharia

De sharia kan derhalve op verschillende niveaus een rol spelen. In sommige landen zijn regels uit de sharia vastgelegd in nationale rechtsstelsels, waardoor het rechtsregels zijn geworden. De sharia kan ook enkel op individueel niveau een rol spelen, indien men naar de geloofsregels uit de sharia leeft. Dit kan resulteren in het dragen van een hoofddoek of vijf keer per dag bidden. Voor de individuele geloofsbeleving vormt de klassieke sharia veelal het uitgangspunt. Hoewel er uiteenlopende interpretaties van bestaan, volgt hier een beschrijving van de bronnen van de klassieke sharia, om te illustreren waar de geloofsregels in zijn neergelegd.

7.2.1 Koran en soenna

Om te leven naar Gods wil, dient men de regels zoals God die gegeven heeft, na te leven. De primaire bron van de sharia is het woord van God, de Koran. Tevens is het recht te vinden in de soenna, de vele geschriften die een verslag van het leven van de profeet Mohammed geven, dat als voorbeeld dient voor de gelovige moslim. Deze twee bronnen bevatten slechts een beperkt aantal juridische regels op met name het terrein

⁴⁹⁵ Berger 2006 (Islam tussen recht en politiek), p. 5. Vgl. Waardenburg 2000, p. 12-21.

⁴⁹⁶ Voor een overzicht van de rechtsscholen zie: Berger 2006, Otto 2006.

van het personen- en familierecht en enkele regels op het gebied van het strafrecht. De overige rechtsgebieden komen eigenlijk niet aan de orde in de Koran en de soenna.⁴⁹⁷

7.2.2 Consensus van de rechtsgeleerden (ijmaa)

De derde bron van de sharia, de ijmaa, is geen geschreven bron. Deze bron wendt men in de vroege tijden aan, indien de Koran en de soenna geen antwoord op een vraag geven. Indien de hele moslimse gemeenschap consensus over het antwoord bereikt, ziet men dat antwoord als de weg die men moet volgen. De overeenstemming ziet men als inspiratie van God en daarom tevens als openbaring aan zijn volk.⁴⁹⁸ In de praktijk werkt dit anders, omdat het onmogelijk is om algehele consensus te bereiken. De verschillende rechtsscholen zijn hier een uitvloeisel van.

7.2.3 Analogische redenering (tqlid of kiyaas)

De analogische redenering, de vierde bron, mag slechts worden toegepast indien dit in het belang van de gemeenschap is en de andere bronnen geen uitkomst bieden. De mens past deze bron immers toe en de mens is feilbaar, waardoor de analogische redenering niet gezien kan worden als een openbaring van God. Deze bron houdt in dat het antwoord op een vraag gezocht mag worden in de strekking van de sharia.⁴⁹⁹

7.2.4 Fiqh

In de vroege jaren van de islam kwam men erachter dat niet alle regels letterlijk uit de Koran en de soenna te halen waren. Zo ontstond de wetenschap waarmee het plan van God voor een rechtvaardige samenleving werd achterhaald: de fiqh. Deze wetenschap mocht enkel beoefend worden door wetenschappers met voldoende kennis van de Koran en de soenna, die zowel juridisch als theologisch goed onderlegd waren. Door middel van vastgestelde interpretatiemethoden kwamen de schriftgeleerden tot concrete rechtsregels, die de gelovige moslim diende na te leven. Deze wetenschap wordt fiqh genoemd, evenals de rechtsregels die uit deze wetenschap voortvloeien. De fiqh bevat de uitwerking van het plan van God en wordt in de rechtspraktijk veelvuldig toegepast. De wetenschap van de fiqh ontwikkelde zich van de achtste tot en met de tiende eeuw. Toen besloot men dat de fiqh voltooid was en dat de sharia 'gevonden' was. De regels van de Koran en de soenna zijn Gods woord. De fiqh is echter een menselijke uitwerking hiervan en was voor de schriftgeleerden in die tijd "de beste benadering van de sharia als goddelijk visioen van een rechtvaardige samenleving zoals dat besloten lag in de twee heilige teksten".⁵⁰⁰ Sinds de negentiende eeuw wordt gebroken met de theologische wetenschap zoals die ten tijde van het ontstaan van de fiqh is toegepast. Heden ten dage worden overal ter wereld interpretaties gegeven van de Koran, soenna en de fiqh. Hierdoor ontstaan grote onderlinge verschillen tussen de toepassing van de sharia in islamitische landen en door individuen. Een ieder die geschoold is kan de geschriften interpreteren en door de moderne media kunnen deze visies ook snel

⁴⁹⁷ Berger 2006 (Klassieke sharia en vernieuwing), p. 21.

⁴⁹⁸ Berger 2006 (Klassieke sharia en vernieuwing), p. 21.

⁴⁹⁹ Berger 2006 (Klassieke sharia en vernieuwing), p.21.

⁵⁰⁰ Berger 2006 (Klassieke sharia en vernieuwing), p. 26.

verspreid worden. Dit in tegenstelling tot de begineeuwen van de islam waarin enkele speciaal daartoe opgeleide schriftgeleerden de sharia mochten interpreteren en dit dan ook nog deden volgens een speciaal daartoe ontwikkelde wetenschap.⁵⁰¹ De fiqh is sterk casuïstisch en is ook geen wet zoals wij die in het westen kennen. Het is eigenlijk meer een plichtenleer, die niet enkel rechtshandelingen voor deze wereld biedt, maar ook gericht is op de gevolgen van gedrag voor het hiernamaals. De fiqh beschrijft zeer uiteenlopende situaties en geeft daarbij uitleg, hoe te handelen in deze situaties zoals het een goed moslim betaamt. De fiqh bevat niet alleen regels, maar ook rituele verplichtingen en omgangsregels.⁵⁰²

De fiqh is mensenwerk en waar mensen werken kunnen verschillen ontstaan. Dit gebeurt dan ook en er ontstonden in de achtste eeuw verschillende rechtsscholen, waarvan men de onderlinge verscheidenheid nog steeds erkent. In principe was een ieder vrij om zich bij een bepaalde rechtsschool aan te sluiten, maar de verschillende rechtsscholen werden al snel geografisch bepaald. Allereerst is er het onderscheid tussen de twee hoofdstromingen binnen de islam, *soennieten* en de *shiieten*. De soennieten zijn onderverdeeld in vier rechtsscholen: de malekieten die met name in Afrika vertegenwoordigd zijn, de hanafieten die dominant zijn in Turkije en West- en Zuid-Azië, de hanbalieten in Saudi-Arabië en de shafi'ieten in Indonesië. De shiieten bestaan officieel uit één rechtsschool, maar is toch onder te verdelen in meerdere stromingen, zoals druzen in Libanon, zaydieten in Jemen, twaalvers in Iran, Bahrein en Zuid-Irak en isma'ilieten, verspreid over het Midden-Oosten, Pakistan en Oost-Afrika.⁵⁰³

7.2.5 Siyaasa

Nadat de fiqh voltooid is, blijkt dat niet alle rechtsgebieden geregeld zijn. Men veronderstelt dat God de overige rechtsgebieden ter regeling aan de overheid heeft overgelaten. Deze bevoegdheid duidt men aan met *siyaasa*, wat letterlijk politiek betekent. De Koran en de soenna blijven de meest belangrijke regels, omdat zij Gods woord zijn, maar de *siyaasa* is toch een ruime bevoegdheid, doordat vele rechtsgebieden, zoals het bestuursrecht, staatsrecht en procesrecht, ongeregeld zijn. Ook op het gebied van het strafrecht bestaat na raadpleging van de Koran en de soenna nog een grote leemte, waardoor de overheid veel strafwetten kan uitvaardigen.

7.3 Sharia in de huidige tijd

De klassieke sharia en de wetenschap die in de beginjaren is ontwikkeld om sharia toe te passen, is veranderd. De schriftgeleerden hebben niet meer het alleenrecht op interpretatie van sharia. Overheden hebben regels van sharia toegepast, waardoor rechters sharia interpreteren. En overal ter wereld bestaan individuen die zelf sharia interpreteren. De vele fatwa-sites waar om interpretatie van sharia gevraagd kan worden, in een concreet geval, getuigen hiervan.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ Berger 2006 (klassieke sharia en vernieuwing), p. 16-18.

⁵⁰² Buitelaar 2006, p. 29-30.

⁵⁰³ Berger 2006 (Islam tussen recht en politiek), p. 25.

⁵⁰⁴ Berger 2006 (Klassieke sharia en vernieuwing), p. 60-63. De manier waarop dit gebeurt wordt in dit rapport verder buiten beschouwing gelaten. Zie: Berger 2006 (Islam tussen recht en politiek). en Berger 2006 (Klassieke sharia en vernieuwing).

In het westen doet men vaak voorkomen alsof sharia een kant-en-klaar wetboek is. Dit is echter geenszins het geval. sharia betekent letterlijk ‘het pad dat naar de waterbron leidt’. Met deze betekenis duidt de sharia symbolisch het belang aan van het leven naar Gods wil. “In de woestijn kan het al dan niet volgen van een pad naar de plek waar zich water bevindt een kwestie zijn van leven en dood.”⁵⁰⁵ Sharia heeft een geheel eigen karakter. Sharia bevat meer losse regels, verspreid over de verschillende bronnen, die in een concreet geval aangeven hoe een goed moslim zich dient te gedragen, maar niet altijd aangeven hoe een conflictsituatie moet worden opgelost. Voor deze geloofsregels geldt de klassieke sharia echter veelal als uitgangspunt.⁵⁰⁶

In hoeverre sharia leeft onder moslims in Nederland is niet goed te beoordelen, met name doordat het begrip sharia veel verwarring oproept. Het beeld bestaat dat sharia synoniem is aan lijfstraffen en vrouwenonderdrukking. Sharia betekent echter ook geloofsregels. Uit de hoofdstukken over kerkgenootschappen blijkt dat er voor religieuze gemeenschappen ruimte is om af te wijken van hetgeen maatschappelijk gebruikelijk is. Zo is het in de RKK onmogelijk om als vrouw tot diaken gewijd te worden. Toch wordt dit, wat men ook van het standpunt vindt, geaccepteerd door de Nederlandse rechter als een uitvloeisel van de godsdienstvrijheid. De scheiding tussen kerk en staat in Nederland houdt in dat islamitische geloofsgemeenschappen op eenzelfde wijze benaderd moeten worden. Als binnen de moskeeorganisatie vrouwen een andere rol hebben dan mannen, volgt daar vaak een discussie op over de gelijkheid van man en vrouw. Los van de vraag wat men van de andere behandeling vindt, is het belangrijk om te beseffen dat pluriformiteit inherent is aan de democratische samenleving en dat afwijkende gebruiken daar een onderdeel van zijn.

⁵⁰⁵ Buitelaar 2006, p. 29.

⁵⁰⁶ R. Peters, ‘Fiqh. Rechtswetenschap’, in: J. Waardenburg (red.), *Islam, norm, ideaal en werkelijkheid*, Houten: Fibula 2000, p. 146.

8 Moskeeorganisaties⁵⁰⁷

8.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn algemene leerstukken zoals de verhouding tussen kerk en staat, de godsdienstvrijheid en de autonomie van kerkgenootschappen aan de orde gekomen. Het beginsel autonomie in eigen kring heeft de afgelopen decennia hernieuwde belangstelling gekregen. Hoewel er de laatste jaren strengere eisen worden gesteld aan de uitvoering van de autonomie, wordt de autonomie van kerkgenootschappen al vele jaren geaccepteerd.

Ten aanzien van de aanhangers van relatief nieuwe godsdiensten in Nederland klinkt steeds vaker de roep om aanpassing aan de Nederlandse cultuur. De klassieke invulling van de Nederlandse scheiding tussen kerk en staat gebiedt echter een gelijke behandeling van godsdiensten. Het is niet juist dat er met twee maten gemeten wordt en dat op het oog minder ruimte aan moskeeorganisaties toekomt. Ook voor moskeeorganisaties geldt echter dat zij aan bepaalde criteria moeten voldoen, om een eigen autonomie te handhaven. Zij moeten aansluiten bij de scheiding tussen kerk en staat, een transparante organisatiestructuur hebben, een eigen statuut hebben en –gesteld dat ze een eigen rechtsgang hebben- voldoende processuele waarborgen bieden aan hun leden. Het is van belang om hierin de eisen die aan klassieke kerkgenootschappen gesteld worden, in acht te blijven houden. Kerkgenootschappen moeten de elementaire rechtsbeginselen in acht nemen, maar ook in kerkgenootschappen is de organisatiestructuur niet altijd even transparant. In dit hoofdstuk wordt bezien in hoeverre de organisatiestructuur van de islam in Nederland aansluit op deze scheiding tussen kerk en staat.

In dit rapport is niet getracht een uitputtend overzicht te geven van de verschillende stromingen binnen de islam en de wijze waarop de diverse stromingen zich georganiseerd hebben. Er zijn in Nederland vele stromingen van de islam vertegenwoordigd die allemaal verschillende interpretaties hanteren van de islam. “Moslims hebben in de loop der tijd en per plaats sterk uiteenlopende opvattingen ontwikkeld over wat islam, onderwerping aan de ene almachtige God die zich voor het laatst aan de profeet Mohammed heeft geopenbaard, voor hen inhoudt.”⁵⁰⁸ Er bestaan dus grote onderlinge verschillen ten aanzien van de kern van het geloof, die zich hebben geopenbaard in het ontstaan van verschillende stromingen.⁵⁰⁹ Deze uiteenlopende interpretaties hebben ook grote gevolgen voor de toepassing van islamitische gebruiken en de naleving van geloofsregels.⁵¹⁰ Dit hoofdstuk is er op gericht een beschouwing van moskeeorganisaties te geven vanuit algemene beginselen zoals de verhouding tussen

⁵⁰⁷ Vanwege het korte tijdsbestek van dit onderzoek kan dit hoofdstuk niet anders dan een eerste verkenning zijn.

⁵⁰⁸ Buskens 2004, p. 120.

⁵⁰⁹ Landman 1992. Zie ook: Van Heelsum, Fennema & Tillie.

⁵¹⁰ Voor de beschrijving van de sharia als rechtsregels is gebruik gemaakt van: Berger 2006 (Klassieke sharia en vernieuwing). Berger 2006 (Islam tussen recht en politiek) 2006. Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006. Voor de beschrijving van de organisatiestructuur van moskeeorganisaties en de geschilbeslechting zijn gesprekken gevoerd met vertegenwoordigers van islamitische organisaties en met islamitische juristen.

kerk en staat in Nederland en de eventuele knelpunten hierin. Deze knelpunten hoeven echter niet ten aanzien van iedere islamitische groepering te gelden.

In dit hoofdstuk volgt in paragraaf twee een beschrijving van de verhouding tussen kerk en staat in de islam. In paragraaf drie komt de organisatiestructuur van moskeeorganisaties aan de orde. Paragraaf vier vormt een weergave van de gesprekken die gevoerd zijn met vertegenwoordigers van de islam in Nederland. In die gesprekken is uitvoerig aan de orde gekomen wie er in moskeeorganisaties bevoegd is tot het nemen van besluiten en of er sprake is van een vorm van interne geschilbeslechting is, zoals dit bij de traditionele kerkgenootschappen het geval is. Ten slotte zal in paragraaf zes getracht worden een afbakening van de kerkelijke zaak in moskeeorganisaties te formuleren.

8.2 De verhouding tussen kerk en staat in de islam

Er bestaat discussie over de vraag of de islam een scheiding tussen kerk en staat kent. Deze discussie wordt hier echter buiten beschouwing gelaten.⁵¹¹ In deze paragraaf staat centraal hoe vertegenwoordigers van de islam in Nederland de scheiding tussen kerk en staat in Nederland ervaren.

Een aantal gesprekspartners is van mening dat de scheiding van kerk en staat in Nederland onvoldoende gewaarborgd wordt door de Nederlandse overheid ten opzichte van de islam. Juist na alle gebeurtenissen zoals de aanslagen in de Verenigde Staten en de moord op Theo van Gogh is de islam onderwerp van regulering. Dit hoofdstuk lijkt de juiste plek om te wijzen op de Nederlandse verhouding van kerk en staat die geen strikte scheiding kent, waardoor kerken alles mogen doen op 'hun' terrein, maar veeleer een evenwicht is waarin beide machten een rol spelen bij de instandhouding van dit evenwicht.

Juist indien de islamitische gemeenschap de scheiding van kerk en staat wil waarborgen en de ruimte die hen toekomt wil benutten, dient men de aangelegenheden die men onder religieuze islamitische aangelegenheden schaaft, te reguleren en van goede processuele waarborgen te voorzien. De paradox is dat zolang de scheiding tussen kerk en staat in de islamitische gemeenschappen niet bestaat, de overheid juist geneigd is om de autonomie niet te erkennen en de interne besluitvorming integraal te toetsen.

Er heerst onbekendheid over de manier waarop kerk en staat in elkaar haken. Jarenlang is deze onbekendheid tot uiting gekomen in de discussie over subsidiëring van religieuze en levensbeschouwelijke organisaties. Hedentendage worden vragen gesteld vanuit geheel andere motieven die veeleer liggen op het gebied van algemene veiligheid, zoals: mogen imams uit het buitenland aangetrokken worden? Mogen in religieuze instellingen afwijkende meningen verkondigd worden? Het merkwaardige is dat als dergelijke vragen gesteld zouden worden ten aanzien van de klassieke kerkgenootschappen, de vragen niet meer zouden bestaan. Dat juist bij de islamitische gemeenschappen deze vragen wel worden gesteld, geeft aan hoezeer het debat is verschoven en daardoor van karakter veranderd is. Door dit debat heen wordt een geheel

⁵¹¹ Berger betoogt dat de klassieke islam een scheiding tussen kerk en staat kent, omdat de schriftgeleerden gescheiden functioneerden van de overheid. Berger 2006b, p. 247-253. Van Middelkoop betoogt echter dat de islam geen scheiding tussen kerk en staat kent, omdat de islamitische wetten geen onderscheid maken tussen religieus recht en wereldlijk recht. Van Middelkoop 2003-38.

ander debat gevoerd over de vraag hoe in de huidige multireligieuze samenleving de algemene veiligheid gegarandeerd kan worden. Het is daarom van belang om de vragen zuiver te stellen en de islamitische gemeenschappen vanuit het oogpunt van geloofsgemeenschappen te beschouwen.

De scheiding betekent ook ten opzichte van de christelijke kerkgenootschappen dat een kerkgenootschap op kerkelijk terrein soms beperkt wordt in de uitoefening van bevoegdheden. Een voorbeeld hiervan is de zaak Bausch, waarin de rechter van oordeel is dat een kerk ook op kerkelijk terrein onrechtmatig kan handelen. De scheiding tussen kerk en staat betekent voor de kerkgenootschappen een eigen autonomie, waar niet in strijd met fundamentele regels van dwingend recht gehandeld mag worden. De rechter grijpt in, als de processuele waarborgen te gering zijn en als de fundamentele beginselen van de rechtsorde aangetast worden. Het is aan de religieuze instellingen zelf om deze waarborgen goed op orde te hebben. Er bestaat in Nederland dus geen waterdichte scheiding tussen kerk en staat.

Enerzijds zou gezegd kunnen worden dat bij islamitische organisaties eerder ingegrepen wordt, maar anderzijds is dit een gevolg van de wijze waarop de traditionele kerkgenootschappen aansluiten bij de verhouding tussen kerk en staat in Nederland en hebben gereageerd op de verhouding die is ontstaan.

Voorwaarde voor een sterke positie van moskeeorganisaties ten opzichte van de staat, is dat ze organisatorisch sterk zijn en de wil hebben om deel te nemen aan de verhouding tussen kerk en staat. Voor een sterke structuur is tevens een theologische autoriteit die bindende beslissingen kan nemen van belang, zodat de overheid weet waar het zwaartepunt van een geloof ligt en waar de gehele organisatie zich achter schaart. Op die manier kan een moskeeorganisatie voorkomen dat er te veel wordt ingegrepen op het religieus terrein van de moskeeorganisatie en weet de overheid ook waar de grenzen liggen. Het is niet wenselijk dat een organisatie vanuit een onduidelijke organisatiestructuur een eigen ruimte zonder overheidsinmenging heeft.

De verwarring rond het begrip scheiding tussen kerk en staat wordt mede gevoed door de manier waarop de verhouding tussen kerk en staat is vormgegeven in de landen van herkomst. Zo heeft Turkije een sterk seculier karakter, wat inhoudt dat er geen religieuze tekens in het openbaar gedragen mogen worden. Ook mag in Turkije geen politiek bedreven worden op religieuze grondslag, zoals blijkt uit de vele ontbindingen van de Turkse Refah Partisi die telkens weer de grenzen van de toepassing van sharia opzoekt. Verwarrend is dat ondanks dit seculiere karakter de imams in Turkije in overheidsdienst zijn.

In weer andere islamitische landen is bijvoorbeeld islamitische wetgeving opgenomen in de wetgeving van de staat. Dit veronderstelt dat die landen geen scheiding van kerk en staat kennen, omdat de religieuze wetten voor alle onderdanen gelden. Religie wordt daarmee tot staatsaangelegenheid verheven. Het komt wel vaker voor dat religieuze normen in de nationale wetgeving worden geïncorporeerd, zoals in Nederland bijvoorbeeld de scheiding van tafel en bed. Dat is echter incidenteel en niet vergelijkbaar met de situatie waarin onderdelen van de sharia integraal onderdeel vormen van de wetgeving en aldus voor alle burgers gelden.

Voor toepassing van de sharia geldt in Nederland dat hier de grens getrokken moet worden. Religieus recht is niet van toepassing op alle onderdanen in Nederland. Religieus recht behoort hier in Nederland slechts te gelden voor de leden van kerkgenootschappen en moskeeorganisaties en slechts voor zover het niet in strijd is met fundamentele regels van dwingend recht. Terzijde zij vast opgemerkt dat via het IPR

onder voorwaarden toch elementen van een vreemd wetboek, waarin aspecten van de sharia zijn verwerkt toepassing en erkenning in Nederland kunnen krijgen.⁵¹²

Er bestaat derhalve nog veel onduidelijkheid over de verhouding tussen kerk en staat in Nederland. In hoofdstuk 1 blijkt dat deze onduidelijkheid niet enkel bestaat in islamitische kringen, maar dat dit leerstuk ook in de Nederlandse politiek aan veel discussie onderhevig is. In deze discussie staat veelal de islam centraal, waardoor het beeld ontstaat, dat juist aan die godsdienst beperkingen worden opgelegd. Dit is strijdig met de gelijke behandeling van godsdiensten.

8.3 Organisatiestructuur moskeeorganisaties

Een moskee is “een voor het islamitisch gebed ingerichte ruimte waar een islamitische gemeenschap zowel voor het vrijdagsgesbed als voor dagelijkse gebeden bijeenkomt.”⁵¹³

De moskee dient in de eerste plaats als gebedsruimte, waarin men voor het door de islam voorgeschreven rituele gebed, *salât*, samenkomt. De *salât* kan in principe overal verricht worden, met uitzondering van de vrijdaggebeden, waarvoor men samenkomt in de moskee. Het vrijdaggebed is een moskeedienst die op vrijdag in de plaats komt van het middaggebed en waarin een preek wordt gehouden. Op deze dag wordt de moskee doorgaans dan ook druk bezocht. Ook in de vastenmaand, tijdens het offerfeest en op andere islamitische feestdagen speelt de moskee als ontmoetingsplek een belangrijke rol. Naast deze religieuze bijeenkomsten fungeert de moskee als plek waar godsdienstonderwijs wordt gegeven. De religieuze bijeenkomsten en het godsdienstonderwijs zijn de twee traditionele en meest belangrijke activiteiten in de moskeeorganisaties. Daarnaast fungeren moskeeorganisaties in Nederland als ontmoetingsplaats waar ook sociale en culturele activiteiten ontplooid worden.⁵¹⁴ De moskeeorganisaties zijn vaak in de kern een religieuze organisatie, waaromheen sociale organisaties fungeren. Te denken valt hierbij aan een jongerenorganisatie of een vrouwenorganisatie zoals Milli Görüş die kent.

8.3.1 Rechtspersoonlijkheid

Indien moslims zich in Nederland vestigen en als organisatie rechtspersoonlijkheid willen hebben, dienen zij een rechtsvorm aan te nemen waarvan het Nederlandse recht de rechtspersoonlijkheid erkent of toekent. De islamitische organisaties kunnen in Nederland kiezen voor de stichting, vereniging of het kerkgenootschap als juridische vorm.⁵¹⁵ Indien men zich als kerkgenootschap zou willen organiseren, geniet men een grote organisatievrijheid, waardoor eventueel zelfs een van de organisatiestructuren uit het islamitische recht model zou kunnen staan. Voor een kerkgenootschap gelden immers geen oprichtingsvereisten en de theologische uitgangspunten mogen de grondslag vormen voor de organisatiestructuur. De definitie die Duynstee van het kerkgenootschap geeft, geldt tot op heden nog als uitgangspunt: “Een kerkgenootschap is een blijvende vereniging van personen, welke zich de gemeenschappelijke godsverering van haar leden, op de grondslag van gemeenschappelijke godsdienstige

⁵¹² Zie hoofdstuk 9.

⁵¹³ Landman (diss.) 1992, p. 43.

⁵¹⁴ Landman (diss.) 1992, p. 56-66.

⁵¹⁵ Landman (diss.) 1992, p. 66-67. Aldus ook Waardenburg 2001, p. 29 en Van der Ploeg (kerken in het privaatrecht) 2004, p. 123-136.

opvattingen ten doel stelt.”⁵¹⁶ De vraag is echter of de sharia eigen organisatiestructuren als mogelijkheden biedt.

8.3.2 Rechtspersonen in het islamitische recht

Het eigen religieus recht dat de islam heeft, noemt een aantal instellingen waarin moslims zich kunnen organiseren. Die organisatievormen zijn er op gericht dat de islamitische *umma*, de gemeenschap van gelovigen, als een religieus-politieke eenheid functioneert. De politieke leiders binnen die organisatie zijn verantwoordelijk voor de naleving van de sharia, het islamitische recht, zowel op religieus als op maatschappelijk terrein. Politiek en religie zijn met elkaar vervlochten. In deze organisatiestructuren dringt de scheiding tussen kerk en staat dus niet door, omdat de organisaties de naleving van de islamitische regels in de maatschappij ten doel hebben. Een dergelijke organisatie die er op gericht is om naleving van de religieuze wetten in de maatschappij te bewerkstelligen, zal in strijd komen met de verhouding tussen kerk en staat in Nederland. Een ieder is in Nederland aan dezelfde neutrale regels onderworpen. Religieuze regels gelden slechts in beperkte kring, omdat Nederland een sterke vorm van rechtspluralisme niet kent.⁵¹⁷

De sharia kent geen bestuursvorm voor een moskeeorganisatie in een niet-islamitisch land. Dit heeft allereerst te maken met het feit dat de sharia gericht is op de gemeenschap der gelovigen en daardoor weinig regels bevat ten aanzien van instituties. Ten tweede heeft het te maken met het feit dat de sharia uitgaat van het leven in een gebied waar de islam overheerst. Het verblijf in een gebied waar de islam niet overheerst dient slechts van tijdelijke aard te zijn.⁵¹⁸

De sharia laat hier dan ook een leegte, omdat de gelovige moslims geen organisatievorm hebben voor een land waar de islam niet overheerst. Bovendien kunnen de rechtspersonen die in islamitische landen gebruikt worden, niet volstaan, omdat die in strijd zouden komen met de verhouding tussen kerk en staat. Zij zijn immers gericht op de naleving van de religieuze regels in de maatschappij.

