

Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht, 7 (2013), 1-16

Mr. drs. J.R. Groen¹

De kracht van symbolen

Religieuze symbolen in het klaslokaal in het licht van de vrijheid van onderwijs, vrijheid van godsdienst en neutraliteit van de staat

1. Inleiding

Op 18 maart 2011 komt de Grote Kamer van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Lautsi* tot de conclusie dat de verplichting tot de aanwezigheid van een crucifix in de klas van een openbare school binnen de ‘margin of appreciation valt en geen schending van artikel 2, Eerste Protocol EVRM (EP) door Italië inhoudt.’² In een eerdere uitspraak was de ‘Second Section’ van het Hof nog tot de conclusie gekomen dat er wel sprake was van een schending van artikel 2, EP.³ De eerste uitspraak van de Tweede Sectie riep een storm aan maatschappelijke kritiek op.⁴ Ook de latere uitspraak van de Grote Kamer is echter hevig bekritiseerd. Dit tekent hoe gevoelig deze materie ligt, zowel in Italië als in de rest van Europa.

Voor Nederland is de uitspraak niet direct relevant, in die zin dat de casus zoals deze zich in Italië voordoet, zich niet in Nederland kan voordoen. Openbaar onderwijs wordt in Nederland gegeven ‘met eerbiediging van ieders levensovertuiging’ gegeven.⁵ Deze levensbeschouwelijke neutraliteit wordt zo geïnterpreteerd dat de overheid geen religieuze stroming mag bevooroordeel(en). Het verplicht stellen van de aanwezigheid van een crucifix in een lokaal zou hiermee onverenigbaar zijn. Een belangrijke achterliggende thematiek van de uitspraak, de positie van religie in het publieke domein, en specifiek in de context van onderwijs en de neutraliteit van de staat speelt echter veel breder in Europa, en ook in Nederland lopen op dit punt de spanningen nog al eens op. Om maar enkele voorbeelden te noemen: het dragen van een hoofddoek door een leerling van een katholieke school, het al dan niet schudden van handen van collega’s van het andere geslacht en het maken van onderscheid op grond van godsdienst bij de aanstelling van docenten zijn zaken die in Nederland tot spanningen leiden. De uitspraak heeft dan ook de nodige aandacht gehad in de Neder-

¹ Werkzaam bij de directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties; bijdrage op persoonlijke titel.

² EHRM, 18 maart 2011, nr. 30814/06 (*Lautsi t. Italië*), voortaan *Lautsi II*

³ EHRM, 3 november 2009, nr. 30814/06 (*Lautsi t. Italië*), voortaan *Lautsi I*.

⁴ Getuige ook bijvoorbeeld het grote aantal interveniërende organisaties in de procedure.

⁵ Artikel 23, derde lid Grondwet.

landse juridische literatuur. Er zijn verschillende noten gepubliceerd bij het arrest en er is een aantal artikelen verschenen.⁶

In dit artikel wil ik op een systematische manier de betekenis van de vrijheid van onderwijs van artikel 2, eerste protocol EVRM in samenhang met de conventie als geheel, en in het bijzonder godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM en het beginsel van scheiding van kerk en staat beschouwen. Allereerst bespreek ik de hoofdlijnen van de zaak Lautsi. Vervolgens zal ik de vaste jurisprudentielijn van het Hof schetsen ten aanzien van artikel 2 EP. Deze pas ik vervolgens kritisch toe op de zaak Lautsi. Ik zal betogen dat het Hof terecht tot de conclusie komt dat er geen sprake is van schending van artikel 2 EP, maar dat een aantal argumenten zeer kwetsbaar is. In de tweede helft van dit artikel komt het beginsel van scheiding van kerk en staat en de neutraliteit van de staat aan bod. Daarbij zal ik drie benaderingen van de scheiding van kerk en staat onderscheiden, en reflecteren op de vraag op welke wijze deze beginselen van belang zijn voor toetsing door het Hof. Ik eindig met enkele conclusies en slotopmerkingen.

2. De zaak Lautsi

In de zaak Lautsi ging het om twee Italiaans-Finse jongens, Dataico en Sami Albertin, die naar school gaan op het Istituto comprensivo statale Vittorino da Feltre, een overheidsschool in Abano Terme. In alle klaslokalen is een crucifix opgehangen. De vader van beide kinderen vraagt op 22 april 2002 of de crucifixe zouden kunnen worden verwijderd. Het schoolbestuur besluit dat deze niet zullen worden verwijderd. De ouders Lautsi vechten de beslissing van het schoolbestuur aan op 23 juli 2002 bij de Italiaanse bestuursrechter op grond van strijd met het principe van secularisme en godsdienstvrijheid van artikel 3 respectievelijk 19 van de Italiaanse grondwet en artikel 9 van het EVRM.

Op 3 oktober 2002 wordt een richtlijn uitgevaardigd door de Minister van Onderwijs, Universiteiten en Wetenschap waarin de ambtelijke diensten worden geïnstrueerd om de noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde te realiseren dat de aanwezigheid van crucifixe in klaslokalen gegarandeerd worden. De verplichting wordt gebaseerd op artikel 118 van het koninklijk besluit nr. 965 van 30 april 1924 en artikel 119 van het koninklijk besluit nr. 1297 van 26 april 1928.

⁶ Als noten noem ik EHRC 2011/86, Lautsi t. Italië, met noot C. Samkalden en P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt. NCJM-Bulletin, jrg. 36, (2011), nr. 4, Lautis t. Italië: het EHRM tussen scylla en charybdis, noot Titia Loenen. In het verloop van dit artikel komen verschillende artikelen nog nader aan de orde.

De Minister voegt zich in de zaak Lautsi op 30 oktober 2003. De zaak wordt op 14 januari 2004 door het administratieve hof verwezen naar het Constitutionele Hof van Italië. Het Constitutionele Hof verklaart zich vervolgens niet bevoegd om hierin te oordelen. Vervolgens bepaalt het administratieve hof op 17 maart 2005 dat de verplichte aanwezigheid van een crucifix niet in strijd is met het seculiere karakter van de staat. In de kern komt de argumentatie van de Italiaanse regering er op neer dat de crucifix een symbool is voor universele acceptatie en respect voor ieder mens, en daarmee nooit in strijd kan komen met iemands persoonlijke overtuigingen. Tegen deze beslissing wordt beroep aangetekend bij het Consiglio di Stato, het hoogste administratieve hof. Ook dit beroep wordt afgewezen. Kern van de redenering is dat de crucifix in de specifieke omgeving van een leslokaal geen religieus symbool is, maar een symbool van burgerlijke deugden: 'a symbol capable of reflecting the remarkable sources of the civil values referred to above, values which define secularism in the State's present legal order'.

Vervolgens wordt beroep ingesteld bij het EHRM. De 'second chamber' oordeelt op 3 november 2009 (zie noot 3) dat het verplicht stellen van de aanwezigheid van een crucifix een schending is van artikel 2, Eerste Protocol in samenhang met artikel 9 EVRM. De Kamer leidt uit artikel 2 EP af dat de Staat dient af te zien van het opleggen van een bepaald geloof, zeker bij hiervoor kwetsbare kinderen. De crucifix heeft allereerst een religieuze betekenis, en het blootstellen van niet-religieuze kinderen aan dit symbool kan hen 'emotioneel verstoren'. De staat dient neutraal te zijn, en de verplichting om een crucifix op te hangen in een klaslokaal valt hiermee niet te verenigen, en is in strijd met het pluralisme dat essentieel is voor het voortbestaan van een democratische samenleving.

Het oordeel van de 'second chamber' riep een storm van reacties op, allereerst afkeurende bij Italiaanse politici, maar ook breder bij NGO's en andere landen. Het feit dat overheden van een groot aantal landen zich groepen voelden hun visie naar voren te brengen bij de Grote Kamer getuigt hiervan. Daarnaast hebben drieëndertig Europarlementariërs hun afkeuring uitgesproken. Tegelijkertijd zijn er ook NGO's die hun steun uitspreken voor de beslissing van de Kamer. Men kan met recht spreken van een Europa-breed debat. Het hoeft geen verbazing te wekken dat er de nodige druk op de Grote Kamer stond bij deze zaak. Het relatief hoge aantal concurring opinions (3) en dissenting opinions (2) getuigt van de waarde die de individuele rechters voelen om zich over deze kwestie zo precies mogelijk uit te drukken.

De Grote Kamer komt tot een andere uitkomst dan de Kleine Kamer, en ziet geen schending van artikel 2, EP of artikel 9 EVRM. De beslissing om een crucifix op te hangen in een klaslokaal valt in principe binnen de

‘margin of appreciation’ van een lidstaat. Het komt tot deze conclusie op grond van een viertal argumenten:

1. Een crucifix leidt niet noodzakelijkerwijs tot indoctrinatie.
2. Een crucifix is ‘essentially a passive symbol’.
3. De aanwezigheid van een crucifix is niet verbonden met verplicht onderwijs over christendom.
4. De ouders hebben nog steeds de mogelijkheid om hun kinderen zelf op te voeden in lijn met hun filosofische overtuigingen.