8.3.3 Vereniging of stichting

De meeste moskeeorganisaties en andere islamitische organisaties hebben in Nederland gekozen voor de rechtsvorm van stichting of vereniging. Slechts een zestal islamitische organisaties heeft ervoor gekozen om zich te laten registreren als kerkgenootschap. Deze registratie had echter slechts als doel om erkenning te krijgen als religieuze organisatie. De organisaties waren al georganiseerd als vereniging of stichting en genieten dan ook rechtspersoonlijkheid als vereniging of stichting.⁵¹⁹ Het is niet mogelijk om beide vormen van rechtspersoonlijkheid te hebben: kerkgenootschap en vereniging.⁵²⁰

De moslims hier te lande zijn afkomstig uit verschillende landen. Het is opvallend dat de islam en de islamitische wetgeving in die landen op uiteenlopende

⁵¹⁶ Duynstee 1935, 1935, p. 15.

⁵¹⁷ Santing-Wubs 2002, p. 66-71.

⁵¹⁸ Buskens 2004, p. 124-125.

⁵¹⁹ Gesprekken met islamkenners

⁵²⁰ Van der Ploeg 2004 (kerken in het privaatrecht), p. 123-136.

manieren is vormgegeven. Een groot deel van de moslims in Nederland is afkomstig uit Turkije. Dit land gaat uit van het secularisme, een sterke scheiding tussen kerk en staat. Toch heeft de overheid een groot aandeel in de bevordering van een bepaalde stroming binnen de islam. Religieuze voorgangers zijn in dienst van de overheid en moskeeorganisaties worden beheerd door een staatsorgaan. In Marokko worden eveneens de moskeeorganisaties gedomineerd door het wereldlijke gezag. In Suriname kent men soortgelijke rechtspersonen als in Nederland, zoals de stichting, doordat het recht daar gestoeld is op het Nederlandse Burgerlijke Wetboek. De Surinaamse moskeeorganisaties hebben dus te maken met rechtspersonen die hen vertrouwd zijn en kunnen hun organisatorische structuur in Nederland veelal behouden. De uiteenlopende organisatiestructuren uit de diverse landen, zijn in de Nederlandse organisatiestructuren terug te zien.

De meeste Surinaamse moskeeorganisaties worden beheerd door een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Er ontstaan binnen de Surinaamse moskeeorganisaties regelmatig bestuursconflicten, vanwege een slecht functionerende juridische structuur. De Marokkaanse moskeeorganisaties worden beheerd door een plaatselijk autonome organisatie, waarbij ongeveer even vaak voor een stichting als voor een vereniging is gekozen. Voor de Marokkaanse moskeeorganisaties geldt nog sterker dan voor andere, dat de keuze van een juridische vorm weinig zegt over de feitelijke besluitvorming. Men gebruikt de rechtspersoon vaak enkel om rechtshandelingen te verrichten en er bestaat intern, ook onder bestuursleden, veel onduidelijkheid over formulering van de doelstellingen en organisatiestructuur in de statuten. Er bestaan veel ongeschreven regels in de Marokkaanse moskeeorganisaties. Dit betekent niet automatisch dat de moskeeorganisaties slecht functioneren, maar het leidt er wel toe dat conflictsituaties lastig opgelost kunnen worden. Voor de Turkse moskeeorganisaties geldt eigenlijk hetzelfde. Ze zijn vaak opgericht met statuten die niet goed bij de praktijk aansloten. Aanvankelijk was er ook geen voorkeur voor een stichting of vereniging. Op den duur wilde men echter sterkere organisaties, omdat er concurrentie ontstond tussen de verschillende stromingen binnen de Turkse islam in Nederland. Die concurrentie gaat men aan door stichtingen op te richten die aan overkoepelende organisaties verbonden zijn, zodat de moskeeorganisaties niet door middel van bestuursverkiezingen door een andere stroming kunnen worden overgenomen.^{521 522}

De Marokkaanse moskeeorganisaties zijn veelal als vereniging georganiseerd. Het zijn plat georganiseerde verenigingen, waarin de leden veel zeggenschap hebben. In tegenstelling tot christelijke kerkgenootschappen, heeft de imam geen zeggenschap, tenzij hij zelf ook bestuurslid of bestuursvoorzitter is, wat in enkele moskeeën met stichtingsvorm voorkomt. De leden bepalen het beleid en de koers van de moskeeorganisatie.

Turkse moskeeorganisaties zijn juist veelal als stichting georganiseerd, waardoor de achterban minder inspraak heeft. Deze moskeeorganisaties zijn iets meer hiërarchisch. In de Diyanet-stroming heeft het landelijke bestuur bijvoorbeeld veel in te brengen in de plaatselijke moskeeorganisaties. Als men ontevreden is over het functioneren van de imam zal men dit bij het bestuur van de landelijke organisatie aangeven.

⁵²¹ Landman 1992, p. 69-72.

⁵²² Voor een beschrijving van de institutionalisering van de islam in Nederland zie: Landman 1992. Zie ook Van Heelsum, Fennema & Tillie 2004.

8.3.4 Moskeeorganisatie als kerkgenootschap

In de gesprekken is uitvoerig aan de orde gekomen of men ten tijde van de oprichting van de moskeeorganisaties bekend was met de rechtspersoon kerkgenootschap.

In veel gevallen is men in de ontstaansfase niet bekend met de Nederlandse organisatiestructuren en dus ook niet met de rechtspersoon kerkgenootschap. Men heeft ten tijde van de oprichting behoefte aan een vastomlijnde bestuursvorm, waarmee men bevoegd is rechtshandelingen te verrichten. Eigenlijk is men ten tijde van de oprichting van de moskeeorganisaties niet bekend met de mogelijkheden van het kerkgenootschap. Men heeft de angst dat er onduidelijkheid zal bestaan in het rechtsverkeer, omdat inschrijving van een kerkgenootschap niet vereist is. Dit is niet onbegrijpelijk als men in ogenschouw neemt, dat de wet voor de oprichting van een kerkgenootschap geen houvast biedt. Slechts in de parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie en de juridische literatuur zijn enkele aanwijzingen te vinden over de vereisten die aan een kerkgenootschap gesteld worden.⁵²³

Een andere reden om niet voor de rechtspersoon kerkgenootschap te kiezen, is dat men de organisatie niet uitsluitend wil profileren als een religieuze instelling. Moskeeorganisaties zijn vaak sociaal-religieuze organisaties en dat wil men ook uitstralen. De kerkgenootschappen in Nederland zijn echter ook niet enkel religieuze organisaties: zij ontplooiën activiteiten op vele gebieden. Een voorbeeld hiervan is de armenzorg of de daklozenopvang.

Tenslotte leeft bij enkelen de opvatting dat een vereniging op godsdienstige grondslag door de rechter op dezelfde wijze behandeld wordt als een kerkgenootschap. Zoals blijkt uit hoofdstuk drie is dit vanuit de grondrechten bezien inderdaad het geval, omdat de rechter de grenzen van de godsdienstvrijheid respecteert. Een kerkgenootschap heeft in het privaatrecht echter wel degelijk een bijzondere positie. Een kerkgenootschap heeft een bijna absolute vrijheid in het creëren van een organisatiestructuur.

De onduidelijkheden over de rechtspersoon kerkgenootschap leiden ertoe dat islamitische organisaties niet op dezelfde wijze kunnen participeren in de Nederlandse samenleving als de meer traditionele kerkgenootschappen. In algemene zin is voor integratie participatie belangrijk. Participatie kan plaatsvinden door gebruik te maken van de democratische rechten, zoals het kiesrecht, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging. Meer in het bijzonder is de rechtspersoon kerkgenootschap een mogelijkheid om in de organisatie de eigen identiteit te behouden en een eigen geschilbeslechting te hebben. Dit alles binnen de grenzen van de openbare orde in Nederland. Op het eerste gezicht lijkt het dat de 'nieuwkomers' enigszins beperkt zijn in de uitoefening van de democratische vrijheidsrechten, omdat zij niet bekend waren met de rechtspersoon kerkgenootschap. Hetzij door onduidelijke wetgeving, hetzij doordat de notaris hen niet op de mogelijkheid van de rechtspersoon kerkgenootschap heeft gewezen.

Het wegnemen van onduidelijkheden over de rechtspersoon kerkgenootschap in Nederland zou er misschien toe kunnen leiden dat islamitische organisaties zich in de toekomst als kerkgenootschap organiseren. Dit zal in de huidige tijd de vraag kunnen oproepen of er misbruik gemaakt zou kunnen worden van het kerkgenootschap, door groeperingen die met een beroep op de islam terroristische acties voorbereiden. Voor dergelijke groeperingen is de rechtspersoon kerkgenootschap niet bedoeld.

⁵²³ Van der Ploeg (kerken in het privaatrecht) 2004, p. 127.

Er bestaan thans voldoende mogelijkheden voor de rechter om in te grijpen. De rechter grijpt in, als hij van oordeel is dat de groepering niet voldoet aan de eisen van een kerkgenootschap, zoals die in hoofdstuk drie aan de orde zijn gekomen.⁵²⁴ Bovendien mag het statuut van een kerkgenootschap niet in strijd zijn met de wet, wat in ieder geval inhoudt dat een kerkgenootschap niet gericht mag zijn op het plegen van strafbare feiten. Langs strafrechtelijke weg bestaan er derhalve voldoende mogelijkheden om uitwassen te bestrijden.

In dit verband is voorts van belang te wijzen op de figuur van de verbodenverklaring in artikel 2:20 BW. Uitzonderingsgevallen kunnen dan langs civiele weg ontbonden worden, indien hun doel en werkzaamheden in strijd zijn met de openbare orde. In dit artikel dient de openbare orde eng uitgelegd te worden: slechts handelingen die inbreuk maken op de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel, kunnen het verbod van een vereniging of een andere rechtspersoon rechtvaardigen.⁵²⁵ Tot op heden is artikel 2:20 BW niet van toepassing op kerkgenootschappen. Zoals besproken in hoofdstuk drie, gaan er echter stemmen op in de literatuur om de uitzonderingspositie in dezen voor kerkgenootschappen af te schaffen. Wilders en Eerdmans hebben in 2004 een wetsvoorstel ingediend om artikel 2:20 BW van toepassing te verklaren op kerkgenootschappen.

Toepassing van het verbodsartikel op kerkgenootschappen, zou een goede manier zijn om uitwassen tegen te gaan, in een maatschappij waarin een veelheid aan godsdiensten vertegenwoordigd is en godsdiensten een ruime mate van vrijheid hebben.⁵²⁶ De verbodenverklaring is enkel gericht op uitzonderingsgevallen. De bepaling kan slechts ingeroepen worden indien elementaire rechtsbeginselen van de samenleving worden aangetast. Dit zou aan de orde kunnen zijn ten aanzien van terroristische groeperingen. In hoeverre toepassing van de sharia aanleiding zou kunnen zijn voor ingrijpen door de Nederlandse rechter, zal aan de orde komen in paragraaf vijf van dit hoofdstuk.

8.3.5 Lidmaatschap

In Nederland is naar schatting een kwart van de moslims lid van een moskeevereniging. Daarbij dient opgemerkt te worden dat niet iedereen behoefte heeft om lid te worden, maar sommigen de moskee wel financieel steunen. Van huis uit is een moslim geen lid van een moskee zoals men lid is van een kerkelijke gemeente. Voor een deel van de moslims geldt dat enkel het gezinshoofd lid is van de moskeeorganisatie, dit zou het kleine percentage dat lid is van een moskeeorganisatie, kunnen verklaren. Het lidmaatschap met een moskeeorganisatie is een tamelijk losse relatie. Moslims zijn met name lid van een moskeeorganisatie, zodat men bij belangrijke familieaangelegenheden bekend is bij de moskee. Het lidmaatschap betekent niet dat men iedere vrijdag dezelfde moskeeorganisatie bezoekt.⁵²⁷ De moslims in Nederland realiseren zich echter steeds meer dat moslim zijn in Nederland niet zo vanzelfsprekend is als in landen van herkomst en dat men zich moet organiseren, indien men iets wil bereiken.⁵²⁸

⁵²⁴ HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173 (Satanskerk). Zie hoofdstuk 3.

⁵²⁵ C.W. de Monchy, *Rechtspersonen. Artikel 2: 20. aantekening 4. Openbare orde.*

⁵²⁶ Santing-Wubs 2002, p. 53-55.

⁵²⁷ Gesprekken met islamkenners.

⁵²⁸ Slomp 2000, p. 345-347.

De moskeeorganisaties die georganiseerd zijn als stichting kennen uiteraard geen leden en de moskeeorganisaties die georganiseerd zijn als vereniging kennen dus veelal een tamelijk los lidmaatschap. Men is moslim door geboorte en een lidmaatschap zal daar niets aan veranderen. Dit heeft gevolgen voor de mogelijkheden van een eventuele tuchtrechtspraak. Voor toepassing van tuchtrechtspraak is immers vereist dat duidelijk is wie zich aan een tuchtregeling onderwerpt. In traditionele kerkgenootschappen is dit gewaarborgd door de opname van de tuchtregeling in het statuut, waaraan de volwassen kerkleden gebonden zijn. Juist het tuchtrecht speelt in protestantse kerken een grote rol in de verruiming van het begrip kerkelijke zaak. Langs een omweg kunnen civiele aangelegenheden kerkelijke aangelegenheden worden, doordat van de kerkelijke instantie een beslissing wordt gevraagd. Een civiele aangelegenheid krijgt een kerkelijk karakter als de aangelegenheid gevolgen heeft voor de persoonlijke relaties binnen een kerkgenootschap.

8.3.6 Besluitvorming

In moskeeorganisaties is het bestuur vaak het orgaan dat de besluiten neemt en het orgaan dat vertegenwoordigingsbevoegd is. In verenigingen speelt uiteraard de achterban ook een belangrijke rol in de besluitvorming. Zo wordt in sommige Marokkaanse moskeeorganisaties na het vrijdagmiddaggebed gestemd over belangrijke aangelegenheden. De imams spelen veelal een minimale rol in de besluitvorming. Hier is een verschil waar te nemen met de kerkgenootschappen zoals die in hoofdstuk vijf aan de orde zijn gekomen. In de traditionele kerkgenootschappen spelen de geestelijken een belangrijke rol in de besluitvorming. In de RKK ligt alle beslisbevoegdheid bij de geestelijken en in de protestantse traditie speelt de ‘beroepsgroep’ van de predikanten bij de kerkelijke besluitvorming een manifeste rol.

De geestelijke autoriteit ontbreekt dus veelal in de besluitvorming van Nederlandse moskeeorganisaties. Een gevolg hiervan is dat in geestelijke aangelegenheden niet altijd een bindende beslissing op tafel kan komen. Veel moskeeorganisaties in Nederland hebben wel een geestelijke autoriteit in het buitenland waar in de statuten naar verwezen wordt. De geestelijkheid speelt dan via de achterdeur wel een rol, maar in Nederland zelf ontbreekt het dan aan een geestelijke autoriteit.

8.4 Interne geschilbeslechting

Uit de gesprekken met vertegenwoordigers uit islamitisch Nederland blijkt dat men in veel situaties een vorm van bemiddeling toepast indien er conflicten ontstaan of problemen rijzen. De mate waarin dit gebeurt is niet precies vast te stellen en de effecten op het aantal zaken dat door een Nederlandse rechter wordt afgedaan zijn ook niet te meten. Feit blijft dat er weinig zaken met een islamitische achtergrond voor de Nederlandse rechter komen.⁵²⁹ Zijn er dan minder conflicten in islamitisch Nederland of wordt alles intern opgelost? Uitvoerig empirisch onderzoek zou tot antwoorden hierop kunnen leiden. Toch zou de redenering dat er minder zaken met een islamitische achtergrond voor de burgerlijke rechter komen doordat er minder conflicten spelen in islamitisch Nederland een te snelle conclusie zijn. Wellicht herkennen bepaalde minderheidsgroepen in de Nederlandse samenleving zich niet in de Nederlandse rechtspraak en voelen zij zich niet door het Nederlandse rechtstelsel vertegenwoordigd.

⁵²⁹ Zie hoofdstuk 4.

In de gesprekken is deze vraag een aantal keren uitvoerig besproken. Alle gesprekspartners gaven aan dat men goed kan functioneren in de Nederlandse rechtsorde en dat de waarden waarvoor zij vanuit de islam staan goed overeenkomen met de waarden en normen zoals die in het Nederlandse rechtstelsel zijn verwoord. Een voorbeeld dat herhaaldelijk in de gesprekken terugkwam is de Nederlandse kinderbijslag die goed aansluit bij de zorgplichten in de islam. Bovendien biedt de Nederlandse contractsvrijheid mogelijkheden om de eigen culturele waarden mee te nemen in overeenkomsten. Voorts werd de testeervrijheid genoemd als een manier waarop islamitische beginselen een rol kunnen spelen in de rechtsverhoudingen op Nederlandse bodem.

Uit de gesprekken met vertegenwoordigers van islamitische organisaties komt naar voren dat er in veel moskeeorganisaties een vorm van bemiddeling wordt gehanteerd in conflicten tussen leden onderling. Te denken valt hierbij aan problemen in familierechtelijke kring, zoals huwelijksproblemen of problemen tussen ouders en hun kind. Anderzijds wordt ook bemiddeling toegepast in meer zakelijke aangelegenheden, zoals een lening die niet afgelost wordt. De imam of het bestuur vervult in dergelijke aangelegenheden een bemiddelende rol. De imam en het bestuur lijken een functie van sociale raadslieden te vervullen, waarin allerlei aangelegenheden een rol kunnen spelen en die zowel kunnen resulteren in een oplossing van het conflict als doorverwijzing naar de Nederlandse hulporganisaties.

Deze vorm van bemiddeling is niet juridisch gereguleerd, er is geen vastomlijnde procedure voor in het leven geroepen. In theorie zijn partijen ook niet gebonden aan de uitkomst van bemiddeling, maar in de praktijk leeft men wel naar de adviezen, omdat men veel waarde hecht aan de opvattingen van de bemiddelaars. In de oplossing van de conflicten wordt gekeken naar de islamitische kaders en mogelijkheden. Men kijkt naar wat juist zou zijn volgens het islamitische geloof. Hierop zou het label sharia geplakt kunnen worden, in die zin dat geloofsregels een rol spelen in de bemiddeling. Gezien de ruis waarmee dat begrip omgeven is, lijkt het op deze plaats beter om van geloofsregels uit de islam te spreken, omdat in de Nederlandse samenleving de sharia veelal geassocieerd wordt met lijfstraffen en onderdrukking van vrouwen en homoseksuelen. Deze onderdelen van de sharia zijn niet aan de orde in de bemiddeling op basis van geloofsregels waarover het hier handelt.

De bemiddeling sluit aan bij de tendens in islamitische landen, waar aan schriftgeleerden steeds vaker een bemiddelende rol wordt gevraagd in conflictsituaties. Men heeft behoefte om te weten hoe een gedraging volgens de sharia gewaardeerd wordt.⁵³⁰

De bemiddeling en de toepassing van geloofsregels in Nederland moet gezien worden in de lijn van de kerkgenootschappen die ook hun interne functioneren laten bepalen door de geloofsleer en die trachten voor hun leden tot conflictoplossingen te komen die stroken met de geloofsopvattingen. Er is echter een groot verschil tussen de bemiddeling in moskeeorganisaties en de geschilbeslechting in de traditionele kerkgenootschappen. De bemiddeling in moskeeorganisaties leidt niet tot een juridisch bindende beslissing, omdat het persoonlijke bemiddeling is. De traditionele kerkgenootschappen hebben een conflictbeheersing vormgeven en hebben procedures in

⁵³⁰ Berger 2006 (Islam tussen recht en politiek), p. 150.

het leven geroepen die tot een bindende uitspraak leiden. De rechter kan de uitspraak slechts marginaal toetsen.

Een overeenkomst is dat de interne geschillen en conflictoplossingen in de traditionele kerkgenootschappen grotendeels niet traceerbaar zijn. De PKN maakt de interne rechtspraak ten aanzien van geschillen in geanonimiseerde vorm openbaar, maar het tuchtrecht blijft geheim. De rechtspraak van de RKK is in zijn geheel moeilijk te traceren. Toch is de rechtspraak in de kerkgenootschappen transparant gemaakt, doordat de procedures duidelijk omschreven zijn. De eisen van eerlijk proces die de rechter stelt, zijn in de meeste kerkgenootschappen ter harte genomen en op enige wijze verwerkt in het statuut. De rechter accepteert dan ook de geslotenheid van de rechtspraak, indien deze met voldoende waarborgen is omkleed. Ook hier is nog een aantal knelpunten aan te wijzen, maar in principe sluiten deze kerkgenootschappen nauw aan bij de verhouding tussen kerk en staat zoals Nederland die kent. De kerken genieten een eigen autonomie, met een eigen geschillenbeslechting ten aanzien waarvan de overheidsrechter slechts een marginale grensrechter is. Er kan derhalve in de verhouding tussen kerk en staat gesproken worden van twee erven waar een ieder de eigen autonomie heeft. Er is echter geen waterdichte scheiding, omdat beide instituties zich op elkaars terrein begeven. De kerk trekt kerkelijke zaken naar zich toe, zoals de geestelijke bediening van mensen en zaken die daaruit voortvloeien, zoals de armenzorg. De burgerlijke overheid grijpt in als de kerk onzorgvuldig met de autonomie omgaat.

Moskeeorganisaties hebben nog geen sterke autonome positie verworven, omdat niet precies duidelijk is met welke aangelegenheden de moskeeorganisatie zich bezighoudt. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk of er ook bemiddeld wordt in zaken die in beginsel tot het domein van de burgerlijke rechter behoren. Dit is geen groot probleem, omdat het niet om een gejuridiseerde vorm van bemiddeling handelt. De sociale druk kan wel groot zijn, om enkel een oplossing van de imam af te wachten en niet naar de burgerlijke rechter te kunnen gaan. Indien de druk groot is om zaken intern op te lossen, zou een juridische procedure met voldoende waarborgen gewenst zijn, om de moslims voldoende rechtsbescherming te kunnen bieden. Indien aan deze voorwaarden zou worden voldaan, zouden aangelegenheden inderdaad intern, met inachtneming van de geloofsregels, bindend opgelost kunnen worden. Zolang dit niet gebeurt, worden islamitische zaken die voor de Nederlandse rechter komen in zijn volledigheid getoetst.

Opvallend is dat in islamitische kringen erg terughoudend gereageerd wordt op de vraag of sharia een rol speelt in moskeeorganisaties. De geïnterviewden waren unaniem in het antwoord dat moslims dienen te leven naar de wetten van het land waarin zij wonen en dat toepassing van de sharia niet wenselijk zou zijn. Naarmate de gesprekken vorderden, bleek dat er wel vormen van bemiddeling plaatsvinden in de moskeeorganisaties. Bij deze bemiddeling speelt de islam wel een rol. Er wordt gezocht naar een voor de islam aanvaardbare oplossing. Kan dan gesproken worden van toepassing van de sharia? Deze grenzen zouden via grondig empirisch onderzoek opgezocht moeten worden. Indien men onder toepassing van de sharia verstaat dat het een vorm van islamitisch leven is, zou men kunnen stellen dat de sharia wordt toegepast. Daarbij moet men in de eerste plaats denken aan geloofsregels en niet aan de sharia zoals die in sommige landen op staatsniveau wordt toegepast.

8.5 Religieuze aangelegenheid

In hoofdstuk vijf blijkt dat het begrip kerkelijke aangelegenheid moeilijk is af te bakenen ten aanzien van reeds lange tijd gevestigde kerkgenootschappen, omdat de kerkelijke en wereldlijke zaken ook daar soms door elkaar lopen. In deze paragraaf zal getracht worden om het begrip kerkelijke zaak in het licht van moskeeorganisatie een kader te geven. Hiertoe zullen enkele voorbeelden van geloofsregels gezien worden. Alvorens hiertoe over te gaan, worden enkele algemene knelpunten omschreven.

Moslims willen naar de regels van het geloof leven. Sommigen noemen dit: 'leven naar de sharia'. In deze context is het sharia-begrip erg persoonlijk. Een ieder brengt een rangorde aan in de veelheid van religieuze regels waarnaar men zou kunnen leven. De bemiddeling op basis van islamitische geloofsregels in moskeeorganisaties speelt zich af op dit persoonlijk niveau. Een eerste knelpunt is dat het op het niveau van de individu of de moskeeorganisatie, ontbreekt het aan een dwingende theologische autoriteit, die bepaalt welke geloofsregels worden toegepast, waardoor het sharia-begrip moeilijk is in te kaderen. Dit persoonlijke sharia-begrip is van geheel andere aard dan het sharia-begrip in nationale wetgevingen. In een islamitisch land bepaalt de overheid welke sharia-regels worden vastgelegd in de nationale wetgeving en legitimeert daarmee de geloofsregels. De keuze voor de geloofsregels is dan al gemaakt en biedt de jurist enige houvast. De individuele plichtenleer is echter te uiteenlopend om als statuut te kunnen gelden.

Een tweede knelpunt is dat de sharia geen onderscheid kent tussen wereldlijk en religieus recht. De religieuze regels in de sharia beslaan alle facetten van de samenleving en zijn er op gericht om in de gehele samenleving te gelden. De sharia is derhalve niet ingericht op een eigen terrein in een samenleving waarin kerk en staat gescheiden is. De sharia zou niet kunnen gelden als een kerkelijk statuut, omdat bepaalde rechtsgebieden zijn voorbehouden aan de regelgevende bevoegdheden van de staat, zoals het strafrecht en het staatsrecht. De kerkgenootschappen zijn private rechtspersonen, met een eigen privaatrechtelijke autonomie.

Een derde knelpunt is dat de islam in de landen van herkomst ook op overheidsniveau een belangrijke rol heeft. De imams in Turkije zijn ambtenaren in overheidsdienst. In Marokko is de personen- en familiewetgeving op de sharia gestoeld. Via de beginselen van het IPR heeft dat tot gevolg dat bij de toepassing ervan die sharia-aspecten ook in de Nederlandse samenleving terugkomen, tenzij de openbare orde toepassing verbiedt. Dit zal aan de orde komen in hoofdstuk 7.

Het is lastig om bij de verhouding tussen kerk en staat in Nederland aan te sluiten, als deze erg verschilt met de verhouding in het land van herkomst.