3. Jurisprudentie lijn inzake artikel 2 EP

Artikel 2, EP EVRM luidt in zijn geheel:

“Niemand mag het recht op onderwijs worden ontzegd. Bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, eerbiedigt de Staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen.”

De bepaling dient nadrukkelijk te worden gelezen in het licht van de conventie als geheel.⁷ De eerste volzin strekt er toe het onderwijs voor een ieder te garanderen. Men zou dit kunnen typeren als een minimale verplichting voor de staat tot het in stand houden van een stelsel van onderwijsvoorzieningen dat algemeen toegankelijk is. Het recht op onderwijs leidt niet tot een aanspraakrecht op het onderwijs van de eigen voorkeur.⁸ Dit zou een staat er immers toe verplichten elke mogelijke school van voorkeur van elke ouder of elke student te realiseren, hetgeen feitelijk onmogelijk zou zijn. De aanspraak geldt slechts binnen het bestaande stelsel van scholen.⁹ De tweede volzin strekt tot een verplichting van de staat om de levensbeschouwelijke overtuigingen van de ouders te respecteren. In de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel is aan de orde gekomen hoever deze verplichting strekt. De bepaling is mede geënt op artikel 26 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens (UVRM), en werd bij de totstandkoming nadrukkelijk gezien als een ‘lex specialis’ van artikel 8 EVRM. Ouders hebben het recht om hun kind op te voeden in de levensbeschouwelijke overtuiging die zij wensen. Dit impliceert dat ook in het onderwijs rekening wordt gehouden met hun overtuigingen. Dit geldt

⁷ EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (Kjeldsen, Busk, Madsen en Pedersen).

⁸ EHRM, 23 juli 1968, Publ. Hof, Serie A, Vol. 6, 31 (Belgische taalzaken). Recentelijk is er overigens een arrest geweest waarin wel degelijk ook een aanspraakrecht op een bepaald type onderwijs is aangenomen, in *Catan e.a. tegen Moldavië en Rusland*. Ik heb in een noot (te verschijnen) bij deze uitspraak betoogd dat deze uitspraak sterk samenhangt met de specifieke context van deze zaak, en niet direct leidt tot irrelevantie van de lijn die onder Belgische taalzaken is ingezet.

⁹ Zie ook A. Koekoek, *De Grondwet: een artikelsgewijs commentaar*, 2000, p. 271.

voor het gehele onderwijsprogramma, en niet alleen bij onderwijs in levensbeschouwelijke onderwerpen. De bepaling strekt niet zo ver dat ouders zich aan de leerplicht mogen onttrekken op grond van hun overtuigingen.¹⁰ “Eerbiedigen” impliceert niet dat staten verplicht zijn tot het subsidiëren of zelfs maar erkennen van scholen met een godsdienstige richting. Het impliceert wel dat het door de staat gegeven onderwijs pluralistisch van karakter en niet indoctrinerend is.¹¹

De standaard voor indoctrinerend onderwijs is gelegd in het reeds genoemde *Kjeldsen, Busk, Madsen en Pedersen t. Denemarken* en bevestigd in *Folgerø t. Noorwegen*.¹² In beide zaken ging het om verplichte onderdelen van het curriculum. In de eerste zaak ging het om verplichte deelname aan een onderdeel van het curriculum inzake seksuele voorlichting. Het Hof in deze zaak (r.o. 53):

“(…)The second sentence of Article 2 (P1-2) implies on the other hand that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded..(…)”

Op grond van het objectieve, kritische en pluralistische karakter van de seksuele voorlichting wordt dit onderdeel van het curriculum niet in strijd geacht met artikel 2 EP. In *Folgerø* wordt deze lijn bevestigd, en komt het Hof na een zeer uitgebreide bestudering van het curriculum inzake een levensbeschouwelijk vak tot de conclusie dat er sprake is van een schending van artikel 2 EP, omdat het curriculum niet objectief, kritisch en pluralistisch was, en dat het zeer belastend voor de ouders was om een partiële vrijstelling te verkrijgen. Het lesprogramma in kwestie was op sommige plaatsen in enige mate vooringenomen ten aanzien van (lutheraans) christendom. Deze vooringenomenheid zelf was nog niet problematisch, maar het feit dat het zeer lastig was om een vrijstelling te verkrijgen, was dit wel. Dit gold ook in de latere zaak van *Zengin e.a. tegen Turkije* (EHRM, 9 oktober 2007, nr. 1448/04), waar de vooringenomenheid van de tekstboeken in combinatie met het ontbreken van de mogelijkheid van het verkrijgen van een vrijstelling voor het godsdienstonderwijs eveneens leidde tot een schending van artikel 2 EP.