8.5.1 Inleiding

Geloofsregels die tot uitdrukking kunnen komen in het recht zijn bijvoorbeeld het sluiten van een renteloze lening, een testament waarin religieuze invloeden zijn vastgelegd, of een overeenkomst, waarin een aantal geloofsideoën een rol speelt. De mate waarin geloofsregels weerklank vinden in het recht, is erg moeilijk in te schatten, omdat de religieuze invloeden niet altijd uit overeenkomsten gedestilleerd kunnen worden. Een dergelijke toepassing van 'de' sharia zou echter zeker stroken met de

huidige Nederlandse rechtsorde, omdat het een vorm van rechtspluralisme is, waar het Nederlandse rechtstelsel en met name het privaatrecht de ruimte toe biedt⁵³¹

Mochten dergelijke onderdelen van de sharia ook toepassing vinden in moskeeorganisaties in het maatschappelijk middenveld, dan zou dat een vorm van soevereiniteit in eigen kring zijn die aansluit bij de huidige Nederlandse rechtsorde. In hoofdstuk drie blijkt dat kerkelijke zaken met name die aangelegenheden zijn die de organisatie betreffen en die de theologische achtergrond van de kerk betreffen. Daarnaast kunnen er via een omweg vele burgerlijke aangelegenheden in de kerk een rol gaan spelen, doordat van de kerk een beslissing wordt verwacht ten aanzien van de persoonlijke verhoudingen in een conflict. De kerk raakt langs die weg – gewild of ongewild – in het conflict betrokken dat in beginsel slechts een civielrechtelijke grondslag had.

8.5.2 Huwelijksrecht

In hoofdstuk drie blijkt dat de kerkelijke rechters van de RKK zich met name met het huwelijksrecht bezighouden. Een duidelijke kerkelijke zaak is derhalve de kerkelijke huwelijksluiting. Islamitisch huwen, is een eerste afbakening van de autonomie van moskeeorganisaties. Een voorwaarde is dat er eerst een burgerlijk huwelijk wordt gesloten, die voldoet aan de voorwaarden zoals die in het Burgerlijk Wetboek zijn neergelegd. In sommige islamitische kringen is de sociale druk om te huwen erg groot. Het is strafrechtelijk verboden om eerst een kerkelijk huwelijk te sluiten voor het burgerlijk huwelijk. Toch blijkt uit gesprekken dat het in bepaalde islamitische kringen wel voorkomt dat men enkel voor de imam trouwt, om de sociale druk weg te nemen. Dit zou de grens van het begrip kerkelijke zaak overschrijden, omdat het statuut niet in strijd mag zijn met de strafwet.

In de Koran staat beschreven dat een man met maximaal vier vrouwen tegelijk gehuwd mag zijn, mits hij de middelen heeft om de vrouwen gelijkelijk en billijk te behandelen. Dit is dus een recht van de man dat in de klassieke islam beschreven staat. Polygamie is echter niet in iedere stroming van de islam toegestaan en niet ieder islamitisch land staat polygamie toe. Er is ook een passage in de Koran die beschrijft dat gelijke behandeling van de vrouwen onmogelijk is. Deze passage wordt wel als argument gebruikt door tegenstanders van polygamie.⁵³² Het is echter in Nederland niet toegestaan om een polygaam huwelijk te sluiten, ook niet als dit een religieus gebruik is en de huwelijksvoltrekking in een moskeeorganisatie plaatsvindt. Met andere woorden: een polygaam huwelijk zou de grenzen van het begrip kerkelijke zaak te buiten gaan. De grens ligt immers daar waar de strafwet of de openbare orde in het geding is.

8.5.3 Zakelijke geschillen

In beginsel zijn zakelijke geschillen civiele aangelegenheden die in het uiterste geval voor de civiele rechter tot een oplossing gebracht zouden moeten worden. Zakelijke geschillen kunnen echter ook leiden tot een kerkelijke zaak. In de PKN spelen bijvoorbeeld pachtzaken een rol, waarin de grond enkel aan leden van de kerk

⁵³¹ Zie hoofdstuk 4.

⁵³² Berger 2006 (Klassieke Sharia en vernieuwing), p. 39.

(doopleden of belijdende leden) verpacht wordt. De PKN lost geschillen dienaangaande bindend op. Bovendien wordt er in enkele protestantse kerken een oplossing van de kerkenraad gevraagd in conflicten, waarbij het voor kan komen dat een kerkenraad een besluit neemt over het geschil, om de persoonlijke problemen tot een oplossing te brengen. Er wordt dan niet snel naar de rechter verwezen, omdat men via onderling overleg tot een oplossing tracht te komen. Pas indien een aangelegenheid een lange tijd duurt en er een juridisch bindende oplossing nodig is, zal de rechter ingeroepen worden. Een situatie waarin twee moslims uit een moskeeorganisatie elkaar renteloos geld lenen, zou ook kunnen ontaarden in een kerkelijke zaak. Met name als het een zogeheten islamitische lening is, waar geen rente wordt bedongen. Als een van beiden niet betaalt, is dit een aangelegenheid die voor de burgerlijke rechter afgedwongen kan worden. De moskee zou hierin echter een rol kunnen spelen, voor zover het gaat om de onderlinge verhoudingen. In de praktijk blijken imam en bestuur te bemiddelen in dergelijke zakelijke conflicten. Indien de moskeeorganisatie zelf een islamitische lening verstrekt aan leden van de moskeeorganisatie en er een geschil ontstaat, zou dit geschil ook in de moskeeorganisatie tot een oplossing gebracht kunnen worden. De moskeeorganisatie zou een procedure in het leven kunnen roepen ten aanzien van de gevolgen van het niet terugbetalen van de lening. Afdwingen van terugbetalen is echter een burgerlijke rechtsvordering die slechts bij de burgerlijke rechter kan worden ingediend. De moskeeorganisatie zou de leden niet mogen afhouden van de gang naar de rechter in een vordering tot terugbetaling van de lening.

8.5.4 Tuchtrechtspraak

In kerkgenootschappen wordt soms tuchtrechtspraak toegepast. De tuchtrechtspraak in kerkgenootschappen is vooral op naleving van de leer van de kerk gericht en op het voorkomen van handelingen die in de kerk afkeurenswaardig worden geacht. Een tuchtrechtelijke maatregel kan uiteenlopen van een berisping, niet deelnemen aan sacramenten en kerkelijke ambten en bijvoorbeeld uitsluiting van het avondmaal.⁵³³ Dit tuchtrecht kan raken aan het Nederlandse strafrecht, maar treedt daar niet voor in de plaats. De sharia kent geen tuchtrecht dat in een moskeeorganisatie in Nederland kan worden toegepast. De klassieke sharia bevat wel een aantal strafbepalingen, maar voor deze strafbepalingen is tekenend dat ze in Nederland onder het statelijke recht vallen. Het is in Nederland immers aan het openbaar ministerie overgelaten om tot de vervolging van strafbare feiten over te gaan. De zogenaamde *hadd*-misdrijven die de Koran kent, kunnen geen toepassing vinden in de Nederlandse rechtsorde, omdat in Nederland de Nederlandse strafwet geldt. Deze straffen zouden niet naast het Nederlandse strafrecht als tuchtrecht kunnen bestaan, omdat ze niet zijn gericht op handhaving van de groep en verkondiging van de leer, maar op vergelding. Het principe van de vergelding is aan de overheid voorbehouden.

8.5.5 Arbeidsrecht

Bij de traditionele kerkgenootschappen is te zien dat de geestelijken in een bijzondere rechtsverhouding tot de kerkgenootschappen staan en onder het eigen kerkelijke recht vallen, waardoor het arbeidsrecht bij voorkeur niet van toepassing is. Het arbeidsrecht

⁵³³ Santing-Wubs 2002, p. 141-148

wordt door kerkgenootschappen als een kerkelijke zaak door het eigen kerkelijke recht geregeld, hoewel dit onderdeel van de eigen autonomie wel aan discussie onderhevig is, zoals in het voorgaande hoofdstuk beschreven.

In moskeeorganisaties is de rechtpositie van de imam anders geregeld. Hoewel moskeeën vanuit de godsdienstvrijheid ook een eigen rechtsverhouding in het leven zouden mogen roepen tussen de geestelijken en de moskeeorganisaties, blijkt dat imams veelal juist op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Er zijn veel imams werkzaam op basis van een onkostenvergoeding, omdat de achterban de kosten moet betalen. Er is niet zozeer sprake van een 'eigen' rechtsverhouding, omdat veel imams juist een arbeidsovereenkomst hebben, met de moskeeorganisatie of het overkoepelende orgaan.

8.6 Conclusie

In hoofdstuk 4 van dit rapport blijkt dat de sharia op een aantal terreinen al een rol speelt in het Nederlandse rechtstelsel. Hierbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de sharia zoals die in sommige nationale rechtstelsels is verankerd en via het IPR zijn weerslag vindt in de Nederlandse rechtsorde en anderzijds de sharia als geloofsleer, die voor veel moslims een manier is om hun geloof te belijden. Indien gepleit wordt voor toepassing van de sharia, kan dit betoog op vele manieren bedoeld zijn. De een bepleit daarmee een afzetten tegen de maatschappij en de ander pleit voor een maatschappelijke rol voor de sharia. Twee totaal verschillende begrippen, om nog maar te zwijgen over de inhoudelijke verschillen die spelen.

In dit hoofdstuk staat de rol van de sharia in moskeeorganisaties centraal. Het blijkt dat moskeeorganisaties veelal georganiseerd zijn volgens Nederlandse modellen voor rechtspersonen, namelijk de vereniging of de stichting. De organisaties zijn echter niet sterk georganiseerd, omdat de statuten niet altijd aansluiten bij de daadwerkelijke interne procedures. De moskeeorganisaties zijn vaak losse verbanden en het ontbreekt veelal aan een theologische autoriteit. Hierdoor is de religieuze richting van een moskeeorganisatie voor buitenstaanders moeilijk te ontdekken.

Er wordt in de traditionele kerkgenootschappen anders over de verhouding tussen kerk en staat gedacht dan in moskeeorganisaties. In kerkgenootschappen wordt bepleit dat de verhouding tussen kerk en staat er een is van wederzijds begrip en dat er in de kerken actief gewerkt moet worden aan het behoud van de eigen autonomie. In moskeeorganisaties bestaat veel onduidelijkheid over de verhouding tussen kerk en staat. Veelal wordt gedacht dat deze verhouding een strikte scheiding inhoudt, waarin de kerken volledig vrij zijn om op eigen terrein werkzaam te zijn en waarin de individuele leden buiten de religieuze instellingen volledig onderworpen zijn aan het statelijke recht. Dit is echter geenszins het geval. De scheiding tussen kerk en staat is er een van balanceren. Kerken zijn gehouden hun organisatiestructuren transparant te houden en de processuele waarborgen voor de leden van voldoende niveau te laten zijn en de staat is gehouden om in individuele gevallen de grenzen van de godsdienstvrijheid te respecteren.

De voorbeelden in paragraaf vijf tonen aan dat de rechtsgebieden die de kerkgenootschappen als kerkelijke zaken aan zich hebben getrokken, niet aansluiten bij de islam. De islam is veel meer gericht op een samenleving waarin religie en staat één zijn. Hier zou een vergelijking gemaakt kunnen worden met de RKK. De RKK is immers ook een instituut dat in het canoniek recht alle mogelijkheden heeft om als een

zelfstandige entiteit naast de staat te bestaan. De RKK omvat regels ten aanzien van alle rechtsgebieden, heeft een eigen rechtspraak en kent publieke en private rechtspersonen. Toch is de RKK dusdanig aangesloten bij de verhouding tussen kerk en staat, dat zij binnen de grenzen van de wet en de godsdienstvrijheid functioneert. Het ontstaan van deze verhouding heeft echter vele jaren geduurd. Het zou kunnen dat de islam in Nederland op termijn ook een eigen autonomie binnen de staat handhaaft. Tot nu toe is daar echter een aantal belangrijke knelpunten aan te wijzen, waarbij het ontbreken van een heldere organisatiestructuur en een theologische autoriteit obstakels zullen vormen. Een centrale vraag is of het Nederlandse pluriforme model geschikt is om islamitische geloofsgemeenschappen in ons land te accommoderen, gezien deze obstakels.

De moskeeorganisaties zouden duidelijke organisatiestructuren moeten hebben om dezelfde positie te krijgen als de reeds lange tijd gevestigde kerkgenootschappen. Aan de overheid de taak om duidelijkheid te geven over de verhouding tussen kerk en staat en de bejegening van kerkgenootschappen. Het is geenszins helder wat de betekenis van de rechtspersoon kerkgenootschap precies is. Het is voor nieuwe religieuze groeperingen onduidelijk om te achterhalen wat de vereisten van een kerkgenootschap zijn.

De rechtspersoon kerkgenootschap zou voor religieuze groeperingen bij kunnen dragen aan een behoud van de eigen identiteit, binnen de grenzen van de wet. Religie en cultuur zijn nu eenmaal waarden die in de menselijke gedragingen zitten ingebakken en derhalve een rol spelen in de Nederlandse democratische samenleving.

9 Sharia en IPR

9.1 Inleiding

Dit hoofdstuk is een verkenning van de wijze waarop het Nederlandse recht in aanraking komt met sharia via het internationaal privaatrecht (IPR). Deze verkenning is interessant voor het onderzoek naar de rol van religieuze deugden bij integratie omdat op dit terrein bij uitstek de problematiek aan het licht komt van het naast elkaar bestaan van verschillende rechtsopvattingen.

Verschillende actoren in het juridische speelveld krijgen te maken met IPR-vraagstukken. Men kan denken aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, die moet bepalen of hij een huwelijk als geldig kan inschrijven, of aan de notaris die een verklaring van erfrecht moet opstellen van een in Nederland wonende en aldaar overleden Marokkaan. Maar men moet ook denken aan de rechter die zich moet uitspreken over de geldigheid van een buitenlandse echtscheidingsbeslissing – bijvoorbeeld omdat een der ex-echtgenoten wil hertrouwen.

Het idee dat sharia – op welke wijze dan ook – zou kunnen doorwerken in het Nederlandse recht, doet velen de wenkbrauwen fronsen, en roept doorgaans weerstand op. Men kan zich – terecht – niet voorstellen dat de Nederlandse rechter zou accepteren dat een man een tweede of derde vrouw erbij neemt, omdat dat van ‘de sharia’ zou mogen. Dat neemt niet weg dat het Nederlandse recht wel degelijk in aanraking komt met sharia, en wel via het IPR.

Het IPR geeft regels voor gevallen waarin gekozen moet worden uit meerdere rechtsstelsels die tegelijkertijd op een rechtsverhouding van toepassing zouden kunnen zijn. Soms leiden die regels ertoe dat verwezen wordt naar het recht van een land met een door sharia gekleurd rechtsstelsel. Het zijn met name notarissen, rechters en ambtenaren van de burgerlijke stand die hier in de praktijk mee te maken krijgen.

Doorwerking van sharia via het IPR is een vraagstuk dat met grote voorzichtigheid behandeld dient te worden. Ten eerste vanwege de genoemde weerstand die het begrip sharia oproept in de Nederlandse samenleving. In de pers, politiek en publieke opinie bestaat een weinig genuanceerd beeld van sharia⁵³⁴. Ten tweede is sharia een moeilijk werkbaar begrip, omdat het geen vastomlijnde inhoud heeft. Vele moslimlanden pretenderen de sharia te hebben ingevoerd, maar zij hebben dit elk op geheel eigen wijze gedaan. ‘De sharia’ bestaat niet, zoals ook ‘de islam’ niet bestaat. Berger schrijft hier uitvoerig over⁵³⁵.

De Nederlandse rechter past in internationale rechtsverhoudingen nooit sharia als zodanig toe, maar slechts het recht van een land waarvan sharia zijn stempel heeft gedrukt op het nationale recht. In een aantal moslimlanden is sharia zelfs tot wet verheven door de wetgever, waardoor sharia binnen het bereik van het IPR komt te vallen. Dit geldt uiteraard alleen als het IPR de toepassing van dat buitenlandse recht voorschrijft. Bovendien kan het openbare ordeleerstuk corrigerende werking hebben, indien toepassing van het buitenlandse recht onaanvaardbare gevolgen zou hebben.

⁵³⁴ Vgl. Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006, p 11.

⁵³⁵ Berger 2006, p 271-273.

Kortom, sharia kan inderdaad doorwerken in het Nederlandse recht via het IPR, maar dat is minder ver strekkend dan het op het eerste gezicht lijkt. De rechter staat evenwel regelmatig voor interessante problemen. Aan het eind van dit hoofdstuk zal een aantal casusposities worden behandeld, waarbij zal blijken dat categorisch afwijzen van ‘onwenselijke rechtsinstituten’ als verstoting of shariatelementen niet altijd tot wenselijke uitkomsten leidt.

Een verwante vraag, die dit onderzoek te buiten gaat, is in hoeverre het wenselijk is dat in het Nederlandse familierecht ruimte is voor multiculturaliteit. Rutten heeft hier met een beroep op de vrijheid van godsdienst voor gepleit⁵³⁶. De afgelopen jaren is de multiculturele samenleving echter in een slechter daglicht komen te staan. Frappant is bijvoorbeeld het huidige debat over dubbele nationaliteit. Het bezitten van twee nationaliteiten – overigens een bron van interessante IPR-vraagstukken – wordt gezien als belemmerend voor de integratie. Daarbij moet men zich bedenken dat het denken over dubbele nationaliteit sterk naar plaats en naar tijd verschilt. Men zou daarom voorzichtiger moeten zijn met het koppelen van dubbele nationaliteit aan gebrekkige integratie.

In 1992 werd nog gesproken over het schrappen van de zogenaamde afstandseis in de Rijkswet op het Nederlanderschap. Jordens-Cotran noemde dit integratiebevorderend, maar wellicht nog niet voldoende:

‘Met het schrappen van het vereiste dat wie de Nederlandse nationaliteit wil verkrijgen, afstand moet doen van zijn oorspronkelijke nationaliteit, wordt dus weliswaar een beletsel tot integratie in zekere mate weggenomen, maar mogelijk niet in afdoende mate.’⁵³⁷

De afstandseis is uiteindelijk niet geschrapt, maar wel in 2003 nog versoepeld⁵³⁸. Overigens werd de facto tussen 1 januari 1992 en 1 oktober 1997 de afstandseis in het geheel niet toegepast⁵³⁹. Drie jaar later ligt er een wetsvoorstel van minister Verdonk om de afstandseis juist aan te scherpen⁵⁴⁰.

Men kan ook overwegen om voor minderheden ruimte te scheppen om familierechtelijke conflicten in eigen kring te laten oplossen, volgens in eigen kring geldende normen. Dit is in de praktijk gebracht in Canada, op grond van de Canadian Law on Arbitration⁵⁴¹. Toen moslimgroeperingen van dit recht gebruik wilden maken, ontstond er overigens een heftig publiek debat. Meer hierover en over rechtspluralisme in het algemeen, zie hoofdstuk vier.

⁵³⁶ Rutten 2005, p. 91-92.

⁵³⁷ L. Jordens- Cotran, ‘De Islam in het Nederlandse rechtstelsel’, in: Rutten 1992, p. 15.

⁵³⁸ G.R. de Groot, ‘Internationale ontwikkelingen: de toenemende tolerantie van meervoudige nationaliteit’, *Migrantenrecht* 2003, p. 123, voorspelde al dat de herziene wet geen rustig bezit zou zijn.

⁵³⁹ *Handleiding voor de toepassing van de Rijkswet op het Nederlanderschap 2007-2008*, Den Haag: Elsevier Overheid 2006, p. 385 e.v.

⁵⁴⁰ Wetsvoorstel 30166, ten tijde van het afsluiten van dit onderzoek nog ter behandeling bij de Tweede Kamer. Zeer kritisch hierover H.U. Jessurun d’Oliveira, ‘Veel lawaai om een klutsei’, *NJB* 2006, p. 138-143, die onder meer stelt: ‘De relatie tussen onvoldoende integratie en het bezitten van een buitenlandse nationaliteit is een blote veronderstelling en absoluut niet aangetoond.’

⁵⁴¹ Zie ook: M. Berger, ‘Sharia Law in Canada – Also Possible in the Netherlands?’, in: Van der Grinten & Heukels 2006, p 173-183. H.M. Vroom, ‘ ‘Church’-state relations in the public square: French laicism and Canadian multiculturalism’, in: Van de Donk, Jonkers, Kronjee & Plum 2006, p 299-305.

Aangezien het IPR als een lastig juridisch leerstuk ervaren wordt, zal begonnen worden met een korte algemene inleiding op dit vakgebied (paragraaf twee). Vervolgens wordt in paragraaf drie besproken hoe de openbare orde fungeert als poortwachter tegen ongewenste juridische elementen uit buitenlands recht. Paragraaf vier behandelt het begrip sharia en legt uit dat het IPR nooit kan leiden tot toepassing van sharia als zodanig. De vijfde paragraaf staat in de sleutel van een begrip dat op veel maatschappelijke weerstand stuit: verstoting. In deze paragraaf wordt uitgelegd waarom en op welke voorwaarden verstoting niettemin soms door de Nederlandse rechter wordt geaccepteerd. Om een en ander concreter te maken wordt in de zesde paragraaf een aantal casus behandeld.

9.2 Internationaal privaatrecht

Achtergrond

Zowel niet-juristen als juristen hebben doorgaans moeite met het doorgronden van het internationaal privaatrecht (hierna consequent aangeduid als IPR). Daarom zal op deze plaats begonnen worden met een korte uitleg wat dit rechtsgebied is en wat het niet is.

Om direct een voor de hand liggend misverstand uit de weg te ruimen: IPR is geen internationaal recht en geen materieel privaatrecht. Het betreft Nederlands recht voor internationale gevallen met privaatrechtelijke aspecten⁵⁴². Het klassieke voorbeeld is de Duitser die op vakantie in Frankrijk een Nederlander aanrijdt. De Nederlander wil graag zijn schade vergoed zien, en vraagt zich twee dingen af: a) welke rechter is bevoegd om over deze zaak te oordelen, en b) welk recht moet de rechter toepassen? De Franse rechter zou bevoegd kunnen zijn omdat de aanrijding daar plaatsvond, de Duitse rechter, omdat een Duitser de schade veroorzaakte, en de Nederlandse rechter omdat de Nederlander schade leed. Voor het toepasselijke recht zal men eveneens een keuze moeten maken. En stel dat de Nederlander er inderdaad in slaagt om voor een Nederlandse rechter een succesvolle schadeclaim in te dienen, dan dient zich een derde vraag aan: kan dit vonnis in Duitsland ten uitvoer worden gelegd?

Het IPR valt in drie delen uiteen. Er is allereerst internationaal bevoegdheidsrecht (welke nationale rechter is internationaal bevoegd om zich over een zaak te buigen). Ten tweede moet de rechter weten welk rechtsstelsel hij moet toepassen. De regels die dit bepalen worden conflictregels genoemd. Het is dus niet vanzelfsprekend dat de Nederlandse rechter altijd Nederlands recht toepast. Waarom dit zo is, zal hierna worden uiteengezet. Tot slot zijn er IPR-regels die zien op erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechtsbeslissingen.

Men kan zich afvragen waarom het IPR niet beperkt is tot bevoegdheidsrecht en erkenningsregels. Met andere woorden: waarom past elke rechter niet eenvoudig het recht van zijn eigen staat toe? Dat recht kent hij immers het beste, het is toegankelijk en hij hoeft zich niet af te vragen of het in strijd is met de openbare orde. Kortom, het zou een goedkope en efficiënte oplossing zijn, die ook verdedigd is door de zogenaamde *lex fori*-stroming⁵⁴³. Toch is deze denkwijze niet dominant geworden, hoewel de invloed ervan hier en daar wel merkbaar is. Om te verklaren waarom men voor een

⁵⁴² Dat Nederlandse recht vloeit steeds vaker voort uit EG-Verordeningen.

⁵⁴³ Strikwerda 2005, p. 23.

ingewikkelder oplossing gekozen heeft, moet men iets weten van de geschiedenis en van het doel van het IPR.

Het huidige Nederlandse IPR is voor een belangrijk deel terug te voeren op het gedachtegoed van de Duitser Von Savigny (1779-1861). Hij stelt in internationale rechtsverhoudingen de rechtsverhouding zelf centraal, en gaat vervolgens op zoek naar het rechtsstelsel dat hiermee het nauwst verbonden is. In zijn woorden: dat rechtsstelsel waarin de rechtsverhouding haar ‘Sitz’ heeft, haar zetel. De basis voor deze manier van denken zoekt Von Savigny in de ‘völkerrechtliche Gemeinschaft der miteinander verkehrende Nationen’⁵⁴⁴.

Bedacht moet worden dat het IPR pas een rol gaat spelen op het moment dat er sprake is van intensieve internationale contacten. Daarvóór heeft men geen behoefte aan IPR-conflictrefels. De rechter past tot dát moment inderdaad alleen de regels van zijn eigen Staat toe. Op het moment dat het internationale rechtsverkeer toeneemt, m.n. door handel en migratie, wordt dit echter onhoudbaar. Staten hebben er belang bij dat rechterlijke beslissingen ook erkend worden in andere landen, en rechtssubjecten willen zekerheid over de juridische situatie waarin zij verkeren en het recht dat van toepassing is op hun grensoverschrijdende rechtsverhoudingen.

Hiermee is een van de belangrijkste doelen van het IPR gegeven: het bieden van rechtszekerheid door het voorkomen en verhelpen van hinkende rechtsverhoudingen. Met hinkende rechtsverhoudingen wordt bijvoorbeeld bedoeld op contracten die in het ene land wel geldig zijn, en in het andere niet. In de sfeer van het personen- en familierecht kan men denken aan geldigheid van huwelijken. Het openstellen van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht leidt tot hinkende rechtsverhoudingen omdat vele landen dit type huwelijk niet erkennen.

Werking

Om de werking van het IPR duidelijk te maken, zal eerst vermeld worden welke bronnen van IPR er zijn. Vervolgens zal de werking van de zogenaamde savigniaanse verwijzingsregel uiteengezet worden. De nadruk ligt hierbij op het conflictenrecht – de regels die bepalen welk recht van toepassing is op een rechtsverhouding – en in mindere mate wordt aandacht besteed aan het erkenningsrecht. Het internationale bevoegdheidsrecht blijft nagenoeg onbesproken omdat het het minst relevant is voor deze verkenning.

Bronnen van het IPR-conflictenrecht zijn ongeschreven recht, wetten, verordeningen en verdragen. Het ongeschreven conflictenrecht – hierbij moet men vooral denken aan jurisprudentie – is steeds minder belangrijk geworden, omdat in de loop der jaren steeds meer regels van conflictenrecht gecodificeerd zijn in zogenaamde Wetten Conflictenrecht, zoals bijvoorbeeld de Wet Conflictenrecht Erfopvolging⁵⁴⁵. Verdragen spelen ook nog steeds een belangrijke rol in het IPR, met name de verdragen van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. Sommige verdragen bevatten conflictenrecht, andere juist erkenningsregels.

De meeste islamitische landen zijn geen partij bij de IPR-verdragen van de Haagse Conferentie. Frankrijk heeft daarom met een aantal landen bilaterale verdragen gesloten, onder meer met Marokko. Al jaren dringt Marokko bij Nederland aan op het

⁵⁴⁴ Zoals aangehaald door Strikwerda 2005, p. 20.

⁵⁴⁵ Wet van 4 september 1996, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de erfopvolging alsmede de vereffening en de verdeling van de nalatenschap [etc].

sluiten van dergelijke bilaterale verdragen. Nederland stelt zich hierin afhoudend op omdat men hoopt dat Marokko zich aansluit bij de bestaande multilaterale verdragen van de Haagse Conferentie.⁵⁴⁶

Wat het IPR ingewikkeld maakt, is onder meer dat voor ieder deelonderwerp – in IPR-termen: voor elke verwijzingscategorie – weer andere regels gelden. Zo is het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensrecht, niet noodzakelijkerwijs tevens het recht dat van toepassing is op de echtscheiding.

Het conflictenrecht is er zoals gezegd op gericht om bij een rechtsverhouding het nauwst verbonden rechtsstelsel te zoeken. Men spreekt in dit verband van de savigniaanse verwijzingsregel. Deze regel werkt met aanknopingsfactoren. Dit zijn indicatoren die kunnen duiden op verbondenheid met een bepaald rechtsstelsel. Nationaliteit was jarenlang een van de belangrijkste aanknopingsfactoren voor internationale gevallen die betrekking hadden op het personen- en familierecht, ook wel aangeduid met de term personeel statuut. Andere voorbeelden zijn het woonplaats- of domiciliebeginsel, de *lex rei sitae* (de wet van de ligging, voor onroerende zaken) en het eerste huwelijksdomicilie.

Dat het nationaliteitsbeginsel jarenlang de aanknopingsfactor voor het personen- en familierecht was, kwam voort uit de Romaanse school, waarvan de Italiaan Mancini (1819-1888) de grondlegger was. Het personeel statuut werd zonder meer geacht om naar het nauwst verbonden recht te leiden in personen- en familiezaken⁵⁴⁷. Historisch is dit wel te verklaren vanuit de opkomst van de natiestaten. Dubbele nationaliteit speelde absoluut nog niet in die tijd. Men ziet wel dat in emigratielanden het nationaliteitsdenken een veel sterkere invloed heeft gehad op het IPR dan in immigratielanden. In de laatste soort landen hecht men meer aan het domiciliebeginsel, men knoopt dus aan bij de woonplaats. Nederland is van oudsher een nationaliteitsland, zoals blijkt uit art. 6 van de Wet Algemene Bepalingen:

De wetten betreffende de regten, den staat en de bevoegheid der personen, verbinden de Nederlanders, ook wanneer zij zich buiten 's lands bevinden.

De afgelopen jaren heeft het nationaliteitsbeginsel sterk aan betekenis ingeboet, ten gunste van het domiciliebeginsel en rechtskeuze. Rutten concludeert dat het nationaliteitsbeginsel niet zo geschikt is als de praktische argumenten van Mancini e.a. doen geloven. Die argumenten hielden in dat nationaliteit goed te bepalen was, bestendig en dus zou leiden tot meer stabiliteit. Alleen al uit praktisch oogpunt gaat dit niet altijd op. Niet altijd is duidelijk welke nationaliteit iemand heeft, sommige mensen hebben meerdere nationaliteiten en nationaliteit is niet zo blijvend als men dacht. Bovendien is het maar de vraag of nationaliteit de aanknopingsfactor is die steeds verwijst naar het nauwst verbonden recht, denk bijvoorbeeld aan vluchtelingen⁵⁴⁸.

IPR als integratieinstrument?

In de literatuur is de vraag gerezen hoe de multiculturele samenleving zich verhoudt tot het IPR. Moet het IPR rekening houden met de multiculturele samenleving? Kan het

⁵⁴⁶ Jordens-Cotran 2000, p. 42. Zie ook: L. Jordens-Cotran, 'De wenselijkheid van een bilateraal verdrag Marokko-Nederland', *NJB* 1992, p. 552-553.

⁵⁴⁷ Strikwerda 2005, p. 21.

⁵⁴⁸ Rutten 2005, p. 110-111.

eventueel een functie vervullen voor de integratie? Met name Rutten heeft zich hierover uitgesproken. Rutten is inderdaad van mening dat het IPR zich bezig moet houden met multiculturaliteit⁵⁴⁹. Ze noemt echter een achttal redenen waarom culturele diversiteit niet uitsluitend via het IPR geregeld zou moeten worden⁵⁵⁰. De belangrijkste zijn dat het respecteren van culturele waarden in het IPR niet het uitgangspunt is, dat – zoals we hierboven gezien hebben – in het familierecht veel met nationaliteit als aanknopingsfactor wordt gewerkt, en dat verwijzing naar nationaal recht te willekeurig is om uitdrukking te geven aan respect voor culturele waarden. Het nationaliteitsbeginsel lijkt verder zijn langste tijd gehad te hebben. Verder is het IPR tamelijk star, en is de enige relativeringmogelijkheid eigenlijk de openbare orde-exceptie.

Rutten pleit al met al voor een bescheiden plaats voor het IPR in de discussie over de multiculturele samenleving en het recht. Argumenten met het oog op het bevorderen van integratie kunnen in zoverre een rol spelen dat Rutten zich kan voorstellen dat de nationaliteit van een herkomstland als aanknopingsfactor minder gewicht moet krijgen als iemand langer in Nederland woont⁵⁵¹.

9.3 Openbare orde

Men kan zich voorstellen dat een IPR-conflictregel ertoe kan leiden dat de Nederlandse rechter buitenlands recht zou moeten toepassen dat in ernstige mate afwijkt van ons Nederlandse recht. Op zichzelf is afwijking nog niet direct reden om toepassing van dat buitenlandse recht dan maar achterwege te laten. Immers, als al het recht overal min of meer gelijk zou zijn, zou er geen behoefte zijn aan IPR. Het IPR is zoals boven vermeld gericht op het voorkomen van hinkende rechtsverhoudingen, en zodoende het bevorderen van de internationale beslissingsharmonie. Dat brengt met zich mee dat door het IPR soms een buitenlandse regel toegepast moet worden, die tot een andere uitkomst leidt, dan wanneer volgens Nederlands recht beslist zou zijn.

Er zijn echter wel degelijk grenzen aan de toepassing van vreemd recht. Die grens wordt gemarkeerd door het openbare ordeleerstuk, dat in het IPR een poortwachtersfunctie vervult. Het begrip openbare orde is verwarrend omdat het in het recht in meerdere betekenissen wordt gebruikt. Bij de grondrechten heeft openbare orde de betekenis van een zekere maatschappelijke stabiliteit, die niet verstoord mag worden, bijvoorbeeld door een demonstratie. Zodoende kan de openbare orde daar een beperkende werking hebben op de vrijheid van meningsuiting of een van de andere vrijheden.

In het vermogensrecht mogen contracten niet in strijd zijn met de openbare orde, men zie art. 3:40 BW. Dit openbare ordebegrip heeft een andere inhoud dan in het IPR. Het is een open begrip, dat geassocieerd wordt met moraal⁵⁵². Over deze moraal, die is geworteld in de christelijke moraal, bestaat in de Nederlandse samenleving een ruime mate van overeenstemming. Indien die communis opinio er niet is, dient de rechter aansluiting te zoeken bij de heersende moraal in de sociale kring van partijen. In dat geval kan de islamitisch gekleurde moraal in beeld komen.

⁵⁴⁹ Rutten 2005, p. 27.

⁵⁵⁰ Rutten 2005, p. 83-84.

⁵⁵¹ S.W.E. Rutten, 'Cultuur en familierecht in eigen kring', in: Foblets & Rutten 2005, p. 86.

⁵⁵² Rutten 2005, p. 57.

Ook in het rechtspersonenrecht speelt de openbare orde een rol, en wel via art. 2:20 BW. Zowel het doel als de werkzaamheden van een rechtspersoon mogen niet in strijd zijn met de openbare orde. Als de werkzaamheden daarmee strijdig zijn, dan wordt de rechtspersoon verboden verklaard en ontbonden, indien het doel strijdig is met de openbare orde, dan krijgt de rechtspersoon eerst nog gelegenheid tot aanpassing van het statutaire doel⁵⁵³.

In het erfrecht vormt de openbare orde een beperking op de testeervrijheid, zie art. 4:44 en 4:45 BW. Hieraan zal bij de behandeling van de casus in paragraaf 6 aandacht besteed worden.

Openbare orde heeft in het IPR een zeer beperkte betekenis. Het gaat om de harde kern van de Nederlandse rechtsorde, de waarden die zo fundamenteel gevonden worden dat het IPR geen ruimte krijgt om tot een andere oplossing te komen⁵⁵⁴. Het is een begrip dat ingekleurd wordt door de rechter. Een concreet oordeel over de inhoud van buitenlands recht is niet vatbaar voor toetsing in cassatie, zo volgt uit art. 79 lid 1 sub b van de wet RO⁵⁵⁵. In de zogenoemde goudclausule-arresten is het begrip openbare orde nader gedefinieerd door de Hoge Raad⁵⁵⁶. Dit heeft geleid tot een tweestaptoetsing, waarvan de eerste stap, het buitengrenscriterium, vooral ziet op de inhoud van het buitenlandse recht. Strikwerda verwoordt dit als volgt:

‘Heeft de vreemde wetgever de grenzen van ‘wat naar Nederlandsche opvattingen voor een wetgever behoorlijk en geoorloofd is’ (Bataafse) overschreden, of is hij met zijn regelgeving getreden ‘buiten het kader van wat naar Nederlandsche opvattingen ook de wetgever hier te lande zou kunnen en mogen doen’ (Rotterdam), dan blijft het vreemde voorschrift, ongeacht de omstandigheden van het geval, wegens strijd met de openbare orde buiten toepassing.’⁵⁵⁷

Het binnengrenscriterium, de tweede stap, toetst dan de gevolgen van toepassing van het buitenlandse recht. Wederom Strikwerda:

‘Toepassing van vreemd recht dat naar zijn inhoud niet absoluut onaanvaardbaar is, blijft niettemin achterwege wanneer zulks ‘zou leiden tot een gevolg dat naar Nederlandsche opvattingen niet mag worden geduld’ (Koninklijke, Messageries Maritimes).’⁵⁵⁸

De eerste stap houdt dus geen rekening met de omstandigheden van het geval, terwijl de tweede stap deze omstandigheden juist wel meerekent. In de recente jurisprudentie zijn overigens geen gevallen bekend waarin buitenlands recht niet door de buitengrens heen kwam. Het binnengrenscriterium wordt vaker toegepast om toepassing van vreemd recht tegen te houden. Strikwerda merkt nog op dat de werking van het binnengrenscriterium zwakker is naarmate het geval minder verbonden is met Nederland. Dat is terecht, aangezien de verstoring van de Nederlandse rechtsorde dan kleiner is. Men gebruikt in dit verband ook wel de term *Inlandsbeziehung* om aan te geven in welke mate een rechtsverhouding met de eigen rechtsorde verbonden is.

⁵⁵³ J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het nederlandse burgerlijk recht, deel 2-II: de rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 156-157.

⁵⁵⁴ Strikwerda 2005, p. 57. Zie ook: T.H.D. Struycken, ‘De openbare orde van de Europese Gemeenschap’, in: Van der Grinten & Heukels 2006, p. 60.

⁵⁵⁵ Vgl. HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 279.

⁵⁵⁶ HR 13 maart 1936, *NJ* 1936, 280 (Koninklijke); HR 13 maart 1936, *NJ* 1936, 281 (Bataafse); HR 11 februari 1938, *NJ* 1938, 787 (Rotterdam); HR 28 april 1939, *NJ* 1939, 895 (Messageries Maritimes).

⁵⁵⁷ Strikwerda 2005, p. 58.

⁵⁵⁸ Zie vorige noot.

Uit het onderscheid tussen buiten- en binnengrenscriterium is af te leiden dat er verschil bestaat tussen toetsing in abstracto en toetsing in concreto. Dit onderscheid wordt in de literatuur vaak gemaakt. Bij toetsing in abstracto wordt vooral de inhoud van het buitenlandse recht beoordeeld. In het geval van toetsing in concreto is er vooral oog voor de uitwerking van het buitenlandse recht in het te beoordelen geval. Toetsing in concreto staat voorop in het IPR⁵⁵⁹.

Indien vreemd recht door toepassing van het openbare ordeleerstuk achterwege blijft, dan wordt de leemte opgevuld door de *lex fori*. De Nederlandse rechter past zodoende zijn eigen recht toe. De vraag of de rechter alleen de strijdige bepalingen van het buitenlandse recht buiten toepassing laat, of dat hij ervoor kiest om voor de gehele rechtsverhouding Nederlands recht toe te passen, laat ik hier buiten beschouwing.

Om aan te geven hoezeer het openbare ordeleerstuk in het IPR een beperkte rol heeft, wijs ik erop dat in de literatuur is betoogd dat schending van mensenrechten nog niet automatisch tevens een schending van de openbare orde met zich meebrengt⁵⁶⁰. Dat gaat tamelijk ver, maar heeft te maken met het verschil in doelstelling tussen het IPR en het volkenrecht. Het IPR is niet bedoeld om mensenrechten te beschermen. In Duitsland is dit overigens anders, daar leidt een schending van mensenrechten wel direct tot strijd met de openbare orde, zo volgt uit art. 6 Einführungsgesetz BGB⁵⁶¹. Dit artikel luidt:

Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

Ook in Frankrijk neemt de aandacht voor de verhouding tussen mensenrechten en IPR toe; daar vooral via de rechtspraak⁵⁶². Soms schuift men daar de verwijzingsregel geheel terzijde. In Nederland maakt de rechter ruimte voor mensenrechten in het IPR door soms flexibel om te gaan met de verwijzingsregel⁵⁶³.

In een enkel geval is openbare orde geen open begrip, maar heeft het een concrete invulling in de wet gekregen. Een voorbeeld hiervan is art. 3 Wet Conflictenrecht Huwelijk⁵⁶⁴. Dit artikel is een voorbeeld van hoe mensenrechten door kunnen werken in het IPR. Het artikel bepaalt dat de minimum huwelijksleeftijd (vijftien jaar) van openbare orde is, net als het beginsel dat niemand tegen zijn wil tot een huwelijk gedwongen kan worden.

⁵⁵⁹ Vergelijk voor België: L. Willemarck, 'De exceptie van openbare orde in het internationaal privaatrecht. Een juridisch middel om essentiële waardeconflicten op te lossen en fundamentele cultuurtegenstellingen te overbruggen', *R&R* 2003, nr. 2, p. 108.

⁵⁶⁰ Rutten 2005, p. 145.

⁵⁶¹ Zie art. 6 Einführungsgesetz BGB.

⁵⁶² Een voorbeeld is het niet-erkennen van verstotingen met een beroep op het EVRM. Zie: ook M.C. Foblets en S.W.E. Rutten, 'De toelaatbaarheid van de verstoting: recente ontwikkelingen in Nederlands, Frans en Belgisch internationaal privaatrecht', in: Van der Grinten & Heukels 2006, p. 210. Aan de erkenning van verstotingen wordt in paragraaf 5 meer aandacht besteed.

⁵⁶³ Rutten 2005, p. 146 noemt tevens enkele voorbeelden waarin de rechter wel voorrang geeft aan mensenrechten.

⁵⁶⁴ Wet van 7 september 1989, houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijk [etc].

9.4 Sharia

Algemeen

Wie iets wil zeggen over sharia in Nederland, zal zich zeer voorzichtig moeten uitdrukken. Maurits Berger zegt het zo: “The term ‘Sharia’ is as vague as it is powerful”.⁵⁶⁵ In de pers wordt doorgaans veel te gemakkelijk het beeld opgeroepen van een rechtsstelsel dat qua structuur vergelijkbaar is met westerse rechtsstelsels, en verder inhoudelijk vooral premodern en soms zelfs barbaars van karakter is.

Sharia is echter geen rechtsstelsel met wetboeken, jurisprudentie en doctrine, zoals wij dat in het Westen kennen. Zo dadelijk zal meer gezegd worden over wat wel de belangrijkste bronnen van sharia zijn. Sharia bestrijkt ook niet het gehele juridische spectrum, althans wat men in het Westen als het volledige spectrum beschouwt. Op het terrein van bestuursrecht, staatsrecht, volkenrecht en procesrecht biedt sharia bijvoorbeeld weinig regels, hoewel het bewijsrecht wel uitvoerig geregeld is. De belangrijkste rechtsgebieden waarvoor sharia regels geeft zijn personen- en familierecht, erfrecht, vermogensrecht en enig materieel strafrecht. Dat sharia niet samenvalt met het recht in de westerse betekenis van het woord, moge duidelijk zijn. Maar er zijn meer redenen om het begrip met voorzichtigheid te behandelen.

Allereerst moet gezegd worden dat ‘de sharia’ niet bestaat. Dat heeft te maken met versplintering in de islam. Er is het onderscheid tussen de soennitische islam en de shiitische islam⁵⁶⁶. Ook binnen de soennitische stroming zijn er weer vier belangrijke rechtsscholen. Elk van die rechtsscholen heeft haar eigen regio waarin zij dominant is.

De tweede belangrijke opmerking is dat er goed onderscheid gemaakt moet worden tussen enerzijds het nationale recht van moslimlanden, die soms pretenderen ‘de sharia’ hebben ingevoerd of die zeggen dat sharia hun hoogste rechtsbron is en anderzijds ‘de sharia’ in enge zin van door God gegeven regels voor een goed leven. Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg noemen de laatste variant klassieke sharia⁵⁶⁷. Voor het onderwerp van dit hoofdstuk is uitsluitend de eerste categorie van belang. Het IPR verwijst immers nooit naar de sharia als zodanig, maar altijd naar het *nationale recht* van een (moslim-)land.

Wat zijn nu de belangrijkste rechtsbronnen van sharia? Allereerst moet hier de Koran genoemd worden, als openbaring van God’s wil bij monde van de profeet Mohammed. Daar zijn alle islamitische rechtsgeleerden het over eens. Na de Koran is de soenna de belangrijkste rechtsbron. Soenna is een verzameling verhalen over het leven van de profeet. Deze korte verhalen worden aangeduid met de term ahadith, tradities. Voor zowel Koran als soenna geldt dat ze maar voor een klein gedeelte uit rechtsregels bestaan.

De vier soennitische rechtsscholen verschillen niet wezenlijk van elkaar in opvattingen. Hun ontstaan is voornamelijk historisch en geografisch bepaald. De rechtsscholen zijn vernoemd naar hun oprichters. Globaal zijn de scholen als volgt

⁵⁶⁵ M. Berger ‘Sharia Law in Canada – Also Possible in the Netherlands?’, in: Van der Grinten & Heukels 2006, p. 174.

⁵⁶⁶ Volgens Jordens-Cotran valt het met de verschillen tussen shiieten en soennieten wel mee, zie: Jordens-Cotran 2000, p. 26. Anders: K. Zweigert en H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen: Mohr 1996, p. 299.

⁵⁶⁷ Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006, p. 12.

verspreid. De grootste rechtsschool, de hanafitische school, heeft zijn aanhangers voornamelijk in landen als Turkije, de Balkan, Egypte, Jordanië, Syrië en Libanon. Deze landen behoorden vroeger tot het Ottomaanse Rijk. De malikitische school concentreert zich vooral in Noord-Afrika. Moslimlanden rond de Indische Oceaan, met name in Indonesië, alsmede delen van Egypte en Turkije staan onder invloed van de sjafeytische school. Als vierde is er de hanbalitische school, die alleen aanhangers heeft in Saudi-Arabië⁵⁶⁸.

Naast Koran en soenna zijn er – vooral in de soennitische islam – nog twee belangrijke rechtsbronnen. Er is de zogenaamde *ijmaa*, de consensus van de rechtsgeleerden. Deze rechtsbron heeft alleen autoriteit voor zover vast te stellen is dat alle rechtsgeleerden het over een bepaalde kwestie eens zijn. Analogie – *kiyaas* – is de vierde rechtsbron en ziet op de gevestigde rechterlijke interpretatie.

Het grootste verschil tussen westers recht en sharia is uiteindelijk terug te voeren op de gezagverlenende instantie. In het Westen is dat de volkssoevereiniteit, terwijl het islamitisch recht beschouwd wordt als van God gegeven. In de islamitische wereld is daardoor bij modernisering van het recht sprake van een voortdurende spanning tussen het gezag van de overheid en gezag van de schriftgeleerden.

Ter illustratie van het voorgaande zal nu van enkele moslimlanden geschetst worden op welke wijze sharia is vervlochten met het nationale recht⁵⁶⁹. De keuze is bepaald door de mate waarin wij in Nederland in aanraking komen met de betreffende rechtssystemen. Om te beginnen een van de zeldzame moslimlanden waarin sharia uitdrukkelijk geen rol speelt.

Turkije

Over Turkije kan men relatief kort zijn. Turkije heeft sinds Mustafa Kemal Atatürk (1881-1938) een volstrekt seculier rechtssysteem. Over het personen- en familierecht schrijft Koçak bijvoorbeeld: “Er is vandaag de dag in de wetten van de Turkse republiek geen plaats voor religieuze regels of voor de sharia.”⁵⁷⁰ Het burgerlijk recht van Turkije is gebaseerd op het Zwitserse burgerlijk wetboek. Scheiding van kerk en staat betekent in Turkije verder dat de staat streng toezicht houdt op de godsdienst, en dat religieuze symbolen op scholen en in het parlement verboden zijn. Niet iedereen in Turkije is gelukkig met het ver doorgevoerde secularisme. Dit maakt namelijk dat de vrijheid van godsdienst de facto beperkt is.

Marokko

Marokko behoort tot de malikitische rechtsschool. In de Grondwet is geen verwijzing naar islamitisch recht opgenomen. Islam is wel de staatsgodsdienst, zo blijkt uit art. 6 van de Grondwet, die in de Franse versie luidt:

L'islam est la Religion de l'Etat qui garantit à tous le libre exercice des cultes.

⁵⁶⁸ Jordens-Cotran 2000, p. 26-27.

⁵⁶⁹ Voor een uitgebreide studie: J.M. Otto, A. Dekker & L. van Soest-Zuurdeeg (red.), *Sharia en nationaal recht in twaalf moslimlanden*, Amsterdam: University press 2006.

⁵⁷⁰ M. Koçak, ‘Sharia en nationaal recht in Turkije’, in: Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006, p. 164.

Recht en religie zijn in Marokko nauw verweven, dat blijkt alleen al uit het feit dat de koning niet alleen wereldlijk, maar ook geestelijk leider is. Scheiding van kerk en staat is dus niet aan de orde in Marokko. Veranderingen in het recht moeten tevens religieus gemotiveerd worden. Een wetswijziging mag er niet toe leiden dat de nieuwe wet naar het oordeel van de schriftgeleerden minder in overeenstemming met sharia is dan de oude wet. Het is niet altijd mogelijk om alle schriftgeleerden mee te krijgen. Daarom gaat men er soms toe over om hervormingen te realiseren, niet door het materiële recht te veranderen, maar door het formele recht, het procesrecht te veranderen.

Een voorbeeld is de herziening van het Marokkaanse echtscheidingsrecht. Hervorming van het materiële recht stuitte op verzet, met name waar het ging om de positie van de vrouw. Een belangrijke verbetering van de positie van de vrouw kon echter worden doorgevoerd door nagenoeg altijd de tussenkomst van de rechter bij echtscheiding verplicht te stellen. Omdat het wijzigen van het materiële recht moeilijk was, koos men voor aanscherpen van het formele recht. Uiteindelijk werd gelijkheid tussen man en vrouw in het echtscheidingsrecht bewerkstelligd door invoering van de shiqaq, echtscheiding wegens duurzame ontwrichting.

Hervormingen zijn in Marokko overigens niet alleen om religieuze redenen lastig. Vanouds speelt ook een rol dat de erkenning van de makhzan (centraal gezag) beperkt is. Men is echter bewust van het risico van 'algerijnse toestanden', wat ertoe leidt dat de regering probeert om het vreedzaam samenleven te bevorderen, waardoor de acceptatie van het gezag groter is geworden.⁵⁷¹

Het Marokkaanse personen- en familierecht is geregeld in de Mudawwana, het Marokkaanse burgerlijk wetboek. Dit wetboek dateert uit 1958, kort nadat Marokko in 1956 onafhankelijk geworden was van Frankrijk. Oorspronkelijk stond het traditionele patriarchaal familiemodel centraal. Door de hervormingen van 1993 en vooral die van 2004 is het accent verschoven naar het gezin, en zijn de mannelijke privileges sterk teruggedrongen. Polygamie is beperkt, door zowel administratiefrechtelijke beperkingen (o.a. art. 42 mud) als inhoudelijke beperkingen. Zo dienen beide echtgenoten in te stemmen met het polygame karakter van het huwelijk (art. 46 mud) en moet de man over voldoende financiële middelen beschikken (art. 41 lid 2 mud). Het verschijnsel komt zeer weinig voor. Verder is de minimum huwelijksleeftijd verhoogd (art. 19 mud). Zoals gezegd is ook het echtscheidingsrecht herzien. Hier zal in paragraaf vijf uitvoeriger aandacht aan worden besteed.

Het Marokkaanse erfrecht blijkt in de praktijk moeilijk te hervormen. Dit komt omdat de schriftgeleerden van mening zijn dat de Koran hier vrij duidelijk over is, zodat er weinig ruimte is voor *ijtihad*, vrije interpretatie. Vrouwen erven dus in beginsel de helft van wat mannen erven. De Marokkaanse regering is probeert de acceptatie van het hervormde wetboek te vergroten door een gids te publiceren waarin de hervormingen worden verantwoord met religieuze argumenten⁵⁷². Om de acceptatie in het buitenland te vergroten worden ook Franstalige toelichtingen gepubliceerd.

Wortmann constateert dat veranderingen in het personen- en familierecht altijd langzaam gaan. Zij vergelijkt de situatie in Marokko met de Nederlandse situatie van voor 1970. In dat licht ziet zij de hervormingen van 2004 als een vooruitgang, die heeft

⁵⁷¹ L. Buskens, 'Sharia en nationaal recht in Marokko', in : Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006, p. 54.

⁵⁷² L. Buskens o.c., p. 69.

geleid tot meer gelijkheid tussen mannen en vrouwen en een betere bescherming van de kinderen⁵⁷³.

Egypte

In Egypte is de hanafitische rechtsschool dominant. De ontwikkeling van de verhouding tussen sharia en nationaal recht in Egypte is de afgelopen decennia vrij dubbel geweest. Enerzijds is er sprake van toenemende islamisering, anderzijds juist van liberalisering.

Aan het begin van de twintigste eeuw was er in Egypte sprake van opkomend nationalisme, dat uiteindelijk leidde tot de onafhankelijkheid in 1922. In 1949 werd een nieuw seculier burgerlijk wetboek ingevoerd. Dit wetboek was gebaseerd op de Franse Code Civil. Religie begon pas een belangrijke politieke factor te worden in de Egyptische samenleving na de zesdaagse oorlog in 1967. Pas sinds 1971 wordt in de Grondwet verwezen naar islamitisch recht, en sinds 1980 is sharia de formeel hoogste rechtsbron in Egypte.

De praktische invloed van sharia als hoogste rechtsbron is overigens beperkt gebleven. Het is weliswaar mogelijk om wetten te toetsen aan sharia, maar in de praktijk blijken nagenoeg alle wetten deze toets te doorstaan. Enerzijds komt dit doordat het begrip sharia beperkt uitgelegd wordt. Anderzijds erkent men dat de wetgever bevoegd is tot *ijtihad* (vrije interpretatie).