¹⁰ Zoontjens, *De vrijheid van en het recht op onderwijs: Migratie en Integratie*, SDU, Den Haag 2003.

¹¹ EHRM 7 december 1976, Publ. ECHR, Series A, vol. 23 (*Kjeldsen, Busk, Madsen en Pedersen*).

¹² EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02 (*Folgerø t. Noorwegen*).

4. Weging van de vrijheid van onderwijs in *Lautsi*

De bovengeschetste vaste jurisprudentielijn is niet zo eenvoudig toe te passen op religieuze symbolen. Er zijn wel symbolen van pluralisme, en symbolen van een kritische houding, maar kan een symbool op zichzelf kritisch of pluralistisch zijn?¹³ Juist de bepaaldheid van het gesymboliseerde lijkt hieraan in de weg te staan. Een symbool vooronderstelt een zekere gemeenschappelijke betekenistoekenning. Symbolen waar iedereen zijn eigen subjectieve waarde aan hecht, verliezen het karakter van symbool.

Ook staat niet vast welke werking symbolen hebben. In feite is dit een causaliteitsvraagstuk: in hoeverre kan een symbool indoctrineren? Anders dan een curriculum, dat duidelijk gericht is op kennisoverdracht, is de gerichtheid van een symbool minder helder. In een eerdere zaak, de zaak *Dahlab* komt het Hof tot de conclusie dat een hoofddoek een ‘powerful external symbol’ is.¹⁴ In deze zaak, die ook in het onderwijs speelde, ging het om een Zwitserse lerares, die een hoofddoek droeg voor de klas. De leiding van de school verbood haar een hoofddoek te dragen tijdens het lesgeven. Nadat zij hier onsuccesvol tegen op was gekomen in de Zwitserse rechtsgang, was de vraag die bij het Hof voorlag of dit verbod een gerechtvaardigde inmenging op de godsdienstvrijheid van de lerares was. Het Hof concludeert dat er sprake is van een gerechtvaardigde beperking van de godsdienstvrijheid, onder andere omdat een hoofddoek een ‘powerful external symbol’ is, waarvan “niet ontkend kan worden dat het een ‘proselytising effect’ heeft”.¹⁵

Het verschil met *Lautsi II* is opvallend. Het Hof kwalificeert een hoofddoek als een ‘powerful external symbol’, en stelt daarnaast dat niet ontkend kan worden dat het ‘proselyterend’ effect kan hebben. Er wordt als het ware voorondersteld dat het symbool een indoctrinerend effect heeft. In de zaak *Lautsi* wordt, in contrast, een crucifix als een ‘essentially passive symbol’ beschouwd, waarbij wordt voorondersteld dat het symbool geen indoctrinerend effect heeft.¹⁶ In feite keert het Hof in de *Lautsi*-zaak de bewijslast om: waar in de *Dahlab*-zaak wordt uitgegaan van het indoctrinerend effect van een religieus symbool, en het aan degene die de hoofddoek draagt zou zijn om dit te ontkrachten, wordt in de *Lautsi*-zaak aangenomen

¹³ Het begrip ‘symbool’ is afkomstig uit het Grieks. Sumballein betekent ‘samenbinden’. Het begrip ‘kritisch’ is ook afkomstig uit het Grieks. Kritein betekent ‘scheiden’.

¹⁴ EHRM, 15 januari 2001, nr. 42393/98 (*Dahlab t. Zwitserland*).

¹⁵ Het Hof had deze kwalificatie van het religieuze symbool nodig, om het dragen van een hoofddoek te distantieren van het dragen van een minder opvallend kruisje, wat blijkbaar geen krachtig extern symbool is met een religieus wervend effect.

¹⁶ Crucifixes, margin of appreciation and consensus, *The grand chamber ruling in Lautsi*, Paolo Ronchi, verkrijgbaar op

http://www.academia.edu/564919/CRUCIFIXES_MARGIN_OF_APPRECIATION_AND_CONSENSUS_THE_GRAND_CHAMBER_RULING_IN_LAUTSI_V_ITALY

dat een crucifix geen effect heeft, en dient degene die de aanwezigheid hiervan niet op prijs stelt aan te tonen dat er een indoctrinerend effect van uit gaat. In beide zaken leidt dit er tevens toe dat de staat een voor de betrokkene vrijheidsbeperkende maatregel niet hoeft te motiveren, en het individu een zware bewijslast krijgt toebedeeld.¹⁷

Mijns inziens gaat het te ver om een crucifix op zichzelf, zonder enige andere gronden, reeds als indoctrinerend aan te merken, juist omdat een symbool pas betekenis krijgt in samenhang met menselijk handelen rondom het symbool. In combinatie met andere handelingen kan er echter wel degelijk een indoctrinerend effect van uit gaan. De wijze waarop een symbool gebruikt wordt is dus van groot belang. In samenhang met het feitelijk gebruik van het symbool zou moeten worden gezien of er sprake is van indoctrinatie. Wanneer er bijvoorbeeld sprake zou zijn van een verplichte religieuze plechtigheid rondom het symbool, zou dit waarschijnlijk in zijn geheel in strijd zijn met artikel 2, EP. Omdat niet gebleken is dat er enige religieuze handeling bij deze crucifixen plaatsvindt, kan ik me vinden in de conclusie van het Hof dat er geen sprake is van indoctrinatie. Er zijn geen aanwijzingen dat leerlingen worden gedwongen of geïnstrueerd om tot de crucifix te bidden of anderszins religieuze handelingen te verrichten. Het eerste argument, in combinatie met het derde argument van de Grote Kamer vind ik dan ook overtuigend. Een kansrijk argument om te verdedigen dat een religieus symbool als zodanig niet indoctrinerend is, kan mijns inziens dus gevonden worden in het ontbreken van een aantoonbare causale relatie tussen de aanwezigheid van een symbool en de indoctrinatie. Met de enkele aanwezigheid van een religieus symbool worden nog geen religieuze dogma's overgedragen, laat staan dat er sprake is van het opleggen van een bepaalde religieuze opvatting.

Ondanks het onderschrijven van de hoofdconclusie van het Hof heb ik twee punten van kritiek. Allereerst zijn twee argumenten van het Hof kwetsbaar. Met kwalificaties als 'essentially passive symbol' versus een 'powerful external symbol' brengt het Hof zichzelf in de problemen. Het valt niet in te zien waarom een hoofddoek wel allerlei krachten wordt toegedicht, terwijl een crucifix passief zou zijn. Het ware beter om het gedrag van degenen die bij het symbool betrokken zijn, de docent die een hoofddoek draagt, of de docent met een crucifix aan de wand, als uitgangspunt te nemen. Ook heeft het Hof dergelijke, sterk inhoudelijke kwalificaties van een religieus symbool niet nodig om tot de eindconclusie te komen. De kracht van een symbool hoeft niet te worden bepaald, volstaan kan worden met de constatering dat het om een religieus symbool gaat, en dat de aanwezigheid van een religieus symbool, in samenhang met het handelen van

¹⁷ In de Dahlab-uitspraak leidt dit mijns inziens ook tot een verkeerde uitkomst. Ik kom hier later uitgebreider op terug.

personen ten aanzien van dit symbool, mogelijk een vrijheidsbeperking kan betekenen voor een individu. Het vierde argument is een zuivere drogreden: het is immers zelfs bij het meest indoctrinerende staatsonderwijs mogelijk voor de ouders om een afwijkende levensbeschouwelijke opvatting mee te geven. Daarmee zou, naar deze maatstaf, geen enkele onderwijsvorm indoctrinerend zijn, waarmee aan artikel 2, EP alle normatieve werking wordt ontnomen.

Ten tweede verzuimt het Hof te onderzoeken of het mogelijk is voor mevrouw Lautsi om haar kinderen te onttrekken aan het gegeven onderwijs, waardoor de kinderen ook niet meer worden blootgesteld aan de als indoctrinerend ervaren crucifixen. In de Folgero-zaak was een van de doorslaggevende overwegingen om te komen tot de conclusie dat er sprake was van een schending mede dat er geen mogelijkheid was om een vrijstelling te krijgen van het bewuste vak, waardoor het niet mogelijk was om de kinderen te onttrekken aan de godsdienstlessen.

Over hoe het Italiaanse recht op dit punt in elkaar zit kan ik geen uitspraak doen, maar het is van groot belang voor de ingrijpendheid van de verplichte aanwezigheid van crucifixen in het klaslokaal. Wanneer er juridische ruimte is om de kinderen bijvoorbeeld naar een andere school te sturen, of de kinderen thuis te onderwijzen, die ook redelijkerwijs geëffectueerd kan worden, is de verplichte aanwezigheid van crucifixen in de klaslokalen van het staatsonderwijs veel minder bezwarend. Het hof had in het kader van een proportionaliteitsafweging kunnen toetsen of er voor de familie Lautsi een alternatief voor handen was. Ditzelfde geldt ook voor *Dahlab*: de ingrijpendheid van een hoofddoekverbod voor docenten op publieke scholen hangt mede samen met het antwoord op de vraag of er een alternatief voor handen is voor de docente in kwestie. Als dit niet het geval is, dan betekent een hoofddoekverbod uitsluiting van een bepaalde geloofsgemeenschap in een bepaald werkveld. Dit is veel ingrijpender dan wanneer de docente simpelweg een andere school zou kunnen zoeken, en zou kunnen meewegen in de proportionaliteit van een dergelijk verbod.