Berger en Sonneveld constateren dat ‘invoering’ van de sharia de facto een vooruitstrevende werking gehad heeft. Zo is in 2000 het familierecht herzien, wat heeft geleid tot een verplichte registratie van verstotingen en meer echtscheidingsgronden voor vrouwen⁵⁷⁴.

9.5 Verstoting

Een van de rechtsinstituten uit het islamitische recht die de meeste maatschappelijke weerstand oproepen in het Westen is ongetwijfeld de verstoting. In deze paragraaf zal daarom dieper worden ingegaan op de wijze waarop verstoting vorm heeft gekregen in het Marokkaanse recht. De bespreking van dit rechtsinstituut is in dit onderzoek toegespitst op één moslimland. De keuze is op Marokko gevallen omdat Nederlandse rechters, notarissen en ambtenaren van de burgerlijke stand vaker met het recht van dit land in aanraking komen dan met het recht van andere moslimlanden. Verder hebben we hierboven al gezien dat het Marokkaanse personen- en familierecht in beweging is. De Marokkaanse regering hecht bovendien aan de acceptatie van haar burgerlijk recht in het Westen, zoals blijkt uit het verschijnen van Franstalige publicaties met toelichtingen op wetgeving.

In deze paragraaf zal eerst worden uiteengezet hoe het Marokkaanse echtscheidingsrecht geregeld is in de Mudawwana sinds de herziening van 2004. Vervolgens wordt besproken hoe het Nederlandse IPR omgaat met echtscheidingen die zowel verbonden zijn met de Marokkaanse als de Nederlandse rechtssfeer. De eerste vraag is wanneer welk recht van toepassing is. De tweede vraag is nog interessanter: in

⁵⁷³ S.F.M. Wortmann, ‘Marokkaans en Nederlands afstammings- en gezagrecht’, in: Van der Grinten & Heukels 2006.

⁵⁷⁴ M. Berger en N. Sonneveld, ‘Sharia en nationaal recht in Egypte’, in: Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006, p. 38.

hoeverre erkent de Nederlandse burgerlijke rechter echtscheidingen, waaronder verstotingen, naar Marokkaans recht? Hier en daar een korte blik over de grenzen moet laten zien hoe rechters in ons omringende landen met deze kwestie omgaan. Tot slot komt de vraag aan de orde in welke mate Nederlandse echtscheidingen worden erkend in Marokko.

Echtscheidingsvormen in Marokko

Sinds de herziening van de Mudawwana in 2004 heeft de vrouw een betere rechtspositie gekregen dan voorheen. Ook is het procesrecht aangescherpt, waardoor tussenkomst van de rechter bij echtscheiding verplicht is geworden. Zodoende zou een betere bescherming van de respectievelijke belangen van de echtgenoten gewaarborgd moeten zijn. De introductie van het nieuwe echtscheidingsrecht blijkt wel een moeizaam proces.

Er zijn in Marokko verschillende wijzen om van echt te scheiden. In boek twee van de Mudawwana is de ontbinding van het huwelijk en haar rechtsgevolgen geregeld. Enerzijds is er de echtscheiding door middel van een uitspraak van de man. De Marokkaanse term hiervoor is talaq, in Nederland spreekt men meestal van verstoting. Anderzijds is er de echtscheiding door middel van een uitspraak van de rechter. Deze vorm van scheiden wordt tatliq (echtscheiding) genoemd.

Talaq kan berusten op een eigen initiatief van de man, of op een overeenkomst. In het laatste geval kan de overeenkomst gebaseerd zijn op een verzoek van de vrouw, die in ruil voor de talaq een compensatie betaalt (khoel). Men spreekt in dat geval van een talaq khoel, maar soms ook kortweg van khoel (art. 115-120 mud). De overeenkomst kan ook gebaseerd zijn op een gezamenlijke wens om het huwelijk te beëindigen. In dat geval spreekt men van mubarat (art. 114 mud).

Op elke scheiding volgt een iddah, een wachtperiode van drie maanden (art. 129-136 mud). Soms heeft de man het recht om de scheiding te herroepen. Bij de meeste scheidingen op initiatief van de man is dit het geval, evenals bij sommige scheidingsvormen door een rechterlijke uitkomst. Sinds 2004 hoeft de vrouw een herroeping niet langer zonder meer te accepteren (art. 124 mud).

IPR conflictenrecht inzake echtscheiding

Nogmaals zij hier benadrukt dat men de vraag naar het toepasselijke recht op een echtscheiding goed moet onderscheiden van de vraag naar de bevoegdheid van de rechter en de vraag naar de erkenning van buitenlandse echtscheidingsbeschikkingen. Hieronder wordt allereerst het IPR-conflictenrecht besproken dat bepaalt welk recht van toepassing is. Daarna is er aandacht voor de mate waarin de Nederlandse rechter verstotingen kan erkennen.

Aangezien er op het gebied van het conflictenrecht inzake de echtscheiding geen internationale verdragen gesloten zijn, wordt het Nederlandse conflictenrecht bij Nederlandse wet geregeld⁵⁷⁵. In dit geval is dat de Wet Conflictenrecht echtscheiding (WCE)⁵⁷⁶.

Art. 1 WCE geeft een getrapte verwijzingsregel. Het toepasselijke recht op een internationale echtscheiding wordt als volgt bepaald:

⁵⁷⁵ Mostermans 2003, p. 39.

⁵⁷⁶ Wet van 25 maart 1981, houdende regeling van het conflictenrecht inzake ontbinding van het huwelijk en scheiding van tafel en bed en de erkenning daarvan enz.

- Nederlands recht wordt toegepast als partijen gezamenlijk voor dit recht kiezen, of als een van beiden voor Nederlands recht kiest, en de ander deze keuze onweersproken laat (art. 1 lid 4?).
- Als partijen een gemeenschappelijke nationaliteit hebben, dan is het recht van die nationaliteit toepasselijk (lid 1 sub a).
 - o Als een van beide partijen geen werkelijke maatschappelijke band heeft met het land waarvan hij of zij de nationaliteit bezit, dan wordt dit ook beschouwd als het ontbreken van een gemeenschappelijke nationaliteit. Dit is de realiteitstoets van lid 2. Overigens wordt het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit toch toegepast, indien partijen gezamenlijk ervoor kiezen om dit recht toch toe te passen, of als een van beide partijen deze rechtskeuze maakt, en de ander zich hier niet tegen verzet.
 - o Indien een van beide echtgenoten een dubbele nationaliteit bezit, dan wordt een effectiviteitstoets aangelegd. Bepalend is de nationaliteit waarmee hij of zij de sterkste banden heeft (lid 3). Hierbij worden alle omstandigheden in aanmerking genomen.
- Als partijen geen gemeenschappelijke nationaliteit hebben, dan geldt het recht van hun gewone verblijfplaats (lid 1 sub b).
- Als partijen en geen gemeenschappelijke nationaliteit hebben, en niet in hetzelfde land hun gewone verblijfplaats hebben, dan wordt Nederlands recht toegepast (lid 1 sub c).

Het resultaat van art. 1 WCE is dus dat de Nederlandse rechter meestal Nederlands recht toepast, en soms uitkomt op een ander recht⁵⁷⁷. Er is een tijd geweest waarin men het echtscheidingsrecht een kwestie van openbare orde en goede zeden vond, op grond waarvan men van mening was dat de Nederlandse rechter alleen zijn eigen recht kon toepassen⁵⁷⁸. Dat is nu dus anders, al blijkt nog steeds een zekere voorkeur voor het Nederlandse recht uit het feit dat partijen altijd voor Nederlands recht kunnen kiezen, en dat het Nederlandse recht fungeert als een vangnet⁵⁷⁹. In de WCE staat de zogenaamde *favor divortii* voorop. Uitgangspunt naar Nederlands recht, met inbegrip van het Nederlandse IPR, is dat het partijen vrij moet staan om te kunnen scheiden.

Indien de conflictregel van art. 1 WCE verwijst naar het recht van een land dat verstoting kent als een van de echtscheidingsvormen, of wellicht zelfs als enige mogelijkheid, dan is de vraag of de Nederlandse rechter verstotingsrecht moet toepassen. Deze kwestie is in de literatuur aan de orde geweest⁵⁸⁰. Dat de Nederlandse rechter zelf verstotingsrecht zou toepassen is uit te sluiten.

De Hoge Raad kreeg in de zaak van het arrest van 9 november 2001⁵⁸¹ deze vraag voorgelegd. De zaak verliep als volgt.

⁵⁷⁷ Th.M. de Boer, 'Internationale echtscheiding: het kennelijk ontbreken van een maatschappelijke band', *Ars Aequi* 1991, p. 252-260.

⁵⁷⁸ Zie HR 13 december 1907, W 8636.

⁵⁷⁹ Zie ook het rapport van de Werkgroep Internationaal Privaatrecht van de Nederlandse vereniging voor rechtspraak, 'Knelpunten bij de toepassing van artikel 1 Wet Conflictenrecht Echtscheiding', *Trema* 1993, p. 129-161.

⁵⁸⁰ S.W.E. Rutten, 'Cultuur en familierecht in eigen kring', in: Foblets & Rutten 2006, p. 86; Van der Velden 2003, p. 13. Jordens-Cotran 2000, p. 209.

⁵⁸¹ HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 279, m.nt. ThMdB.

De man en de vrouw bezitten beiden de Marokkaanse nationaliteit en zijn nauwelijks geworteld in de Nederlandse samenleving. De man is inmiddels in Marokko met een tweede vrouw getrouwd. Hij verzoekt tweemaal in Nederland bij de rechtbank om echtscheiding. De eerste keer wordt het verzoek uiteindelijk afgewezen omdat Marokkaans recht toepasselijk zou zijn, en de duurzame ontwrichting van het huwelijk – door de man aangedragen als echtscheidingsgrond – (toen nog) geen geldige grond is naar Marokkaans recht.

De tweede keer verzoekt de man om echtscheiding, primair naar Nederlands recht op grond van duurzame ontwrichting, en secundair naar Marokkaans recht, op grond van verstoting. De rechtbank acht Marokkaans recht van toepassing en wijst het verzoek af omdat 'aan de verstoting op grond van de Muddawwannah vormvereisten verbonden zijn waaraan gedeeltelijk niet (kan) worden voldaan ten overstaan van een Nederlandse rechter.'

Het Hof Amsterdam bekrachtigt het vonnis van de rechtbank onder verbetering van gronden. Het Hof gaat mee met de vrouw in haar betoog dat verstoting in strijd is met de Nederlandse openbare orde. Hier deed niet aan af dat de gekozen verstotingsvorm in enige mate leek op de Nederlandse echtscheiding op grond van duurzame ontwrichting. Knelpunt was voor het Hof dat de vrouw niet op gelijke wijze de echtscheiding had kunnen realiseren. 'Enigszins onbevredigend' noemt het Hof het wel dat in casu de man dus niet voor de Nederlandse rechter kan scheiden, maar dat is volgens het Hof een keuze van de Nederlandse wetgever geweest.

In cassatie komt de Hoge Raad tot een meer bevredigende oplossing. Allereerst stelt de Hoge Raad vast dat het oordeel van het Hof over de strijdigheid van het Marokkaanse recht met de openbare orde niet getoetst kan worden in cassatie (ro. 3.3.3). Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de leemte die ontstond toen het Hof geen echtscheiding uit kon spreken op grond van Marokkaans recht, opgevuld had dienen te worden, en wel door het Nederlandse recht (de *lex fori*). Het Hof had dus alsnog Nederlands recht moeten toepassen.

Annotator De Boer vraagt zich in de noot onder het arrest terecht af wat het Hof bezielde. Het liet immers tot tweemaal toe een polygaam huwelijk in stand. In zijn ogen had het Hof zich meer door de geest dan door de letter van de WCE moeten laten leiden. De geest van de wet – zie hierboven – is de *favor divortii*.

Het bovenstaande arrest werd gewezen voordat de Mudawwana in 2004 is herzien. De vraag is nu of die herziening ertoe heeft geleid dat het Marokkaanse echtscheidingsrecht niet meer in strijd is met de Nederlandse openbare orde. Voorwaarde daarvoor zou zijn dat de ongelijke positie tussen man en vrouw wordt opgeheven. Zoals hiervoor in paragraaf 4 is besproken, is het nieuwe Marokkaanse personen- en familierecht een verbetering, en is de ongelijkheid inderdaad sterk verminderd.

Talaq heeft sinds de herziening van de Mudawwana in 2004 flink aan populariteit ingeboet. Omdat de Koran het toestaat kon de wetgever het instituut niet afschaffen, wel is talaq nu aan strengere processuele regels gebonden. Scheiden via de rechter wegens duurzame ontwrichting (art. 94-97 mud), ook wel aangeduid als shiqaq, is aanmerkelijk eenvoudiger. Deze nieuwe mogelijkheid van echtscheiding wordt nu al in vijftig procent van de gevallen gebruikt⁵⁸²⁵⁸³.

IPR erkenningsregels buitenlandse echtscheidingsvonnis

Nederland heeft op het gebied van erkenning van echtscheidingsbeschikkingen geen verdrag gesloten met Marokko. Wel is Nederland partij bij zowel CIEC-Verdrag van Luxemburg van 8 september 1967⁵⁸⁴ als het Haags Verdrag van 1 juni 1970⁵⁸⁵. Deze

⁵⁸² Bron: F.J.A. van der Velden.

⁵⁸³ Kritisch over de shiqaq: L. Jordens-Cotran, 'Aspecten van de Marokkaanse familiewet 2004', *Migrantenrecht* 2005, p. 83.

⁵⁸⁴ CIEC-Verdrag van Luxemburg inzake de erkenning van beslissingen betreffende de huwelijksband van 8 september 1967, Trb. 1979, nr. 130.

verdragen bieden allebei de mogelijkheid aan de verdragstaten om zelf een ruimere erkenningsregeling te hanteren dan de verdragsregeling⁵⁸⁶.

Van deze mogelijkheid heeft Nederland inderdaad gebruik gemaakt. De erkenning van Marokkaanse echtscheidingsbeschikkingen wordt geregeld door de Wet Conflictenrecht Echtscheidingen, die hierboven al aan de orde gekomen is. Art. 2 ziet op de reguliere echtscheidingsbeschikking die is verkregen na een procedure voor de rechter. Art. 3 is speciaal geschreven voor de erkenning van verstotingen.

In art. 2 WCE staat voorop dat buitenlandse echtscheidingsbeschikkingen inderdaad erkend kunnen worden, mits de uitspraak tot stand is gekomen na een behoorlijke procedure en de echtscheiding is uitgesproken door een daartoe bevoegde rechter. Zelfs als aan een van beide voorwaarden niet is voldaan, dan wordt de echtscheiding toch in Nederland erkend als de wederpartij zich tijdens of na de procedure zich uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft neergelegd bij de echtscheiding. Art. 2 WCE luidt als volgt:

1. Een buiten het Koninkrijk na een behoorlijke rechtspleging verkregen ontbinding van het huwelijk of scheiding van tafel en bed wordt in Nederland erkend, indien zij is tot stand gekomen door de beslissing van een rechter of andere autoriteit aan wie daartoe rechtsmacht toekwam.
2. Een buiten het Koninkrijk verkregen ontbinding van het huwelijk of scheiding van tafel en bed, die niet voldoet aan één of meer van de voorwaarden in het vorige lid gesteld, wordt toch in Nederland erkend, indien duidelijk blijkt dat de wederpartij in de buitenlandse procedure uitdrukkelijk of stilzwijgend hetzij tijdens die procedure heeft ingestemd met, hetzij zich na die procedure heeft neergelegd bij de ontbinding van het huwelijk of de scheiding van tafel en bed.

Waar de erkenningsregel van reguliere echtscheidingsbeschikkingen art. 2 WCE samengevat kan worden als ‘ja, mits’, geldt voor de erkenning van verstotingen op grond van art. 3 WCE de regel ‘nee, tenzij’. Alleen als aan de strenge voorwaarden van art. 3 is voldaan kan een verstoting erkend worden in Nederland. Verstoting wordt gedefinieerd als de ontbinding van een huwelijk door een eenzijdige verklaring van de man. Het artikel luidt:

- Een ontbinding van het huwelijk buiten het Koninkrijk uitsluitend door een eenzijdige verklaring van de man tot stand gekomen, wordt niet erkend, tenzij
- a. de ontbinding van het huwelijk in deze vorm overeenstemt met de personele wet van de man;
 - b. de ontbinding ter plaatse waar zij geschiedde rechtsgevolg heeft; en
 - c. duidelijk blijkt dat de vrouw uitdrukkelijk of stilzwijgend met de ontbinding van het huwelijk heeft ingestemd of zich daarbij heeft neergelegd.

De voorwaarden zijn als volgt. De verstoting moet allereerst buiten het Koninkrijk der Nederlanden plaatsvinden, zo volgt uit de aanhef van art. 3 WCE. Vervolgens moet de verstoting in overeenstemming zijn met de personele wet van de man (sub a). De personele wet van de man is het recht van het land van zijn effectieve nationaliteit. De verstoting moet op grond van sub b ook rechtsgevolg hebben in het land waar zij heeft plaatsgevonden. Tot slot moet duidelijk zijn dat de vrouw – uitdrukkelijk of stilzwijgend – met de ontbinding van het huwelijk heeft ingestemd, of zich daarbij heeft

⁵⁸⁵ Haags Verdrag inzake de erkenning van echtscheidingen en scheidingen van tafel en bed van 1 juni 1970, Trb. 1979, nr. 131.

⁵⁸⁶ Zie resp. art. 13 van het CIEC-Verdrag en art. 17 van het Haags Verdrag 1970.

neergelegd (sub c). Deze laatste voorwaarde is niet onbelangrijk omdat men het grootste bezwaar tegen de verstoting ziet in het feit dat het initiatief uitsluitend bij de man ligt.

De grens tussen artikel 2 en 3 WCE is minder duidelijk dan te verwachten op grond van de wettekst. Het lijkt te gaan om het verschil in constitutief vereiste, dat wil zeggen datgenen wat de echtscheiding tot stand brengt: in art. 2 de rechterlijke uitspraak, en in art. 3 de wilsverklaring van de man. In de praktijk ligt de grens genuanceerder⁵⁸⁷.

Het mag op het eerste gezicht vreemd lijken dat bij de bepaling van het toepasselijke recht verstoting als strijdig met de Nederlandse openbare orde wordt beschouwd, terwijl men bij de erkenning van echtscheidingsbeschikkingen uitdrukkelijk de deur openlaat voor erkenning van verstotingen. Dit is echter goed te motiveren.

In het Nederlandse echtscheidingsrecht staat het monopolie van de burgerlijke rechter voorop. Dat is niet altijd zo geweest, in de Franse tijd was huwelijksontbinding een contractuele zaak⁵⁸⁸. Bovendien staat juist in onze tijd in Nederland het echtscheidingmonopolie van de rechter weer op de helling. Hierbij kan gedacht worden aan de discussies over het invoeren van de administratieve echtscheiding⁵⁸⁹. Afgezien van morele kwesties zijn er drie belangrijke redenen te bedenken waarom de rechter dat monopolie zou moeten hebben, en de echtscheiding niet geheel aan partijen zelf overgelaten wordt. Ten eerste het belang van eventuele kinderen. Ten tweede de gevolgen op vermogensrechtelijk gebied die ontbinding van het huwelijk met zich mee kan brengen. Het is ook in het belang van derden dat de beëindiging van de huwelijksband met formaliteiten is omgeven. Als derde reden kan men nog de bescherming van de belangen van partijen zelf noemen, bijvoorbeeld het vaststellen van alimentatie voor de minst draagkrachtige echtgenoot.

Waarom zou men hier nu toch een uitzondering op maken ten aanzien van verstotingen? Men dient zich de hoofddoelen van het IPR voor de geest te halen: het bevorderen van de internationale beslissingsharmonie en het voorkomen van hinkende rechtsverhoudingen. Het internationale rechtsverkeer en daarmee de rechtszekerheid is er niet mee gediend als een huwelijk in het ene land nog wel als geldig beschouwd wordt, terwijl men in een ander land van mening is dat het huwelijk is ontbonden. Bovendien speelt ook hier de *favor divortii* een rol: als partijen van echt willen scheiden, dan is men in Nederland van mening dat dit niet onnodig moeilijk gemaakt moet worden.

Erkenning van een buitenlandse verstoting kan verder in het belang van de vrouw zijn. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie dat zij wil hertrouwen. Het kan zelfs zo zijn dat zij inmiddels in Marokko hertrouwd is, omdat het eerste huwelijk daar wel als ontbonden wordt beschouwd. Ook kinderen – hetzij uit het ontbonden huwelijk, hetzij uit een volgend huwelijk van een van de ouders – kunnen er belang bij hebben dat de huwelijksontbinding hier erkend wordt.

Verstotingen op consulaten en ambassades in Nederland, gelden niet als verstotingen buiten het Koninkrijk. Art. 3 WCE kan hier niet bij wijze van analogie op worden toegepast, zo blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 1986⁵⁹⁰. De regel dat de Nederlandse rechter het monopolie heeft op echtscheidingen in Nederland, werd in dat arrest van openbare orde verklaard. De Hoge Raad voert twee redenen aan

⁵⁸⁷ Conclusie A-G Strikwerda voor HR 13 juli 2001, *NJ* 2002, 223, m.nt. ThMdB.

⁵⁸⁸ Zie het cassatiemiddel van P-G Berger in HR 31 oktober 1986, *NJ* 1987, 924.

⁵⁸⁹ *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3 (MvT).

⁵⁹⁰ HR 31 oktober 1986, *NJ* 1987, 924.

voor deze rechtsregel. Ten eerste het belang van de rechtszekerheid, omdat het ontbinden van een huwelijk voor partijen en ook voor derden ingrijpende gevolgen heeft, onder andere op het gebied van het vermogensrecht. Ten tweede waarborgt de tussenkomst van de rechter dat voorzieningen ten aanzien van alimentatie en de eventuele kinderen goed geregeld worden.

Het niet-erkennen van verstotingen kan onwenselijke gevolgen hebben. In geval van hertrouwen door een van beide echtgenoten kan er bijvoorbeeld een polygame situatie ontstaan⁵⁹¹. De Nederlandse rechter kan dit slechts in beperkte mate beletten. In Nederland zal geen nieuw huwelijk gesloten kunnen worden door partijen. Dat komt omdat voor in Nederland gesloten huwelijken het monogamiebeginsel van openbare orde is. Maar de Nederlandse rechter kan niet verhinderen dat partijen een nieuw huwelijk sluiten in een land dat de verstoting wel erkent. Zo ontstaat er een hinkende rechtsverhouding, iets wat het IPR juist tracht te voorkomen.

Landen om ons heen gaan op hun eigen manier om met erkenning van verstotingen. Frankrijk, dat wel bilaterale verdragen met een aantal islamitische landen gesloten heeft over het huwelijk en aanverwante zaken, is recentelijk strenger geworden ten aanzien van de erkenning van verstoting. Sinds de arresten van de Cour de Cassation van 17 februari 2004 worden verstotingen niet langer in Frankrijk erkend indien een van de echtgenoten woonachtig is in Frankrijk. Deze lijn in de jurisprudentie is recentelijk bevestigd in het arrest van 3 januari 2006⁵⁹². In Frankrijk is er een tendens dat de burgerlijke rechter sneller teruggrijpt op de *lex fori* als het gaat om rechtsinstituten die men in strijd acht met de *ordre public*⁵⁹³. Groot-Brittannië erkent verstoting alleen indien beide echtgenoten woonplaats hebben buiten Groot-Brittannië⁵⁹⁴.

In België geldt per 1 oktober 2004 een nieuw Wetboek van internationaal privaatrecht⁵⁹⁵. Blijkens art. 57 van het Wetboek IPR is de hoofdregel dat verstotingen niet erkend worden. Op de hoofdregel is echter een aan strikte voorwaarden gebonden uitzondering mogelijk. Zo kan de verstotingsakte alleen erkend worden indien zij gehomologeerd is door de rechter in het land waar de akte is opgemaakt. Voorts mag geen van beide echtgenoten op moment van de homologatie de nationaliteit bezitten van een land waarvan het recht verstoting niet kent als wijze van huwelijksontbinding. In het geval van een dubbele nationaliteit geeft de Belgische de doorslag en kan de verstoting dus niet erkend worden in België. Ook mag geen van beide echtgenoten op moment van de homologatie gewone verblijfplaats hebben in België. De vrouw moet de ontbinding van het huwelijk op ondubbelzinnige wijze en zonder dwang aanvaard hebben. De conclusie dat in België verstoting nog slechts zeer zelden voor erkenning in aanmerking zal komen, ligt voor de hand.

Duitsland neemt een tussenpositie in⁵⁹⁶. In Duitsland kan een verstoting erkend worden indien volgens de conflictregel een Duitse rechter het recht had moeten toepassen van het land dat de verstoting kent en verstoting volgens dit recht heeft

⁵⁹¹ Vgl. HR 9 november 2001, NJ 2002, 279.

⁵⁹² Cour de Cassation 3 januari 2006, *Revue Critique du Droit International Privé* 2006, nr. 3, p. 627-641, m.nt. M.C. Najm.

⁵⁹³ Zie: Ph. Kahn (red.), *L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Paris: Documentation Française 2001.

⁵⁹⁴ S.W.E. Rutten, 'Cultuur en familierecht in eigen kring', in: Foblets & Rutten 2005, p. 84.

⁵⁹⁵ Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, Belgisch Staatsblad 2004, 269.

⁵⁹⁶ S.W.E. Rutten, 'Cultuur en familierecht in eigen kring', in: Foblets & Rutten 2005, p. 85.

plaatsgevonden. Niet relevant is of partijen in Duitsland wonen, want de conflictregel knoopt aan bij de gemeenschappelijke nationaliteit. Toetsing aan de openbare orde blijft mogelijk. De Duitse beperkingen aan het erkennen van buitenlandse rechterlijke beslissingen staan in par. 328 ZPO en par. 16a FGG. Men zie par. 328 lid 1 sub 4 ZPO:

(1) Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ist ausgeschlossen:

[...]

4. wenn die Anerkennung des Urteils zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist;

[...]

Men heeft zich wel afgevraagd of alle vormen van talaq die de Mudawwana kent onder art. 3 WCE zouden vallen. Sinds de herziening van de Mudawwana in 1993 lijkt met name de khoel-verstoting wel erg op de Nederlandse echtscheiding. In zijn arrest van 13 juli 2001 heeft de Hoge Raad zich hierover uitgesproken⁵⁹⁷.