Roland Pierik komt in zijn bijdrage in het Nederlands Juristenblad tot een tegenovergestelde conclusie en stelt dat er wel een schending is van artikel 2, EP.¹⁸ Mijns inziens signaleert hij terecht dat de Italiaanse staat met het pleidooi voor de pluralistische betekenis van de crucifix een vrij onmogelijk standpunt inneemt, maar verbindt hij hier te snel de conclusie aan dat dit ook leidt tot schending van artikel 2, EP. Het feit dat er sprake is van

¹⁸ R. Pierik, het EHRM en het Europese rechtsstatelijk deficit - Een analyse van de Lautsi-zaak, NJB 2012, 1170, p. 1382 – 1389,. Zie ook R. Pierik, "State Neutrality and the Limits of Religious Symbolism," in Jeroen Temperman (Ed.) *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, (Leiden, Boston: BRILL/Martinus Nijhoff, 2012), waarin hetzelfde standpunt wordt verdedigd.

een religieus symbool leidt nog niet tot indoctrinatie. Ook kan een religieus vooringenomen symbool mijns inziens niet zonder meer gelijkgesteld worden met een religieus vooringenomen curriculum. Anders dan bij een religieus vooringenomen curriculum worden geen dogma's overgedragen door een symbool op te hangen, en worden leerlingen niet gedwongen om deel te nemen aan religieuze handelingen tegen hun wil of de wil van hun ouders. De verdediging van de Italiaanse staat kan ongelukkig zijn, maar dat leidt nog niet tot een schending van het recht.

Concluderend komt het Hof mijns inziens terecht tot de conclusie dat er geen sprake is van indoctrinerend onderwijs als bedoeld in artikel 2, EP. Twee van de vier aangevoerde argumenten zijn echter zwak: het argument dat het mogelijk is om naast het van overheidswege gegeven onderwijs een andere opvatting aan te hangen is een drogreden. Voorts is de kwalificatie van de crucifix als 'essentially passive symbol' overbodig, en controversieel, gelet op eerdere uitspraken waarin bijvoorbeeld de hoofddoek wordt getypeerd als een 'powerful external symbol'.

5. Neutraliteit van de staat in het onderwijs

In veel analyses over de zaak *Lautsi* speelt de scheiding van kerk en staat een belangrijke rol.¹⁹ Vanuit deze invalshoek kan de vraag worden gesteld: noopt het beginsel van de scheiding van kerk en staat niet als zodanig reeds tot het veroordelen van het ophangen van crucifixen in klaslokalen? Hier lijkt op het eerste gezicht veel voor te zeggen. Kort gezegd: een crucifix in een klaslokaal is een religieus niet neutraal symbool, scheiding van kerk en staat vooronderstelt een neutrale opstelling van de staat in al haar taken, ergo een crucifix in een klaslokaal is in strijd met de scheiding van kerk en staat. Toch zou dit te kort door de bocht zijn. Ik zal hier betogen dat het in het debat over de verhouding tussen kerk en staat van groot belang is om te onderscheiden vanuit welk methodisch perspectief dit wordt beschouwd. Veel verschillende analyses, die op het eerste gezicht incompatibel zijn, kunnen, bij nadere methodische beschouwing wel verenigbaar worden geacht. Daarnaast zal ik betogen dat EVRM slechts een minimalistische opvatting kent over de verhouding tussen kerk en staat.

¹⁹ Om slechts enkele te noemen: Lorenzo Zucca, *Lautsi – A Commentary of the Grand Chamber decision*, te downloaden op http://iiss.berkeley.edu/files/2011/06/Lucca_Lautsi3.pdf, en in de reeds aangehaalde bundel *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, (Leiden, Boston: BRILL/Martinus Nijhoff, 2012) besteden de bijdragen van Wouter de Been, Roland Pierik en Hana van Ooijen in het bijzonder aandacht aan dit perspectief.