Het volgende was het geval: een Marokkaans-Nederlandse man is gehuwd met een Marokkaanse vrouw. Op gegeven moment keert de vrouw alleen naar Marokko terug. In 1999 maken daar twee adouls (beroepsgetuigen) een ‘acte de répudiation compensatoire’ op, op verzoek van de vrouw. De bevoegde Marokkaanse rechter, de ‘cadi-notaire’ homologeert de akte, waarmee naar Marokkaans recht de scheiding tussen partijen een feit is. In Nederland weigert de ambtenaar van de burgerlijke stand de akte echter in te schrijven. De man gaat vervolgens in beroep bij de rechtbank Amsterdam. De rechter stelt de man in het gelijk, en gelast de ambtenaar de echtscheiding in te schrijven. Het OM stelt cassatie in het belang der wet in. De Hoge Raad acht het niet onmogelijk dat een vorm van verstoting onder art. 2 WCE kan vallen. (r.o. 3.4.2):

Blijkens de hiervoor aangehaalde passages uit de ontstaansgeschiedenis van de WCE is het niet uitgesloten dat ook een huwelijksontbinding door verstoting onder de werking van art. 2 kan vallen. Wil dat het geval zijn, dan zal het derhalve een huwelijksontbinding moeten betreffen die, hoezeer ook gegrond op een verstoting, niettemin tot stand is gekomen na een procedure waarin de vrouw als "wederpartij" de gelegenheid heeft gehad om gehoord te worden, door een tot beëindiging van het huwelijk strekkende beslissing door de rechter of andere autoriteit.

In het geval van de khoel is daar volgens de Hoge Raad echter geen sprake van:

De huwelijksontbinding naar Marokkaans recht op grond van verstoting, waaronder ook de khoel valt, voldoet niet aan deze vereisten. Weliswaar vindt de verstoting plaats ten overstaan van twee adouls, maar hun taak is beperkt tot het registreren van de verstoting. Van een procedure waarin de vrouw voorafgaand aan de verstoting wordt gehoord is geen sprake. Aan de adouls komt geen beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de ontbinding toe; zij constateren slechts dat de verstoting heeft plaatsgevonden. De rol van de homologatierechter (cadi-notaire) bestaat erin te verklaren dat de adouls de verstotingsakte opgesteld hebben en dat zij vooraf als betrouwbaar zijn erkend. Een procedure over de huwelijksontbinding vindt voor de homologatie-rechter niet plaats. Erkenning van de onderhavige huwelijksontbinding kan dan ook niet worden gegrond op art. 2 WCE.

Kort samengevat is het knelpunt dat de khoel-verstoting dus wel door de rechter uitgesproken wordt, maar dat die uitspraak geen *constitutieve* werking heeft. De rechter

⁵⁹⁷ HR 13 juli 2001, NJ 2002, 223, m.nt. ThMdB.

constateert slechts of er een geldige verstoting heeft plaatsgevonden, en neemt geen inhoudelijke beslissing.

Van der Velden wijst er in zijn bespreking van dit arrest terecht op dat de Hoge Raad een onvolledige beschrijving geeft van de verstotingsprocedure. Het lijkt erop alsof de Hoge Raad de recente ontwikkelingen in het Marokkaanse burgerlijk recht gemist heeft. Hij concludeert dat het besproken arrest daardoor van weinig nut is voor de erkenning van verstotingen.

Rutten meent dat het niet ondenkbeeldig is dat in de toekomst er wel degelijk verstotingsvormen zullen zijn die onder art. 2 WCE vallen, gezien de ontwikkelingen in een aantal islamitische landen⁵⁹⁸. Bovendien maakt Rutten een onderscheid tussen de erkenning van de verstoting zelf en de erkenning van de gevolgen van verstoting. Elders wijst Rutten erop dat in de praktijk bij de toetsing van buitenlandse echtscheidingsbeschikkingen in het kader van art. 2 WCE vooral gekeken wordt naar de procedure, en dat een beroep op de openbare orde nauwelijks voorkomt⁵⁹⁹.

9.6 Casus

1. Erkenning echtscheiding

Een Marokkaans-Nederlandse man is getrouwd met een Marokkaans-Nederlandse vrouw. Zij hebben samen drie minderjarige kinderen en wonen als gezin in Nederland. Op vakantie in Marokko besluit de man zijn vrouw te verstoten door middel van een eenzijdige verstoting (*talaq*). Wordt de verstoting in Nederland erkend? Wat zijn de vermogensrechtelijke gevolgen van de verstoting? Wat is de positie van de kinderen?⁶⁰⁰

Verandert de beantwoording van de vraag als de vrouw alleen de Nederlandse nationaliteit blijkt te hebben?

In paragraaf vijf is al het nodige gezegd over de IPR-aspecten van verstoting. Daar is uitgelegd dat de regels met betrekking tot erkenning van buitenlandse echtscheidingsbeschikkingen in de Wet Conflictenrecht Echtscheiding van toepassing zijn op in Marokko totstandgekomen echtscheidingen. Art. 2 van die wet ziet op de reguliere echtscheidingen. Art. 3 is speciaal geschreven met het oog op de erkenning van verstoting. Die erkenning vindt slechts in beperkte mate plaats, alleen voor zover aan drie voorwaarden is voldaan. De verstoting moet in overeenstemming met de nationale wet van de man zijn. De verstoting moet rechtsgevolg hebben in het land waar zij is uitgesproken. De vrouw moet zich bij de verstoting hebben neergelegd.

De nationaliteit van de vrouw speelt in ieder geval geen rol, het maakt voor de erkenning niet uit of zij Nederlands-Marokkaanse is, of alleen Nederlandse of alleen Marokkaanse. Belangrijker is of zij zich bij de verstoting heeft neergelegd of zelfs daarmee heeft ingestemd. Dat is inderdaad een fundamentele eis, die aan de andere kant ook niet overschat moet worden.

⁵⁹⁸ M.C. Foblets en S.W.E. Rutten, 'De toelaatbaarheid van de verstoting: recente ontwikkelingen in Nederlands, Frans en Belgisch internationaal privaatrecht', in: Van der Grinten & Heukels 2006, p. 197.

⁵⁹⁹ S.W.E. Rutten, 'Cultuur en familierecht in eigen kring', in: Foblets & Rutten 2005, p. 85.

⁶⁰⁰ In de casus zoals die door BZK geformuleerd was, zat ook een vraag naar de verblijfstitel van de vrouw. De verblijfstitel is echter niet iets dat verbonden is aan regel van internationaal privaatrecht, zodat deze vraag hier buiten beeld blijft.

Ook in ons echtscheidingsrecht komt het veelvuldig voor dat slechts een van beide partijen het huwelijk als duurzaam ontwricht beschouwt, en op die grond om echtscheiding verzoekt. Weliswaar krijgt de echtgenoot die betwist dat het huwelijk duurzaam ontwricht is, tijdens een procedure de kans om zijn visie op de zaak te geven, maar als de andere echtgenoot volhardt in de stelling dat het huwelijk duurzaam ontwricht is, dan kan de rechter niet anders dan de echtscheiding uitspreken.

Het argument dat verstoting strijdig zou zijn met de Nederlandse openbare orde omdat de vrouw in voortdurende onzekerheid verkeert over het voortduren van het huwelijk gaat dus niet op. Wie van zijn of haar huwelijkspartner af wil, krijgt daar van onze wetgever de gelegenheid toe, ook al is die partner het er niet mee eens dat het huwelijk beëindigd wordt.

Uiteindelijk zijn er slechts twee gronden waarom de Nederlandse wetgever zich zou kunnen verzetten tegen het instituut verstoting. Ten eerste is dat het vaak informele karakter van de procedure. Dit bedreigt een goede behartiging van de belangen van de echtgenoten en hun kinderen. Met de recente herzieningen van de Mudawwana van 1993 en 2004 is in Marokko de verstoting aan strengere procedurele banden gelegd.

De taak van de rechter is fors uitgebreid. Voorheen was de alleen de tussenkomst van de notariële (adoulaire) rechter verplicht, die dan de verstotingsakte moest homologeren. Sinds 2004 is tussenkomst van een familierechtbank verplicht. De familierechter dient eerst een verzoeningspoging te ondernemen. Als die poging mislukt, dan stelt de familierechter de voorwaarden voor de verstotingsakte vast. Het is nog steeds de taak van de notariële rechter om de verstotingsakte te homologeren.

Het tweede mogelijke bezwaar tegen verstoting is dat het een recht is dat alleen de man kan uitoefenen. Verstoting heeft in zoverre een discriminatoir karakter. Men kan betogen dat dit laatste bezwaar niet meer opgaat voor wat betreft het Marokkaanse recht. Weliswaar is de talaq nog steeds een recht dat in beginsel aan de man toekomt – daar kan de wetgever niet aan tornen, omdat de Koran dit voorschrijft. Maar we hebben zojuist ook gezien dat met de invoering van de shiqaaq, de echtscheiding wegens duurzame ontwrichting, het voor de vrouw moeilijker is om te scheiden dan voor de man.

Vanuit een andere invalshoek is de casus ook interessant. Wat beweegt Marokkaanse Nederlanders ertoe om in Marokko van echt te scheiden? Zeker wanneer mensen steeds nauwere banden hebben met de Nederlandse rechtsorde, is dat opmerkelijk. Mogelijk spelen religieuze argumenten een rol, hoewel hierbij opgemerkt moet worden dat in de sharia verstoting weliswaar is toegestaan, maar dat het van de toegestane handelingen beschouwd wordt als een van de meest verwerpelijke. De islam propageert verstoting bepaald niet.

Een praktische reden om in Marokko te scheiden, zou kunnen zijn dat Marokko Nederlandse echtscheidingsbeslissingen niet erkent. Dit is echter niet het geval. Marokko erkent wel degelijk Nederlandse echtscheidingsbeslissingen. Hiervoor moeten we te raden gaan bij het Marokkaanse IPR. De erkenningsregels staan in art. 128 mud:

[...] De vonnissen van buitenlandse rechtbanken tot echtscheiding, verstoting tegen compensatie en vernietiging zijn uitvoerbaar indien zij zijn uitgesproken door een bevoegde rechtbank en zijn gebaseerd op gronden tot beëindiging van de huwelijkse relatie welke niet strijdig zijn met de bepalingen van deze Mudawwana. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten welke in het buitenland zijn gesloten ten overstaan van bevoegde overheidsfunctionarissen en ambtenaren en nadat is

voldaan aan de wettelijke regelingen, en de executoriale titel is aangehecht, zulks overeenkomstig de artikelen 430, 431 en 432 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Art. 430 van het Marokkaanse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarnaar verwezen wordt, luidt:

Beslissingen van buitenlandse gerechten kunnen in Marokko slechts worden geëxecuteerd nadat zij door het gerecht van eerste instantie van de woon- of verblijfplaats van de verweerder, of bij gebreke daarvan, van de plaats van executie van een exequatur zijn voorzien.
Het gerecht moet zich verzekeren van de regelmatigheid van het stuk en van de bevoegdheid van het buitenlandse gerecht van wie het afkomstig is. Hij gaat tevens na of enig onderdeel van deze beslissing inbreuk maakt op Marokkaanse openbare orde.

Een Nederlandse echtscheidingsbeschikking wordt niet van rechtswege erkend in Marokko. De Marokkaanse rechter moet zich over de beschikking buigen, en doet een conflictenrechtelijke toets. De beslissing wordt dus getoetst aan de Marokkaanse openbare orde. Nu ook Marokko duurzame ontwrichting als scheidingsgrond kent, valt niet te verwachten dat het erkennen van Nederlandse echtscheidingsbeschikkingen veel problemen oplevert. Het is wel van belang dat Nederlandse rechters in hun uitspraak de echtscheidingsgrond duurzame ontwrichting expliciteren. In ieder geval is niet van belang of de Nederlandse rechter die de uitspraak deed moslim is⁶⁰¹.

De positie van de kinderen is in het algemeen in de mudawwana anders geregeld dan in Nederland. Men maakt onderscheid tussen verzorging (hadana) en gezag (wilaya). Verzorging is een gezamenlijke plicht van beide echtgenoten gedurende het huwelijk (art. 164 mud). Het verzorgingsrecht berust na echtscheiding primair bij de moeder (art. 171). Het gezag berust in eerste instantie bij de vader, of bij diens ontstentenis of handelingsonbekwaamheid bij de moeder (art. 231 mud).

Ook hier is het gevoelige punt dat mannen en vrouwen niet op gelijke voet behandeld worden. Voor het IPR is het belangrijkste toetsingscriterium echter het belang van het kind. In alle internationale verdragen met betrekking tot kinderen is dat belang het uitgangspunt. Behalve aan gezagskwesties moet men ook denken aan verschijnselen als kinderontvoering⁶⁰².

Variant. In hoeverre erkent een Nederlandse rechter de rechtsgevolgen van een echtscheiding naar Islamitisch recht indien een vrouw een dubbele nationaliteit⁶⁰³ heeft of woonplaats heeft in Nederland (bijv. geen deling van bezittingen, geen recht op alimentatie, geen toewijzing/omgangsregeling voor de kinderen)?

‘De’ echtscheiding naar islamitisch recht bestaat niet. In paragraaf 4 is al opgemerkt dat sharia inderdaad door een aantal landen is ingevoerd, maar dat de concrete uitwerking op het recht – in dit geval op het personen- en familierecht – van land tot land verschilt. Dat maakt het onmogelijk om uitspraken over ‘de islamitische echtscheiding’ te doen. Het denken over de rechtsgevolgen van echtscheiding is overigens in de islamitische wereld net zo goed in beweging als in West-Europa. Zo is het zeker niet zo dat vrouwen nooit alimentatie krijgen, net zomin als gezegd kan worden dat ex-echtgenoten nooit

⁶⁰¹ L. Jordens-Cotran, ‘Aspecten van de Marokkaanse familiewet 2004’, *Migrantenrecht* 2005, p. 93.

⁶⁰² Hierover uitgebreider: S.W.E. Rutten, ‘Cultuur en familierecht in eigen kring’, in: Foblets & Rutten 2005, p. 67 e.v.

⁶⁰³ Het bezitten van een dubbele nationaliteit heeft als zodanig geen gevolgen voor de erkenning.

delen in gedurende het huwelijk opgebouwde bezittingen, of geen recht hebben op omgang met de kinderen. Zie alleen al het juist genoemde voorbeeld van het recht op verzorging van de kinderen (hadana), dat naar Marokkaans recht na echtscheiding primair aan de vrouw toekomt.

2. Erkenning huwelijk

Een Marokkaans-Nederlandse man trouwt in Marokko met een Marokkaans meisje van veertien. Naar Nederlands recht ligt de grens van de huwbare leeftijd op achttien (art. 1:31 lid 1 BW). Het echtpaar vestigt zich vervolgens in Nederland. Wordt het huwelijk in Nederland erkend?

Bij de behandeling van deze casus moet voorop gesteld worden dat naar huidig Marokkaans recht zich deze vraag waarschijnlijk niet zal voordoen. De hoofdregel met betrekking tot de huwbare leeftijd staat in art. 19 mud, dat bepaalt dat beide echtgenoten de leeftijd van achttien jaar moeten hebben bereikt. Hierop zijn wel uitzonderingen mogelijk, maar alleen met toestemming van de familierechter. Deze kan slechts toestemming verlenen, bij een gemotiveerde beschikking, na raadpleging van een medicus of na het doen uitvoeren van een sociaal-maatschappelijk onderzoek (art. 20 mud). Overigens is ook naar Nederlands recht een minderjarigenhuwelijk mogelijk, aldus art. 1:31 lid 2 en 3 BW:

1. Om een huwelijk te mogen aangaan moeten een man en een vrouw de leeftijd van achttien jaren hebben bereikt.
2. Het in het vorige lid vermelde huwelijksbeletsel bestaat niet wanneer zij die met elkander een huwelijk willen aangaan de leeftijd van zestien jaren hebben bereikt en de vrouw een verklaring van een arts overlegt dat zij zwanger is, dan wel haar kind reeds ter wereld heeft gebracht.
3. Onze Minister van Justitie kan om gewichtige redenen ontheffing verlenen van het in het eerste lid genoemde vereiste.

Huwelijken op al te jonge leeftijd worden onwenselijk gevonden. Nederland is partij bij het Verdrag van New York van 10 december 1962⁶⁰⁴, dat voorschrijft dat verdragsstaten maatregelen moeten nemen tegen schijnhuwelijken en kinderhuwelijken⁶⁰⁵.

De Wet Conflictenrecht Huwelijk geeft in art. 3 regels om te voorkomen dat op grond van de verwijzingsregel van art. 2 in Nederland dit soort huwelijken voltrokken zouden moeten worden. Uit die regels vloeit voort dat in Nederland een huwelijk niet voltrokken kan worden als een van beide partijen de leeftijd van vijftien jaren nog niet heeft bereikt.

De hoofdregel met betrekking tot de erkenning van buitenlandse huwelijken is te vinden in art. 9 van het Haags Huwelijksverdrag van 1978. Lid 1 van dat artikel bepaalt:

Het huwelijk dat rechtsgeldig is tot stand gekomen volgens het recht van de Staat waar het is voltrokken, of dat volgens dat recht later rechtsgeldig wordt, wordt in iedere Verdragsluitende Staat met inachtneming van de bepalingen van dit hoofdstuk als zodanig beschouwd.

Art. 11 van dat verdrag geeft een aantal gronden waarop erkenning alsnog achterwege dient te blijven. Een van die gronden is 'kinderhuwelijken' (niet nader omschreven). Voor de erkenning van Marokkaanse huwelijken zal daarom teruggevallen moeten

⁶⁰⁴ Verdrag van New York inzake de huwelijkstoestemming, de minimumleeftijd waarop een huwelijk mag worden aangegaan en de registratie van huwelijken van 10 december 1962, Trb. 1964, nr. 165.

⁶⁰⁵ Strikwerda 2005, nr. 109.

worden op de regeling in de Wet Conflictenrecht Huwelijk. Deze regeling kent dezelfde hoofdregel als het Haags Huwelijksverdrag 1978, maar somt niet de weigeringsgronden op. Art. 6 bepaalt alleen dat huwelijken niet erkend worden als ze in strijd zijn met de openbare orde⁶⁰⁶. Aangenomen kan worden dat een huwelijk waarbij een der partijen pas veertien is in strijd zal zijn met de openbare orde, te meer als partijen zich na huwelijksluiting in Nederland vestigen, en het huwelijk dus verbonden is met de Nederlandse rechtsorde.

3. Erkenning polygamie

a) Een Marokkaans-Nederlandse man is naar Marokkaans recht getrouwd met een Marokkaanse vrouw. Later trouwt hij nogmaals naar Marokkaans recht met een tweede Marokkaanse vrouw. Uit beide huwelijken worden kinderen geboren. Worden beide huwelijken in Nederland erkend? Hoe zit het met de familierechtelijke betrekkingen tot de kinderen?

Het monogamiebeginsel is in Nederland van openbare orde, voor zover het gaat om huwelijken die in Nederland gesloten worden. Zo blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van het Hof Amsterdam van 12 november 1998⁶⁰⁷. Zie ook art. 3 lid 1 sub d Wet conflictenrecht huwelijk (WCH), waaruit blijkt dat ongeacht het toepasselijke recht, niemand met een tweede persoon in het huwelijk kan treden. Volgt hier nu ook uit dat het tweede huwelijk dat in het buitenland gesloten is, niet erkend kan worden?

Polygamie is één van de gronden die art. 11 van het Haags Huwelijksverdrag toestaat als reden om erkenning van een huwelijk te weigeren. Het is slechts een mogelijkheid, waarmee niet gezegd is dat verdragstaten ook op grond van deze bepaling erkenning moeten weigeren. Nederland heeft van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt door hierover regels op te nemen in de WCE. Er is slechts de algemene openbare ordetoets uit art. 6 WCE:

Ongeacht artikel 5 wordt aan een buiten Nederland gesloten huwelijk erkenning onthouden, indien deze erkenning onverenigbaar zou zijn met de openbare orde.

Ook hier staat toetsing in concreto voorop. De rechter zal dus moeten beoordelen of in de concrete situatie sprake is van strijd met de Nederlandse openbare orde. Rutten concludeert dat erkenning alleen plaats kan vinden als betrokkenen niet de Nederlandse nationaliteit hebben. Zij meent dat ten onrechte niet hetzelfde geldt indien betrokkenen ook niet in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben⁶⁰⁸.

b) Stel dat de man op gegeven moment in Nederland overlijdt zonder testament opgemaakt te hebben. Welk recht is op zijn nalatenschap van toepassing en wat zijn de gevolgen van het polygame huwelijk op zijn nalatenschap?

Indien verondersteld wordt dat het eerste huwelijk zowel naar Marokkaans als naar Nederlands recht wel geldig was, wordt dat huwelijk hier te lande erkend op grond van de hoofdregel van art. 5 Wet Conflictenrecht Huwelijk. Het is dus niet zo dat beide huwelijken niet erkend worden. Het is zelfs mogelijk dat het tweede huwelijk wel rechtsgevolgen heeft, zoals ten aanzien van het nabestaandenpensioen, mits het tweede

⁶⁰⁶ Strikwerda 2005, nr. 111.

⁶⁰⁷ Hof Amsterdam 12 november 1998, *NIPR* 1999, 137.

⁶⁰⁸ Rutten 2005, p. 98.

huwelijk erkend wordt. Voor de bepaling van het toepasselijke erfrecht moet worden gekeken naar de conflictregels uit het Haags Erfrechtverdrag 1989 jo. de art. 1 Wet Conflictenrecht Erfrecht. Deze regeling wordt hieronder, bij casus 5, nader besproken.

4. Erkenning rechtsgevolgen 'geloofsafvalligheid'

Een Iraans-Nederlandse moslimvrouw is getrouwd met een Iraans-Nederlandse moslimman. Samen hebben zij twee kinderen. Zij hebben hun gewone verblijfplaats in Nederland. Op gegeven moment besluit de vrouw zich te bekeren tot het christelijk geloof. Stel dat het gevolg hiervan is dat het huwelijk volgens het Iraanse recht ontbonden wordt. Wordt deze huwelijksontbinding erkend in Nederland? Zijn er gevolgen voor haar familierechtelijke betrekkingen ten opzichte van de kinderen?

De erkenningsregels van het Nederlandse IPR ten aanzien van buitenlandse echtscheidingsbeschikkingen zijn hierboven al beschreven. De Nederlandse erkenningsregels voor niet-Europese gevallen zijn te vinden in art. 2 en 3 van de Wet Conflictenrecht Echtscheiding. Deze regels zijn gebaseerd op de *favor divortii*, en beogen dus een ruime erkenning.

Art. 2 van die wet stelt twee, niet al te harde, voorwaarden. De buitenlandse echtscheidingsbeschikking komt voor erkenning in aanmerking indien de beschikking tot stand gekomen is door middel van een uitspraak van een rechter of een andere autoriteit aan wie rechtsmacht toekwam, na behoorlijke rechtspleging. In het onderhavige geval is echter geen sprake van een huwelijksontbinding die tot stand is gekomen door een beslissing van een rechter. Het huwelijk is naar Iraans recht van rechtswege ontbonden door geloofsafval.

Gesteld dat zou blijken dat geloofsafvalligheid naar Iraans recht niet zou betekenen dat het huwelijk van rechtswege ontbonden wordt, maar dat het alleen een grond is voor een echtscheidingsverzoek. De man wendt zich in dat geval tot de Iraanse rechter en verzoekt om deze reden om echtscheiding. Na een behoorlijke procedure wordt dit verzoek ingewilligd. Komt deze echtscheidingsbeschikking wel voor erkenning door de Nederlandse rechter in aanmerking? Vermoedelijk is hier sprake van strijd met de Nederlandse openbare orde.

Hier zou sprake zijn van het ontstaan van een 'hinkende rechtsverhouding', om het in IPR-termen uit te drukken. In Iran wordt het huwelijk als ontbonden beschouwd, terwijl dit in Nederland niet het geval is. De praktische consequenties hiervan blijven echter relatief beperkt. Ten eerste omdat partijen in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben, en zij vermoedelijk nog maar beperkt verbonden zijn met de Iraanse rechtssfeer. Ten tweede zal de facto sprake zijn van een 'duurzaam ontwricht' huwelijk, zodat men bij de Nederlandse rechter kan scheiden.

In het verband van deze casus is een arrest van het Hof Amsterdam vermeldenswaard⁶⁰⁹. Verzoekster, geboren in de Spaanse Sahara, wenste in Nederland te trouwen met een Nederlander, nadat zij eerder in haar geboorteland gehuwd was geweest. Zij kon geen bewijs leveren van de eerdere echtscheiding. Het Hof concludeerde in deze zaak op eigen initiatief dat haar huwelijk naar islamitisch recht ontbonden was wegens geloofsafval. Dat de vrouw het islamitische geloof de rug toegekeerd had, leidde het Hof af uit verklaringen van de vrouw dat zij o.m. alcohol

⁶⁰⁹ Hof Amsterdam, 20 april 1977, besproken door: A.V.M. Struycken, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak', *WPNR* (5542) 1980, p. 833.

genuttigd had, varkensvlees gegeten en met niet-moslims was uitgegaan. Een curieuze motivering, die evenwel tot een praktisch wenselijke uitkomst leidde.

5. Erkenning testament

Een Nederlands-Marokkaanse man maakt een naar Marokkaans recht geldig testament op met daarin o.a. een clause dat zijn kinderen niet geroepen zijn tot de nalatenschap, indien zij op het moment dat de nalatenschap openvalt getrouwd zijn met een niet-moslim. Later overlijdt de man in Nederland. Is het testament geldig, inclusief de genoemde clause?

Om te beginnen dient opgemerkt te worden dat deze casus zich in de praktijk niet zal voordoen. De testeervrijheid naar islamitisch recht is beperkter dan die naar Nederlands recht. Zo geldt bijvoorbeeld in Marokko dat het slechts mogelijk is voor de erflater om over een derde deel van zijn nalatenschap bij testament te beschikken. Bovendien kan de erflater slechts makingen doen aan hen die niet volgens het ab-intestaat erfrecht recht hebben op een deel van de nalatenschap.

Voordat we op deze casus de regels van het IPR toe gaan passen, is de vraag wat het antwoord op de casus was geweest indien het een testament naar Nederlands recht was geweest. Kan men door een Nederlandse notaris een dergelijke clause laten opnemen?

De vraag is in zoverre relevant begin 2007 in de pers de indruk werd gewekt dat minister Hirsch Ballin het standpunt innam dat een halt toegeroepen moest worden aan zogenaamde shariatestamenten⁶¹⁰. De minister doelde hierbij op testamenten waarbij de echtgenote en dochters minder erven dan de zoons. Momenteel is onbekend of en zo ja in welke mate cliënten met een moslimachtergrond zich met een verzoek om een dergelijk testament tot de Nederlandse notaris wendt. Onwaarschijnlijk is dit niet, zeker niet in de grote steden. Dit verdient echter nader onderzoek.

Voor het Nederlandse erfrecht is de testeervrijheid een belangrijk uitgangspunt. In beginsel heeft de potentiële erflater alle ruimte om naar eigen inzicht te beschikken over zijn nalatenschap. Zelfs de legitieme portie, onder het oude recht een vrij grote beperking op de testeervrijheid, is met de invoering van het nieuwe erfrecht in 2003 aanmerkelijk afgezwakt.

De grens wordt in het erfrecht gevormd door de openbare orde. Merk hierbij op dat dat begrip in het erfrecht een ruimere betekenis toekomt dan in het IPR. Men zie art. 4:44 en 4:45 BW. Van der Burght geeft aan dat ook hier slechts van geval tot geval bekeken kan worden of een testamentaire bepaling de openbare ordetoest in concreto doorstaat. Doorslaggevend is of er sprake is van te grote dwang door de erflater⁶¹¹.