5.1 *Scheiding van kerk en staat en neutraliteit*

Allereerst, als vooropmerking, is de reikwijdte en betekenis van het beginsel van scheiding kerk en staat onderwerp van controverse. Van der Burg wijst er op dat er vaak op een verkeerde manier een beroep wordt gedaan op de scheiding van kerk en staat: de scheiding van kerk en staat wordt historisch een te grote betekenis toegekend, wordt te ruim geïnterpreteerd en krijgt vaak een te groot of absoluut gewicht.²⁰ De scheiding van kerk en staat heeft eerst en vooral betekenis als institutionele scheiding van de organisatie 'staat' en de organisatie 'kerk'. Dit noemt Van der Burg de institutionele kern van de scheiding van kerk en staat. Daarnaast is er ruimte voor een bredere opvatting van de scheiding van kerk en staat, buiten de institutionele context om. Deze verschijnselen kunnen volgens Van der Burg echter vaak beter in termen van neutraliteit van de staat worden geanalyseerd.

De zaak Lautsi ziet niet op de scheiding van kerk en staat in strikte zin, maar om neutraliteit in bredere zin. Het gaat niet om de organisatorische scheiding van kerk en staat, maar om de neutraliteit van de staat in bredere zin. Een betere vraagstelling is dus: is de verplichte aanwezigheid van een crucifix in een klaslokaal verenigbaar met neutraliteit van de staat? Hiervoor is het noodzakelijk om het begrip 'neutraliteit' nader uit te werken. Neutraliteit is zelf geen neutraal begrip, maar kan worden beschouwd als een 'essentially contested concept'. De inhoud van het begrip staat continu ter discussie. Ik ga hier in op drie verschillende benaderingen: de benadering van Vermeulen, Van der Burg en Nieuwenhuis.

Vermeulen onderscheidt in "Vrijheid, gelijkheid, burgerschap" vijf verschillende modellen van neutraliteit in het verlengde van de scheiding van kerk en staat.²¹ Naast de vanuit mensenrechtelijk perspectief onaanvaardbare theocratie en staatsatheïsme zijn er drie modellen aanvaardbaar: dominante staatskerk, pluralistische cooperatie en strikte scheiding van kerk en staat (*laïcité*). Dit zijn theoretische 'idealtypen': feitelijk voldoet geen enkel land volledig aan alle karakteristieken van een bepaald model. In het model van de dominante staatskerk is één religieuze stroming (onder andere historisch en demografisch gezien) dominant. Deze kerk heeft een sterke maatschappelijke positie, die mede door de staat wordt beschermd, soms zelfs in de Grondwet vastgelegd. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de Scandinavische landen, bepaalde landen in Duitsland, Ierland en Grieken-

²⁰ W. van der Burg (2007), 'Gelijke zorg en respect voor de gelovige burger – een inclusief-vrijzinnige schets', in P. de Hert (red.), *Scheiding van Kerk en Staat of Actief Pluralisme?*, Antwerpen: Intersentia, p. 187-204.

²¹ B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap, Over verschuivende fundamenteen van het Nederlandse minderhedenrecht en -beleid: immigratie, integratie, onderwijs en religie*, SDU, 2007.

land. Hét voorbeeld van strikte scheiding van kerk en staat is Frankrijk. Kerk en staat zijn organisatorisch strikt gescheiden, en in alle taken en organen van de staat wordt gestreefd naar neutraliteit, gedefinieerd als afwezigheid van religie. Dit komt in het onderwijs tot uitdrukking in bijvoorbeeld de huivering om leerlingen (en a fortiori leraren) toe te staan een hoofddoek te dragen. Nederland is te typeren als een model van pluralistische coöperatie. Er is geen kerk die een bijzondere grondwettige positie heeft. Er is echter ook geen strikte scheiding van kerk en staat. Kerkelijke organisaties kunnen voor taken waar de staat ook belang bij heeft op gelijke voet subsidie kunnen krijgen. De staat verstrekt bijvoorbeeld op gelijke voet bekostiging aan scholen met een verschillende religieuze richting. Binnen de analyse van Vermeulen is ruimte voor verschillende vormen van neutraliteit die compatibel zijn met bescherming van individuele grondrechten zoals het EVRM voorstaat. De verplichte aanwezigheid van een crucifix in een klaslokaal kan binnen deze benadering mijns inziens in beginsel als aanvaardbaar worden beschouwd, mits er geen verdere dwang wordt uitgeoefend.