Anders dan de minister suggereert, is er weinig reden om aan te nemen dat een Nederlands testament dat uitgaat van een verdeling waarbij de zonen tweemaal zoveel krijgen als de dochters in strijd is met de openbare orde. De dochters kunnen immers altijd nog een beroep doen op hun legitieme portie.

Men zou kunnen betogen dat de testeervrijheid zover gaat dat ook clauses als genoemd in de casus – waarbij onderscheid wordt gemaakt naar religie – daar binnen vallen. Ook hier geldt immers dat kinderen die door de clause niet in aanmerking komen voor een testamentair erfdeel, een beroep kunnen doen op hun legitieme portie.

⁶¹⁰ Hierover uitgebreid: H. van Hedel, 'In Vrijheid Begunstigen', *NJB* 2007, p. 609-614.

⁶¹¹ Zie Gr. van der Burght en E.W.J. Ebben, *Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 226.

Bij de behandeling van de IPR-aspecten van deze casus moeten we weer onderscheiden tussen de erkenning van het testament als zodanig en de toetsing van de inhoud van het testament.

De geldigheid van de testamentsvorm wordt geregeld in het Haags Testamentvormenverdrag van 1961. Dit verdrag is erop gericht om zoveel mogelijk testamenten geldig te laten zijn. Het verdrag heeft een universeel toepassingsgebied, wat betekent dat het verdrag ook van toepassing is als het gaat om testamenten van personen die niet de nationaliteit van een verdragstaat hebben en ook niet domicilie hebben in een verdragstaat⁶¹².

Het verdrag bevat in artikel 1 een facultatieve conflictregel. Dit houdt in dat de acht gegeven mogelijkheden onafhankelijk van elkaar van toepassing zijn. Artikel 1 bepaalt dat een testament wat de vorm betreft geldig is indien het aan de vormvereisten voldoet van het recht:

- a. van de plaats waar de testateur beschikte, of
- b. van een Staat waarvan de testateur de nationaliteit bezat, hetzij op het ogenblik waarop hij beschikte, hetzij op het ogenblik van zijn overlijden, of
- c. van een plaats waar de testateur zijn woonplaats had, hetzij op het ogenblik waarop hij beschikte, hetzij op het ogenblik van zijn overlijden, of
- d. van de plaats waar de testateur zijn gewoon verblijf had, hetzij op het ogenblik waarop hij beschikte, hetzij op het ogenblik van zijn overlijden, of
- e. voor onroerende goederen, van de plaats van hun ligging.

Een door een Marokkaans-Nederlandse man naar Marokkaans recht opgemaakt testament wordt dus wat de vorm betreft al snel als geldig aangemerkt, in elk geval op grond van lid 1 sub b van het Verdrag.

De regels van Nederlands IPR voor de inhoud van het erfrecht zijn te vinden in het Haags Erfrechtverdrag 1989⁶¹³. Dit verdrag is nog niet in werking getreden, omdat Nederland het enige land is dat het tot nu toe geratificeerd heeft. In Nederland is het echter al wel geldend recht, omdat art. 1 van de Wet Conflictenrecht Erfopvolging dit bepaalt⁶¹⁴. Het verdrag omschrijft niet wat onder erfopvolging begrepen moet worden, maar uit de verwijzingsregels blijkt dat in ieder geval zowel de erfopvolging bij versterf als de testamentaire erfopvolging onder de werking van het verdrag vallen. Ook als de erflater of zijn nalatenschap geen banden heeft met een verdragsstaat is het verdrag van toepassing. Het heeft dus een universeel formeel toepassingsgebied.

De verwijzingsregel is opgenomen in art. 3 van het Haags Erfrechtverdrag. De hoofdregel is dat wordt aangeknoopt bij de woonplaats van de erflater op het moment van overlijden. Deze hoofdregel is opgenomen in art. 3 lid 1. Lid 2 maakt een uitzondering op deze regel, voor het geval dat erflater de nationaliteit bezat van een ander land dan waar hij gedurende meer dan vijf jaar voorafgaand aan zijn overlijden zijn gewone verblijfplaats had. In dat geval wordt toch het recht van het nationaliteitsland toegepast indien erflater kennelijk nauwere banden met dat land had, en bovendien sprake is van bijzondere omstandigheden⁶¹⁵.

⁶¹² Strikwerda 2005, nr. 206.

⁶¹³ Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op de erfopvolging van 1 augustus 1989, Trb. 1994, nr. 49.

⁶¹⁴ Strikwerda 2005, nr. 151.

⁶¹⁵ Uitbreider hierover: Strikwerda 2005, nr. 153.

De uitzondering van lid 3 ziet op de situatie waarin erflater minder dan vijf jaren zijn gewone verblijfplaats had in het land van zijn laatste woonplaats, en hij de nationaliteit bezat van een andere Staat. In principe is dan het recht toepasselijk van zijn nationaliteitsland, tenzij hij kennelijk nauwere banden had met het recht van een andere Staat. Uitzonderlijke omstandigheden zijn daarvoor niet vereist.

In art. 5 is een beperkte rechtskeuzemogelijkheid opgenomen. De erflater mag een rechtskeuze uitbrengen ten aanzien van het recht dat van toepassing zal zijn op de vererving van zijn nalatenschap. Hij kan overigens slechts kiezen voor het recht van het land van zijn nationaliteit, of voor het recht van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft, hetzij op het moment van overlijden, hetzij op het moment van het uitbrengen van de rechtskeuze.

De conflictregel van het Haags Erfrechtverdrag is een genuanceerde poging om tot aansluiting bij het nauwst verbonden recht te komen. De regel zoekt bovendien een compromis tussen landen die het nationaliteitsbeginsel voorop stellen en landen die uitgaan van het domiciliebeginsel.

Voor onze casus betekent de verwijzingsregel dat in de regel Nederlands recht van toepassing zal zijn. Dit kan alleen anders zijn indien in het testament een rechtskeuze voor Marokkaans recht opgenomen zou zijn. In hoeverre een dergelijke rechtskeuze in de praktijk ook daadwerkelijk voorkomt, is een vraag die alleen beantwoord kan worden met veldonderzoek in de notariële praktijk.

Indien Nederlands recht van toepassing is op de erfopvolging, dan wordt ook de inhoud van het Marokkaanse testament naar Nederlands recht getoetst. Zoals hierboven al uiteengezet zal een clause waarbij onderscheid gemaakt wordt naar godsdienst al snel niet door de beugel kunnen.

Tot besluit een vraag die niet voortvloeit uit de casus, maar die wel interessant is. Stel dat een Marokkaans-Nederlandse man of een Egyptisch-Nederlandse man in Nederland overlijdt zonder een testament opgemaakt te hebben. Welk erfrecht is dan van toepassing? En indien bijvoorbeeld het Egyptische erfrecht bij versterf van toepassing blijkt te zijn, kan dat erfrecht dan zonder meer door de Nederlandse notaris worden toegepast?

De conflictregel is voor het erfrecht bij versterf niet anders dan voor het testamentaire erfrecht. Ook hier geldt dus de conflictregel van het Haags Erfrechtverdrag.

Op het terrein van het erfrecht blijkt bij uitstek op welke punten sharia wringt met Westerse opvattingen. De frictie doet zich vooral voor bij de gelijkheid tussen mannen en vrouwen en bij de gelijkheid tussen godsdiensten. Berger en Sonneveld schrijven bijvoorbeeld over het Egyptische erfrecht dat 'interreligieus erven' maar beperkt mogelijk is: het kan alleen als gevolg testamentaire beschikking, en niet als het erfrecht bij versterf van toepassing is. Bovendien is het interreligieus erven beperkt tot maximaal een derde deel van de nalatenschap⁶¹⁶. Verder is in Egypte inderdaad sprake van een genderonderscheid: vrouwen erven slechts de helft van wat mannen erven.

Bij de bespreking van IPR, sharia en erfrecht kan niet voorbij worden gegaan aan de waqf. Deze rechtsfiguur speelt in elk geval in Marokko een belangrijke erfrechtelijke rol. De waqf lijkt in sterke mate op de trust, en is zelfs mogelijk de grondvorm van de

⁶¹⁶ M. Berger en N. Sonneveld, 'Sharia en nationaal recht in Egypte', in: Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006, p. 34.

trust. Het is een instelling met zowel publieke als private trekken, die twee doelen kan dienen. Enerzijds is het een instrument dat geschikt is voor estate planning. Anderzijds kan de waqf een middel zijn om dichterbij God te komen, indien het ook een religieus doel heeft. Dat religieuze doel komt tot uiting in de goede werken die met behulp van de waqf verricht kunnen worden.

Voor het IPR is de vraag of de waqf hier in Nederland erkend kan worden via het Haags Trustverdrag. Het begrip trust is in dat verdrag met opzet heel vaag gedefinieerd, zodat vele verschijningsvormen van de trust er onder zouden kunnen vallen. Rutten lijkt tot de conclusie te komen dat dit inderdaad het geval is⁶¹⁷.

Het is goed om op deze plaats te wijzen op de belangrijke rol van de notaris, als vooraf toetsende rechtsinstantie. Het is immers de notaris die moet bepalen of hij al dan niet zijn medewerking verleent aan het passeren van een testament met dubieuze clausules. Enerzijds heeft de notaris een ministerieplicht, maar anderzijds moet hij zijn diensten juist weigeren als hij van mening is dat hem iets ongeoorloofds gevraagd wordt. Ontwikkeling van de notariële deontologie op dit punt is belangrijk.

9.7 Afsluiting

Ter afsluiting van deze verkenning naar de werking van sharia via het IPR nog enkele opmerkingen. De doorwerking van sharia in het Nederlandse recht is relatief beperkt, en minder ingrijpend dan het klinkt.

Spreken over doorwerking van sharia is overigens enigszins problematisch. Sharia werkt niet rechtstreeks door, maar slechts via het nationale recht van een moslimland. Bovendien is de invloed van sharia op het nationale recht ook aan verandering onderhevig. Men zie bijvoorbeeld de herziening van de Mudawwana in Marokko.

Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre sharia in strijd is met de grondrechten, kan verwezen worden naar het hoofdstuk over grondrechten. In zijn algemeenheid kan vermeld worden dat de knelpunten voornamelijk zitten op het gebied van de gelijkheid tussen man en vrouw en de gelijkheid tussen religies. Verder is het denken over procesrecht in de islamitische wereld anders dan in het Westen. Men hecht minder waarde aan schriftelijk bewijs, en meer aan het bewijs door middel van getuigen.

Het IPR zoekt in internationale gevallen naar het toepasselijke recht dat het beste aansluit bij de voorliggende rechtsverhouding. Als de IPR-conflictregels goed werken, dan is de kans dus klein dat in een geval dat nauw verbonden is met de Nederlandse rechtsorde, verwezen wordt naar het recht van een land dat in sterke mate afwijkt van die rechtsorde. En als dat wel zo is, dan kan de openbare orde corrigerend werken.

Bedacht dient te worden dat het IPR niet bedoeld is om een oordeel te geven over een ander rechtssysteem, of om de vermeende kwaliteiten van het eigen rechtssysteem te promoten. Natuurlijk wordt wel in veel gevallen verwezen naar het Nederlandse recht. Dat is praktisch, en bovendien kent de Nederlandse rechter dat recht

⁶¹⁷ Rutten 2005, p. 136.

het beste. Maar het klassieke hoofddoel van het IPR is het voorkomen en verhelpen van hinkende rechtsverhoudingen. Het belang van een soepel verlopend internationaal rechtsverkeer is groot.

IPR is niet het aangewezen instrument om culturele diversiteit te reguleren, zoals Rutten aangeeft in haar preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking⁶¹⁸. Of en zo ja welke rol het IPR kan spelen bij integratie, is een vraag die buiten het bestek van deze verkenning viel, maar wel een vraag die de moeite van het doordenken waard is.

Tenslotte dient nog gewezen te worden op de beoefenaars van het IPR. Dat zijn niet alleen rechters, maar juist ook notarissen en ambtenaren van de burgerlijke stand. De laatste twee hebben een interessante positie omdat zij een toetsing vooraf uitvoeren, terwijl de rechter achteraf toetst. Zeker de rol van de notaris – als adviseur en schakel tussen praktijk en recht – verdient nader onderzoek in het kader van de bestudering van de verhouding tussen religie en recht.

⁶¹⁸ S.W.E. Rutten, 'Cultuur en familierecht in eigen kring', in: Foblets & Rutten 2005, p. 94.

Slotbeschouwing

Dit deel van het onderzoek naar religieuze deugden is erop gericht om inzicht te krijgen in de wijze waarop religieuze gemeenschappen binnen de Nederlandse samenleving functioneren. Religieuze gemeenschappen moet breed opgevat worden. Niet alleen de traditionele kerkgenootschappen vallen hieronder, maar ook de samenwerkingsvormen die de naar Nederlandse begrippen nieuwere godsdiensten hebben aangenomen. In het bijzonder richten we de schijnwerpers op die aspecten van de relatie recht en religie waar sprake is van frictie tussen die twee.

Van een schurende verhouding tussen recht en religie is de laatste jaren steeds sterker sprake, zo lijkt het. De komst van naar Nederlandse opvattingen nieuwe godsdiensten, zoals de Islam, lijkt hieraan debet. Het dwingt ertoe om het eenwenoude vraagstuk van scheiding van kerk en staat opnieuw te doordenken. We zien dat het overheidsbeleid ten aanzien van religieuze groeperingen geworteld is in een historische context waarin het streven naar pluriformiteit van de samenleving op basis van gelijkheid en neutraliteit hoog in het vaandel staat. Uitingen van godsdienst in de publieke ruimte genieten op basis hiervan vergaand bescherming. Hoe ver die bescherming van de godsdienstvrijheid in externe betrekkingen gaat en dient te gaan, is de vraag die centraal staat in het algemene deel van dit onderzoek.

In het bijzondere gedeelte is onderzocht wat de positie van de religieuze geloofsgemeenschappen in het privaatrecht is. Hoe ver gaat de bescherming van de vrijheid die geloofsgemeenschappen genieten om intern regels te stellen en geschillen te beslechten. Dit is de vraag naar vrijheid van godsdienst in interne betrekkingen.

Tenslotte is aan de hand van een specifiek thema onderzoek gedaan naar de vraag in welke mate ons internationaal privaatrecht (IPR) leidt tot het toepassen van de sharia, voorzover daarvan kan worden gesproken.

De scheiding tussen kerk en staat in Nederland is er geen waarbij de overheid zich onthoudt van elke vorm van bemoeienis met religie. Anders gezegd, de neutraliteit van de Nederlandse staat komt niet tot uitdrukking in een strikt seculier karakter van de staat. De Nederlandse staat scheidt waarborgen voor een pluriforme karakter van de samenleving door religie en levensovertuiging volstrekt op voet van gelijkheid te behandelen. Die houding manifesteert zich bijvoorbeeld in de financiering van het onderwijs. De juistheid van een streven naar pluriformiteit door neutraliteit is vooralsnog de overtuiging van de Nederlandse regering.

Vreemd genoeg blijkt de omvang van de godsdienstvrijheid afhankelijk te zijn van de statelijke en soms zelfs regionale omstandigheden. Het Europese Hof zoekt in uitspraken met betrekking tot de godsdienstvrijheid steeds naar een situatie waarin de pluriformiteit optimaal gewaarborgd is. In de ene samenleving wordt dit streven bereikt door beperkingen van de godsdienstvrijheid goed te keuren, terwijl in een andere staat juist het omgekeerde het geval is. Een ruime *margin of appreciation*, dat wil zeggen beoordelingsvrijheid van de afzonderlijke staten, biedt de mogelijkheid tot deze differentiatie

De typisch Nederlandse houding in het streven naar pluriformiteit komt tot uitdrukking in de jurisprudentie over de omvang van godsdienstvrijheid van de rechter en de

Commissie Gelijke Behandeling (CGB). Hierin worden uitingen van religieuze gevoelens ruimhartig toegelaten. Grenzen worden slechts gevormd door strafbare feiten in de formele wetgeving en door de onrechtmatige daad. Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid gaat het niet zozeer om de inhoud van de boodschap als wel om de vorm waarin deze is gegoten. Hoe meer de gedraging naar binnen is gericht, des te meer gewicht wordt toegekend aan de godsdienstvrijheid. Een interne gedraging zal slechts zelden een onrechtmatige daad opleveren.

Van de oordelen van de CGB kan niet worden gezegd dat ze steeds met volledige instemming worden begroet in de Nederlandse samenleving. Gesteld wordt dat het ruim baan bieden aan pluriformiteit met behoud van eigen identiteit niet altijd bijdraagt aan integratie. Het creëert ruimte om af te wijken van algemeen geaccepteerde Nederlandse gebruiken, zoals het schudden van een hand ter begroeting.

Grondrechten bieden de garantie om deel te nemen aan de democratie vanuit de eigen waarden en ideeën. Verschillen in religieuze en culturele achtergrond mogen er echter niet toe leiden dat er in één samenleving verschillende rechtsstelsels naast elkaar bestaan. Een zo vergaand rechtspluralisme is ongewenst. Zo wordt ons contractenrecht getypeerd als een open systeem, grenzen zijn er echter wel degelijke. Zij worden gevormd door de wet, de openbare orde en goede zeden. De rechter kan in conflictsituaties lippendienst bewijzen aan partijen door open normen in het privaatrecht in te kleuren overeenkomstig de religieuze en culturele achtergrond van partijen. De mate waarin culturele invloeden een rol mogen spelen in de rechtstoepassing is niet vastomlijnd. De rechter is hierin vrij.

Kerkgenootschappen hebben vanuit de vrijheid van godsdienst en de verhouding tussen kerk en staat een bijzondere positie in het privaatrecht. Het kerkgenootschap is een rechtspersoon die op grond van artikel 2:2 BW rechtspersoonlijkheid geniet. Er zijn voor het kerkgenootschap geen oprichtingsvereisten en het kerkgenootschap is niet gebonden aan de algemene regels uit boek 2, titel 1 BW. De ontbindingsregeling uit artikel 2:20 BW is niet van toepassing op het kerkgenootschap, zij het dat er een wetsvoorstel is ingediend om hierin verandering aan te brengen. Het enige vereiste om een kerkgenootschap te zijn is ontwikkeld in de jurisprudentie. Voor het zijn van een kerkgenootschap is vereist dat de groep mensen die zich de gemeenschappelijke godsverering op de grondslag van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt, kerkgenootschap wil zijn. Het kerkgenootschap neemt ten opzichte van verenigingen en stichtingen op confessionele grondslag, dan ook een bijzondere plaats in.

De bijzondere plaats van het kerkgenootschap komt mede daarin tot uitdrukking dat het kerkgenootschap wordt 'geregeerd' door het eigen statuut, voorzover dat niet in strijd is met de 'wet' (art. 2:2 lid 2 BW). Rechtsstatelijk gezien bepaalt de staat hoever de autonomie van het kerkgenootschap reikt. 'Wet' betekent in deze zin: fundamentele regels van dwingend recht. Het statuut mag niet in strijd zijn met de fundamentele beginselen van de Nederlandse samenleving. Daarbij wordt in de eerste plaats gedacht aan bepalingen van strafrechtelijke aard en voorts dwingend (privaat)recht van zwaarwegende betekenis. Dit houdt bijvoorbeeld in dat kerkgenootschappen niet op voorhand gebonden zijn aan de regels van het dwingend arbeidsrecht, als die bepalingen

niet stroken met de godsdienstige opvattingen van het betrokken genootschap. De opvatting van de Hoge Raad is nog steeds dat de rechtspositie van de geestelijke geregeerd wordt door het eigen statuut. Daaruit blijkt dat de staat in vergaande mate het interne kerkrecht respecteert. Dat betekent niet dat er geen grenzen worden gesteld. Zo bestaat in de lagere rechtspraak in toenemende mate oog voor de afhankelijke rechtspositie van de predikant c.q. de geestelijke. Dat kan ertoe leiden dat het omslagpunt, namelijk de toepassing van het algemene vermogensrecht, in casu het arbeidsrecht, sneller wordt bereikt.

De door de staat gerespecteerde autonomie heeft bij tal van kerkgenootschappen tot de invoering van een systeem van interne afdoening van geschillen geleid. In de traditionele kerkgenootschappen waarvan de RKK en de PKN als voorbeelden dienen, worden geschillen op vele terreinen intern beslecht. Dit kunnen huwelijkszaken zijn, alsook conflicten over de rechtspositieregeling voor de bedienaren van de geestelijke ambten en vermogensrechtelijke geschillen over de eigen rechtspersonen. Als kerkelijke aangelegenheid worden beschouwd alle onderwerpen waarin aan een kerkelijk orgaan om een beslissing wordt gevraagd.

De burgerlijke rechter mengt zich in beginsel niet in de interne geschilbeslechting van de kerkgenootschappen. Hij onderzoekt of de processuele waarborgen volledig in acht zijn genomen, maar toetst de materiële besluiten slechts marginaal.

De scheiding tussen kerk en staat draagt eraan bij dat aan de relatief nieuwe geloofsgemeenschappen ook een ruime autonomie toekomt. De gelijke behandeling van kerkgenootschappen - piketpaal in de verhouding tussen kerk en staat - betekent dat ook voor moskeeorganisaties interne geschilbeslechting op basis van geloofsregels is toegestaan. Indien bepaalde aspecten van de sharia binnen die interne rechtspleging een rol van betekenis vervullen, behoeft dat feit niet op voorhand negatief te worden beoordeeld. Elementen van geloof en belijden spelen immers ook bij de interne rechtspleging van de traditionele kerkgemeenschappen een belangrijke rol; ook als die normen en waarden op onderdelen afwijken van datgene wat in de Nederlandse samenleving als gangbaar wordt aangeduid. Gewezen kan worden op de procedures m.b.t. nietigverklaring van huwelijken binnen de RKK.

Uit hoofdstuk 9 (sharia en het IPR) is gebleken dat zelfs op rechtsstatelijk niveau - en wel langs de weg van toepassing van bepaalde vuistregels die binnen het internationaal privaatrecht gelden - bepaalde aspecten van 'de' sharia als het ware in het kielzog van die regels 'meekomen' en binnen de Nederlandse rechtsstaat worden erkend. Hier ligt een belangrijk scharnierpunt voor nader en meer uitgebreid te verrichten onderzoek.

Van het bevorderen van interne rechtspleging bij islamitische geloofsgemeenschappen zal, aangenomen dat die rechtspleging voldoet aan de elementaire eisen die binnen de rechtsstaat gelden - hoe paradoxaal dat ook mag klinken - een integratiebevorderende werking uitgaan. In dit verband dient erop te worden gewezen dat de 'ophef' die mondiaal ontstond over de Canadese provincie Ontario, die 'de Sharia zou hebben ingevoerd' op misverstanden berustte. In Ontario ging het primair om het realiseren van autonomie van religieuze gemeenschappen, in de vorm van interne *arbitrale* rechtspleging. Het betrof in dat geval een islamitische

organisatie die evenzeer van de door de staat geboden mogelijkheid van interne arbitrage wenste gebruik te maken als de joodse en christelijke organisaties voordien hadden gedaan. Dat daarin aspecten van 'de' sharia 'meekwamen' kan niet als opzienbarend worden beschouwd. Hier geldt wel treffend het spreekwoord : onbekend maakt onbemind!

Toegespitst op de Nederlandse situatie kan gebruikmaking van die 'eigenaardigheid', veeleer als verlengstuk en realisering van het gelijkheidsbeginsel worden beschouwd. De vervlechting van religieuze normen en waarden in de interne rechtspleging zal evenwel slechts kunnen geschieden onder de voorwaarde dat geen strijd mag bestaan met elementaire rechtsbeginselen. Dat het daarbij kan bliksemen onder de regenboog van kerk en staat, moge duidelijk zijn. De oorzaak hiervan is niet voorbehouden aan islamitische organisaties, maar een verschijnsel dat over de brede horizon van het religieuze landschap is waar te nemen.

Dat sharia geen vast omlijnd begrip is, maar op zeer verschillende manieren kan worden gebruikt, werd in het onderzoek breed besproken. Verwezen wordt naar de hoofdstukken 7 en 9.

Voor dit onderzoek is met name de tegenstelling relevant tussen persoonlijke sharia en de sharia, zoals die in de nationale wetgeving van sommige staten is neergelegd. De persoonlijke sharia kan een rol spelen in het individuele geloof en in de geloofsgemeenschappen, terwijl in de sharia in nationale rechtsstelsels in het bijzonder via het internationaal privaatrecht in Nederland een rol zou kunnen spelen. Voor zover bekend is er in moskeeorganisaties geen juridische vorm van geschilbeslechting. Er wordt hoogstens een vorm van bemiddeling op persoonlijk niveau toegepast. Men is doorgaans van mening dat dit in strijd is met de scheiding tussen kerk en staat. Hiervóór is echter betoogd dat deze uitwerking van autonomie juist in het verlengde ligt van de scheiding tussen kerk en staat.

Een meer intensieve gebruikmaking van die autonomie door islamitische organisaties vereist evenwel dat een meer transparante organisatiestructuur aan de basis ontstaat. De huidige organisatiestructuur of beter gezegd het veelal ontbreken van die structuur, vormt een ernstige belemmering voor de realisering van een stelsel van interne rechtspleging.

Vanuit rechtsstatelijk oogpunt bezien is er, naast het feit van het respecteren van de eigen autonomie van religieuze gemeenschappen en het integratiebevorderend effect, nog een derde argument om interne rechtspleging te bevorderen, namelijk het verminderen van de werklust van de reguliere rechtsinstanties. Bij de 'Canada arbitration' (Ontario) speelde laatst genoemde argument een belangrijke rol: 'tot reduce the workload of the courts'.

Sluitstuk van het onderzoek vormt hoofdstuk 9 (sharia en het internationaal privaatrecht). Het IPR zoekt in internationale gevallen naar het toepasselijke recht dat het beste aansluit bij de voorliggende rechtsverhouding. Als de IPR-conflictreghels goed werken, dan is de kans dus klein dat in een geval dat nauw verbonden is met de Nederlandse rechtsorde verwezen wordt naar het recht van een land dat in sterke mate afwijkt van die rechtsorde. De openbare orde kan in het uiterste geval echter corrigerend werken. Het doel van het IPR is het voorkomen en verhelpen van hinkende rechtsverhoudingen, in het belang van een soepel verlopend internationaal rechtsverkeer.

Als in een concrete situatie toepassing van IPR leidt tot verwijzing naar een nationaal rechtsstelsel dat regels van sharia heeft verwerkt, kan dat er indirect toe leiden dat sharia door de Nederlandse rechter wordt toegepast. De mate waarin dit gebeurt is moeilijk in te schatten, omdat sharia slechts via het nationale recht van een moslimland doorwerkt.

Literatuur

Akkermans, Bax & Verhey 2005

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax en L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Anders, Bloemink & Van Manen 1998

G.Anders, S. Bloemink & N.F. van Manen, *De onvermijdelijkheid van rechtspluralisme*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Berger 2005

M.S. Berger, 'Sharia in Europa? Welke Sharia?', *Eutopia* 2005, nr. 11.

Berger 2006 (Sharia, Islam tussen recht en politiek)

M.S. Berger, *Sharia. Islam tussen recht en politiek*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2006.

Berger 2006 (Klassieke sharia)

M.S. Berger, *Klassieke sharia en vernieuwing*, Amsterdam: University press 2006.

Van Bijsterveld 1998

S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in europees perspectief*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Blanco Fernandez 2005

J.M. Blanco Fernández, 'Het statuut van kerkgenootschappen', *RM THEMIS* 2005, p. 63-71.

Bloemink 1998

S. Bloemink, 'Cultureel verweer', in: G. Anders, S. Bloemink & N.F. van Manen, *De onvermijdelijkheid van rechtspluralisme*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 53-68.

Bolwijn 2005

M. Bolwijn, 'Moslimvrouwen Canada vrezen Sharia-rechtbank; In Ontario mogen binnenkort wellicht islamitische rechters aan het werk; tegenstanders vrezen komst politieke islam, precedent voor andere landen met moslimpopulatie', *De Volkskrant* 15 juni 2005, p. 4.

Bovend' Eert

P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2004, p. 14-16.

De Bruijn 2004

J. de Bruijn, 'Kerk en staat – historisch. De verhouding tussen kerk en staat in Nederland (1579-2003)', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg, *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 49-53.

Brunner 1997

C.J.H. Brunner, 'De verhouding tussen kerk en staat als rechtsprobleem', in: G.R. Rutgers (red.), *Kerk, recht en samenleving. Oldenhuis-bundel*, Deventer: Kluwer 1997, p. 5-10.

Buitelaar 2006

M.W. Buitelaar, *Islam en het dagelijks leven: religie en cultuur onder Marokkanen*, Amsterdam: Atlas 2006.

Buskens 2004

L.P.H.M. Buskens, 'Opvattingen over islamitische saamhorigheid in theorie en praktijk', in: B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in een democratische rechtsstaat? Godsdienst, overheid en civiele religie in een post-geseculiseerde samenleving*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 120.

- Cliteur & Van den Eeckhoudt 2001
P.B. Cliteur & V. van den Eeckhoudt (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2001
- Cliteur 2001 (Jemen in Nederland)
P.B. Cliteur, 'Jemen in Nederland. Over het cultuurrelativisme als vermeende basis voor het multiculturalisme', in: P.B. Cliteur & V. van den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, 's-Gravenhage: Boom juridische uitgevers 2001.
- Cliteur 2004 (hoofddoekjes)
P.B. Cliteur, 'Hoofddoekjes, Rorty en verlichtingsfundamentalisten', in: B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 31-54.
- Cliteur 2004 (de neutrale staat)
P.B. Cliteur, *De neutrale staat, het bijzonder onderwijs en de multiculturele samenleving* (oratie Leiden), Leiden 2004.
- Coppens 2003
E.C. Coppens, 'Religie en recht: een verondersteld huwelijk of scheiding van tafel en bed?', *AA* 2003, p. 509-524.
- Coriden, Green & Heintschel 1985
J.A. Coriden, T.J. Green & D.E. Heintschel (red.), *The code of canon law. A text and commentary*, Londen: Cassel 1985.
- Coriden 2004
J.A. Coriden, *An introduction to canon law*, New York: Paulist press 2004.
- Van Daal 2005
G. van Daal, 'Canonica', *Advocatenblad special* 2005, p. 796-799.
- Den Dekker-van Bijsterveld 1988
S.C. den Dekker-van Bijsterveld (diss.), *De verhouding tussen kerk en staat in het licht van de grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1988.
- Diepenhorst 1946
I.A. Diepenhorst, *De verhouding tussen kerk en staat in Nederland*, Utrecht: Kemink 1946.
- Dölle 2002
A.H.M. Dölle, 'De verhouding tussen kerk en staat in het Koninkrijk der Nederlanden', *T.B.P.* 2002, p. 685.
- Van de Donk, Jonkers, Kronjee & Plum 2006
W.B.H.J. van de Donk, A.P. Jonkers, G.J. Kronjee en R.J.J.M. Plum, *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie*, Amsterdam: University Press 2006.
- Van Drimmelen & Van der Ploeg 2004
L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg, *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004.
- Van Drimmelen 2004 (Bronnen van positief kerkrecht)
L.C. van Drimmelen, 'Bronnen van positief kerkrecht', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg, *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 215-230.
- Duynstee 1935
W.J.A.J. Duynstee, *Het rechtskarakter en de vertegenwoordiging van kerkgenootschappen en kerkelijke instellingen, preadvies 1935*, W.J.A.J. Duynstee & C. Punt: 's Gravenhage 1935, p. 15.

- Van Ee 1996 (kerkelijke conflicten)
 J.W. van Ee, 'Kerkelijke conflicten en de Katwijk- en Hasseltregel', *WPNR* 1996, p. 827-833.
- Van Ee 1996 (In strijd met de wet - WPNR)
 J.W. van Ee, 'In strijd met de wet', *WPNR* 1996, p. 163-179.
- Van Ee 1996 (In strijd met de wet RM Themis)
 J.W. van Ee, 'In strijd met de wet. De betekenis van artikel 2 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek. De vrijheid van godsdienst in relatie tot de interne juridische organisatie van het kerkgenootschap. De reikwijdte van de bepalingen van het kerkelijke statuut', *RM Themis* 1996, p. 163-179
- Eerdmans & Schreijen 2004
 J. Eerdmans & E. Schreijen, 'Neutrale staat is een grondrecht. Gebedsruimte past niet in openbaar onderwijs', in: R. Rutgers & G. Molier (red.), *Het multiculturele debat. Integratie of assimilatie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 139-141.
- Elzinga, De Lange & Hoogers
 D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006
- Evans 2001
 C. Evans, *Freedom of religion under the European Convention on Human rights*, Oxford: University Press 2001.
- Fernandes Mendes 1993
 H.K. Fernandes Mendes, 'Integratiebeleid en multicultureel recht', in: N.J.H. Huls & H.D. Stout (red.), *Recht in een multiculturele samenleving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1993, p. 37.
- Foblets & Rutten 2005
 M.-C. Foblets en S.W.E. Rutten, *Preadviezen uitgebracht door de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, (Deel 66), Deventer: Kluwer 2005.
- Gerards & Heringa
 J.H. Gerards & A.W. Heringa, *Studiepockets Staats- en Bestuursrecht. Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 2003.
- Gerards 2004
 J.H. Gerards, 'Kroniek oordelen Commissie Gelijke Behandeling 2000-2003. Multiculturaliteit en botsing van grondrechten', *NJCM-bulletin* 2004, p. 629-650.
- Van der Grinten & Heukels 2006
 P. van der Grinten en T. Heukels, *Crossing borders: essays in European and private international law, nationality law and islamic law in honour of Frans van der Velden*, Deventer: Kluwer 2006.
- Hasselt 1979
 W.J.C. Hasselt, *Verzameling van Nederlandse staatsregelingen en grondwetten*, Alphen aan den Rijn 1979.
- Van der Helm 2004
 A.J.M. van der Helm, 'De rooms-katholieke parochie in juridisch en organisatorisch opzicht', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg, *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 255-270.
- Hofman, Sap & Sewandono 1995.
 J.A. Hofman, J.W. Sap & I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 112-113.
- Huls & Stout 1993
 N.J.H. Huls, H.D. Stout (red.), *Recht in een multiculturele samenleving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1993.

Huysmans 1992

R.G.W. Huysmans, 'Hoofdlijnen uit het katholieke kerkrecht', in: W. van 't Spijker & L.C. van Drimmelen (red.), *Inleiding tot de studie van het kerkrecht*, Kampen: Kok 1992, p. 188-203.

De Gier 1989

K. de Gier, *De Dordtse kerkorde. Een praktische verklaring*, Houten: Den Hertog 1989.

Hardenberg 1980

L. Hardenberg, 'Het eigen recht van de kerken', *WPNR* 1980-5518/20.

Van Heelsum, Fennema & Tillie 2004

A. van Heelsum, M. Fennema & J. Tillie, *Moslim in Nederland. Islamitische organisaties in Nederland*, Den Haag: Sociaal en Cultureel planbureau 2004.

Van den Heuvel 2001

P. van den Heuvel, *De Hervormde Kerkorde. Een praktische toelichting onder verwerking van de uitspraken van de Generale commissie voor de behandeling van bezwaren en geschillen*, Zoetermeer: Boekencentrum 2001.

Van den Heuvel 2004

P. van den Heuvel (red.), *De toelichting op de kerkorde van de Protestantse Kerk in Nederland*, Zoetermeer: Boekencentrum 2004.

Commissie Hirsch Ballin 1988

Commissie Hirsch Ballin, Overheid, godsdienst en levensovertuiging. Eindrapport van de Commissie van advies inzake de criteria voor steunverlening aan kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag, 's-Gravenhage: Ministerie van buitenlandse zaken 1988.

Ten Hooven & De Wit 2006

M. ten Hooven & T. de Wit (red.), *Ongewenste goden. De publieke rol van religie in Nederland*, Amsterdam: Sun 2006.

Ten Hooven 2006

M. ten Hooven, 'Religie verdeelt Nederland. Een oude scheidslijn in een nieuwe gedaante', in: M. ten Hooven & T. de Wit (red.), *Ongewenste goden. De publieke rol van religie in Nederland*, Amsterdam: Sun 2006, p. 13-37.

Huysmans 1993

R.G.W. Huysmans, *Algemene normen van het wetboek van canoniek recht*, Leuven: Peeters 1993.

Jacobs 1994

A.T.J.M. Jacobs, 'Enkele problemen rondom de rechtspositie van godsdienstleraren, districtskatecheten en pastoraal werkers in de R.K. kerk in Nederland', in: A.P.H.M. Meijers, A.T.J.M. Jacobs e.a., *Op het snijvlak van civiel en canoniek recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Jonkers 2006

A. P. Jonkers, 'Hoe zal de rechter dat oplossen?', W.B.H.J. van de Donk, A.P. Jonker & R.J.J.M. Plum (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie*, Amsterdam: university press 2006.

Jordens-Cotran 2000

L. Jordens-Cotran, *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak*, Utrecht: Forum 2000.

Koekkoek, Konijnenbelt & Crijns 1982

A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet (Jeukens-Bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p.160-161.

Koffeman 2003

L.J. Koffeman, 'Rechtsbescherming in protestants Nederland', in: R. Torfs, K. Martens e.a., *Canon law monograph series. Deel 3. Recht op recht in de kerk*, Leuven: Peeters 2003, p. 108

Labuschagne 1994

B.C. Labuschagne (diss.), *Godsdienstvrijheid en niet-gevestigde religies. Een grondrechtelijk-rechtsfilosofische studie naar de betekenis en grenzen van religieuze tolerantie*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1994.

Labuschagne & Ten Napel 2001

B.C. Labuschagne & H.-M. Th. D. ten Napel, 'De verhouding staat en godsdienst. Enkele stellingen ter heroriëntatie op een actueel thema', in: M. Kroes, J.P. Loof & H.-M. Th.D. ten Napel, *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*. Staatsrechtconferentie 2001, Deventer: Kluwer 2001, p. 147-159.

Labuschagne 2004

B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Landman 1992

N. Landman, *Van mat tot minaret. De institutionalisering van de islam in Nederland* (diss. Utrecht), Amsterdam: VU uitgeverij 1992.

Loenen 2006 (Het EHRM)

M.L.P. Loenen, 'Het EHRM en de grenzen van religieus pluralisme', *NJB* 2006, p. 304-310.

Loenen 2006 (Geloof in geding)

T. Loenen, *Geloof in geding. Juridische grenzen van religieus pluralisme in het perspectief van de mensenrechten*, 's-Gravenhage: SDU 2006.

Loenen 2006 (Gezichtsbedekkende sluiers)

T. Loenen, 'Gezichtsbedekkende sluiers: toestaan of beperken?', *NJCM-bulletin* 2006, p. 984-997.

Loof & Ten Napel 2001

J.P. Loof & H.-M.Th.D. ten Napel, *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*. Staatsrechtconferentie 2001, Deventer: Kluwer 2001, p. 137-147.

Maeijer 1986.

J.M.M. Maeijer, *Rechtspersonen, godsdienst en levensovertuiging*, Amsterdam: Noord-Hollandse uitgevers maatschappij 1986, p. 78-80.

Maeijer 1997

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2-II. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Manen & Hoekema 2001

N.F. van Manen & A.J. Hoekema, 'Gemeenschappen komen tot hun recht', in: P.B. Cliteur & V. van den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 221-260.

Van Manen 2002 (de multiculturele samenleving)

N.F. van Manen (red.), *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Van Manen 2002 (interculturele conflicten)

N.F. van Manen, 'Interculturele conflicten en het recht', in: N.F. van Manen (red.), *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 89-102.

Van Manen 2002 (het recht en de multiculturele samenleving)

N.F. van Manen, 'Het recht en de multiculturele samenleving', *NJB* 2002, p. 1186-1195.

Maneschijn 2004

G. Maneschijn, 'scheiding van kerk en staat impliceert geen scheiding van religie en politiek', in: B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 73-86.

Martens 2003

K. Martens, 'Rechtsbescherming in de Rooms-Katholieke kerk. Met bijzondere aandacht voor de situatie in Nederland en België', in: R. Torfs, K. Martens e.a., *Canon Law Monograph Series. Deel 3. Recht op recht in de kerk*, Leuven: Peeters 2003, p. 35-54.

Meijers 1994

A.P.H. Meijers, *Op het snijvlak van civiel en canoniek recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1994.

Meijers 1998

A.P.H. Meijers (red.), *De parochie van de toekomst*, Leuven: Peeters 1998.

Meijers 2000

A.P.H. Meijers, *Het vermogensrecht in het Wetboek van Canoniek Recht. De bonis temporalibus. Verwerving, bezit, beheer en vervreemding van vermogen binnen de Kerk*, Leuven: Peeters 2000, p. 57-76.

Meijers 2001

A.P.H. Meijers, 'De verhouding van canoniek recht tot het burgerlijk privaatrecht', *WPNR* 2001, p. 755-761.

Meijers 2002

A.P.H. Meijers, 'Artikel 1:68 en artikel 449 sr.: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk gezien vanuit Rooms-katholiek standpunt', *NJB* 2002, p. 1897-1898.

Van Middelkoop 2003

E. van Middelkoop, 'Kerk en moskee in een multiculturele samenleving', *Reformatie* 2003-38.

Mostermans 2003

P.M.M. Mostermans, *Praktijkreeks IPR. Deel 5. Echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2003.

Nieuwenhuis 2004

A.J. Nieuwenhuis, 'Godsdienstvrijheid en bijdragen aan het maatschappelijk debat', *NJCM-bulletin* 2004, p. 154-166.

Oldenhuis 1977

F.T. Oldenhuis, *Rechtsvinding van de burgerlijke rechter in kerkelijke conflicten*, Groningen: De vuurbaak 1977.

Oldenhuis 1979

F.T. Oldenhuis, 'De Positie van de "kerkelijke stichting" onder het nieuwe Tweede boek van het BW', *WPNR* 1979, p. 453-458.

Oldenhuis 1988 (kerkgemeenschappen en zelfstandige onderdelen)

F.T. Oldenhuis, 'Kerkgemeenschappen en zelfstandige onderdelen', *WPNR* 1988, p. 155-159.

Oldenhuis 1988 (deel I)

F.T. Oldenhuis, 'Kerkgemeenschappen en privaatrecht. Deel I. Toetsing van besluiten en vrijheid van belijden', *WPNR* 1988, p. 211-215.

Oldenhuis 1988 (Deel II)

F.T. Oldenhuis, 'Kerkgemeenschappen en privaatrecht. Deel II', *WPNR* 1988, p. 231-234.

Oldenhuis 1994

F.T. Oldenhuis, 'Kerkgenootschappen en privaatrecht; kanttekeningen bij 'de zaak kruis', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB (Brunner-bundel)*, Deventer: Kluwer 1994.

Oldenhuis 2004

F.T. Oldenhuis, 'Kerkelijke geschillen; de burgerlijke rechter en kerkelijke conflicten', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 177-187.

Oldenhuis 2006

F.T. Oldenhuis, *Exclusiviteit en (in)tolerantie; schurende relaties tussen recht en religie* (oratie Groningen), Rijksuniversiteit Groningen 2006.

Oldenhuis 2007

F.T. Oldenhuis (red.), *Serie recht en religie. Predikant tussen baan en ambt*, Heerenveen: Protestantse pers 2007.

Otto 2004

J.M. Otto, 'De verhouding tussen sharia en nationaal recht volgens de essentialisten en multiplisten', in: *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, p. 145-172, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Otto 2006

J.M. Otto (red.), *Sharia en nationaal recht. Rechtssystemen in moslimlanden tussen traditie, politiek en rechtsstaat*, Amsterdam: University press 2006.

Otto, Dekker & Van Soest-Zuurdeeg 2006

J.M. Otto, A. Dekker & L. van Soest-Zuurdeeg (red.), *Sharia en nationaal recht in twaalf moslimlanden*, Amsterdam: University press 2006.

Overbeeke 2006

A.J. Overbeeke, 'Willem I's rentree te Brussel. 175 jaar scheiding België-Nederland en de verhoudingen tussen kerk en staat', *R&R* 2006, p. 55-63.

Ovey & White

C. Ovey & R. White, Jacobs and White, *The European convention on human rights*, Oxford: University Press 2006, p. 308-311.

Peters 1989

J.A.F. Peters (red.), *Kerk en staat. Actuele ontwikkelingen belicht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1989.

Peters 2000

R. Peters, 'Fiqh. Rechtswetenschap', in: J. Waardenburg (red.), *Islam, norm, ideaal en werkelijkheid*, Houten: Fibula 2000.

Van der Ploeg 2004 (Kerken in het privaatrecht)

T.J. van der Ploeg, 'De kerken in het privaatrecht', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 123-136.

Van der Ploeg 2004 (Rechtspositie)

T.J. van der Ploeg, 'De rechtspositie van priesters, predikanten en andere voorgangers', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 159-174.

Van der Ploeg 2005

T.J. van der Ploeg, 'Het recht en de geschilbeslechting in kerkgenootschappen', in: R.J.C. Flach (red.), *Amice (Rutgers bundel)*, Deventer; Kluwer 2005.

Raaijmakers 2000

M.J.G.C. Raaijmakers, 'kerkgenootschap en stichting; iets over HR 12 mei 2000, RvdW 2000, 121', in:

Redactie NJCM-bulletin 1986

Redactie NJCM-bulletin, 'Staatspraktijk. Invoeringswet boeken 3,5 en 6 nieuw BW (zesde gedeelte), bevattende aanpassing van de boeken 1 en 2 van het Burgerlijk Wetboek (w.o. 17 725), *NJCM-bulletin* 1986, p. 643-646.

Reehuis & Slob 1990

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Kluwer: Deventer, 1990, p. 1036-1037.

Renucci 2005

J-F Renucci, *Human rights files 20. Article 9 of the European Convention on Human Rights. Freedom of thought, conscience and religion*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2005.

Rutgers & Molier 2004

R. Rutgers & G. Molier (red.), *Het multiculturele debat. Integratie of assimilatie?*, 's-Gravenhage; Boom juridische uitgevers 2004.

Rutten 1988

S.W.E. Rutten, *Muslims in de Nederlandse rechtspraak*, Kampen: J.H. Kok 1988.

Rutten 1992

S.W.E. Rutten (red.), *Recht van de Islam 10. De Islam in West-Europa. Teksten van het op 12 juni 1992 te Leiden gehouden 10^e RIMO-symposium*, Maastricht: Rimo 1992.

Rutten 2001

S.W.E. Rutten, 'Culturele diversiteit in het Nederlandse recht', in: P.B. Cliteur & V. van den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers 2001.

Rutten 2005 (verzoening)

S.W.E. Rutten, *Verzoening. Islamitisch recht in West Europa. Geselecteerde werken uit het oeuvre van Susan Rutten*, Maastricht: Universitaire pers 2005.

Samkalden 2004

C. Samkalden, 'De staat van de godsdienstvrijheid –de staat vrij van godsdienst? Godsdienstvrijheid en scheiding van kerk en staat in rechtstheorie en rechtsvergelijking', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 581-595.

Santing-Wubs 2002

A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Sap 2004

J.W. Sap, 'Kerk en staat vanuit het staatsrecht. Meer respect voor de publieke dimensie van godsdienst', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg, *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 93-104.

Van Sasse van Ysselt 2006

P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Opinie. Sharia en de democratische paradox; terugkeer van de crisistoon', *NJB* 2006, p. 1952-1953.

Van Schilfgaarde 1979

P. van Schilfgaarde, *Rechtspersonen. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1979.

Schneider 1982

J.W. Schneider S.J., 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging', in: A.K. Koekoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet (Jeukens-bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 151-166.

Scholten 1940

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel I. Personenrecht. Tweede stuk vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Zwolle 1940, p. 123-124.

Shadid & Van Koningsveld 1997

W.A.R. Shadid & P.S. van Koningsveld, *Moslims in Nederland. Minderheden en religie in een multiculturele samenleving*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1997.

Shadid & Van Koningsveld 2002

W.A.R. Shadid & P.S. van Koningsveld, *Intercultural relations and religious authorities: muslims in the European union*, Leuven: Peeters 2002.

Simonsma 2001

J.R. Simonsma, 'Moet er multiculturele rechtspraak komen?', *NTBR* 2001, p. 128-132.

Slomp 2005

J. Slomp, *Islam*, Kampen: Kok 2005.

Slump 1997

D.A.C. Slump, 'Burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen', in: G.R. Rutgers (red.), *Kerk, recht en samenleving. Oldenhuis-bundel*, Deventer: Kluwer 1997, p. 67-86.

Smits 2000

J.M. Smits, 'Multiculturalisme en Europees privaatrecht: een pleidooi', *NTBR* 2000, p. 289-292.

Smits 2001

J.M. Smits, 'Naschrift', *NTBR* 2001, p. 131-132.

Snel 2004

J.D. Snel, 'Het misverstand over kerk en staat', in: R. Rutgers & G. Molier (red.), *Het multiculturele debat. Integratie of assimilatie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 155-161.

Van 't Spijker & Van Drimmelen 1992

W. van 't Spijker, L.C. van Drimmelen (red.), *Inleiding tot de studie van het kerkrecht*, Kampen: J.H. Kok 1992.

Van Stiphout 2005

M.A.H.P. van Stiphout, 'Consuetudo consuetudine vincitur', in: R.J.C. Flach (red.), *Amice (Rutgers bundel)*, Deventer; Kluwer 2005, p. 321-328.

Strikwerda 2005

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Struijs 1998

A. Struijs, *Minderhedenbeleid en moraal. Erkenning van culturele identiteit in het perspectief van de liberale moraal*, Assen: Van Gorcum 1998, p. 61-75.

Sijmonsma 2001

J.R. Sijmonsma, 'Moet er multiculturele rechtspraak komen?', *NTBR* 2001, p. 128-131

Taylor 2005

P.M. Taylor, *Freedom of religion, UN and European Human rights law and practice*, Cambridge: University press 2005.

Tigchelaar 2004

J. Tigchelaar. 'Geloofsnormen en gelijkwaardigheid in groetgedrag', *NJCM-bulletin* 2004, p. 1101-1113.

Tjittes 2004.

R.P.J.L. Tjittes, 'Multicultureel recht', *RMThemis* 2004, p. 225-227.

Torfs 2003

R. Torfs e.a., *Recht op recht in de kerk*, Leuven: Peeters 2003. (Redt het recht de kerken, R. Torfs; Rechtsbescherming in de rooms-katholieke kerk met bijzondere aandacht voor de situatie in Nederland en België, K. Matens; Rechtsbescherming in de kerken van de gereformeerde traditie in Nederland, L.J. Koffeman; Regsbescherming in die kerk, P. Coertzen).

Veenendaal 2006

H. Veenendaal, 'Het WRR-rapport en islamitisch shariarecht. Beelden en woorden van angst geconfronteerd met feiten en kennis?', *NJB* 2006, p. 1947-1951.

Van der Velden 2003

F.J.A. van der Velden, *Talaq in de rechtszaal?* (Oratie VU), Kluwer: Deventer 2003.

Van der Velden

F.J.A. van der Velden, 'Betekenis van de islam en het islamitisch recht voor het Nederlands familie- en jeugdrecht', *FJR* 2004, 21.

Van der Velden 2004 (multicultureel familierecht)

F.J.A. van der Velden, 'Multicultureel familierecht in Nederland: ja?, en hoe?', *RMThemis* 2004, p. 228-240.

Vermeulen 2000

B.P. Vermeulen, 'Artikel 6', in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk-Willink 2000.

Vermeulen & Kanne 2004

B.P. Vermeulen & M.J. Kanne, 'Kerk en staat en de mensenrechten', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg, *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 70-71.

Vermeulen, Loof & Wegelin

B.P. Vermeulen, J.P. Loof & B. Wegelin (red.), *Overwegingen bij een boerka-verbod. Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding*, 's-Gravenhage: November 2006, p. 36-37.

Vestdijk & Van der Hoeven

A.C.M. Vestdijk - Van der Hoeven, *Religieus recht en minderheden. Een onderzoek naar de rechtspositie van de leden der minderheden in relatie tot het eigen religieuze recht van deze minderheden in Nederland*, Arnhem: Gouda Quint, 1991.

Waardenburg 2000.

J. Waardenburg (red.), *Islam. Norm, ideaal en werkelijkheid*, Houten: Fibula 2000.

Waardenburg 2001

J.D.J. Waardenburg, *Institutionele vormgevingen van de islam in Nederland gezien in Europees perspectief*, Den Haag: Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid 2001.

Wallage 2004

J. Wallage, 'Over identiteit, zelfrespect en integratie, in: R. Rutgers & G. Molier (red.), *Het multiculturele debat. Integratie of assimilatie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p.69-81.

Wauters 2005

B. Wauters, *Recht als religie. Canonieke onderbouwing van de vroegmoderne staatsvorming in de zuidelijke Nederlanden*, Leuven: Universitaire pers 2005.

Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid 2006 (Islamitische activisme)

Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid, *Dynamiek in islamitisch activisme; aanknopingspunten voor democratisering en mensenrechten*, Amsterdam: University Press 2006.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2006 (Publieke domein)

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie*, Amsterdam: University Press 2006.

Van de Wiel 2006

C. van de Wiel, *Geschiedenis van het kerkelijk recht*, Leuven: Peeters 2006.

Willemze 2007

T.M. Willemze, 'De rechtsverhouding bezien vanuit de praktijk', in: F.T. Oldenhuis (red.), *Serie recht en religie. Predikant tussen baan en ambt*, Heerenveen: Protestantse pers 2007, p. 93-107.

Van Wissen 1992

G.J.M. Van Wissen, *Studiepockets staats-en bestuursrecht. Grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1992, p. 100-101.

Witteveen 1984

T.A.M. Witteveen, *Overheid en nieuwe religieuze bewegingen* (diss. Groningen), Den Haag: Staatsuitgeverij 1984.

Wolswijk 2004.

H.D. Wolswijk, 'Cultuur en strafbaarheid', *RMThemis* 2004, p. 257-266.

Van Zeben 1991

C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw BW. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer: Kluwer 1991, p. 110.