Van der Burg komt tot een andere analyse van de neutraliteit van de staat. Van der Burg onderscheidt verschillende modaliteiten van neutraliteit: het model van strikte scheiding, actief pluralisme en compenserende neutraliteit.²² De strikte scheiding en het actief pluralisme komen inhoudelijk min of meer overeen met hetgeen Vermeulen hieronder verstaat. De compenserende neutraliteit stelt dat het in sommige gevallen geboden kan zijn om vanuit het oogpunt van neutraliteit een bepaalde religieuze stroming bewust te bevoordelen, wanneer deze stroming historisch gezien op achterstand staat. Opvallend is dat bij Van der Burg het model van de dominante staatskerk geen plaats heeft in het perspectief van een neutrale staat. Een tweede verschil met Vermeulen is dat Van der Burg een duidelijke voorkeur heeft voor één model van neutraliteit. Hoewel hij erkent dat er historische redenen kunnen zijn voor een staat om strikte scheiding te hanteren wanneer er sprake is van een historisch dominante kerk in de samenleving, heeft hij een duidelijke voorkeur voor het model van het actief pluralisme. In de uitwerking van zijn oratie 'Het ideaal van de neutrale staat' geeft hij aan dat ten aanzien van symbolen in principe exclusieve neutraliteit is geboden.²³ Er zijn twee situaties waarin volgens Van der Burg hierop een uitzondering kan worden gemaakt: ten eerste wanneer er een overlappende consensus is over het symbool als religieus symbool. Dit wil zeggen dat

²² Deze modellen worden ook overgenomen in de VNG-handreiking aan gemeenten, 'Tweeluik: religie en publiek domein' uit 2009.

²³ Van der Burg, *Het ideaal van de neutrale staat: Inclusieve, exclusieve en compenserende visies op godsdienst en cultuur*, Rede in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Rechtsfilosofie en Rechtstheorie in de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam op vrijdag 24 april 2009, Boom Juridische uitgevers, 2009, p. 42.

iedere burger een positieve associatie heeft met het symbool. Een tweede situatie kan zijn dat het symbool niet meer verbonden is met een specifieke religieuze betekenis. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn met het kruis op de mijter van Sinterklaas. Beide situaties gaan niet op voor crucifixen, hoewel de Italiaanse staat dit wel probeert aan te voeren, en ook in de nationale rechtsgang door rechters werd betoogd dat een crucifix een breder symbool was van allerlei deugden, dat ruimer was dan alleen de religieuze betekenis. Het is dan ook niet verwonderlijk dat Van der Burg in een artikel naar aanleiding van deze zaak kritisch is op de Italiaanse staat en pleit voor een meer inclusief alternatief, waarbij alle ouders worden uitgenodigd om hun symbool mee te nemen naar de school.²⁴

Een derde benadering kan worden gevonden bij Nieuwenhuis.²⁵ Nieuwenhuis levert kritiek op de modelmatige benadering van onder andere Vermeulen en Van der Burg. Zijns inziens zijn dergelijke modellen te eendimensionaal om een goede analyse te geven van de vormgeving van de scheiding van kerk en staat. Zijn kritiek is feitelijk tweeledig: ten eerste zegt de kwalificatie binnen een van de genoemde modellen weinig, omdat verschillende landen die onder een zelfde model te brengen zijn, toch op verschillende terreinen zeer verschillende keuzes maken. Zo verschillen bijvoorbeeld Griekenland en Engeland, hoewel allebei te brengen onder het model van een staatskerk, op een heel aantal terreinen fundamenteel van elkaar, en zelfs zozeer dat de overeenkomsten tussen landen met andere landen die onder een verschillende modellen te brengen zijn, soms sterker zijn dan tussen landen die onder een zelfde model te brengen zijn. Ten tweede wekt de analyse in deze modellen volgens Nieuwenhuis ten onrechte de indruk dat de “alleen de keuze voor een van de genoemde modellen tot een consistent en samenhangend geheel van antwoorden leidt op concrete kwesties van zeer verschillende aard”.²⁶ Hij vult de modellen aan met een analyse die zich toespitst op verschillende deelterreinen waarop kerk en staat elkaar kunnen beïnvloeden: de rol van religie in het overheidsdomein, de rol van de overheid op godsdienstig terrein, en de verhouding op tussenliggende terreinen als politieke meningsvorming, de zorgsector en het onderwijs.

Op zichzelf is de kritische analyse van deze modellen door Nieuwenhuis nuttig om de beperkingen van de modelmatige benadering te laten zien. Mijns inziens is zijn meer positiefrechtelijke rechtsvergelijking echter niet incompatibel met een analyse van de scheiding van kerk en staat in de vorm van verschillende modellen. Het gaat hier om op verschillende wijzen waarop de verhouding van kerk en staat bestudeerd kan worden. Het

²⁴ The Neutral State and the Mandatory Crucifix, Roland Pierik and Wibren van der Burg, *Religion and Human Rights* 6 (2011) 267–272.

²⁵ Nieuwenhuis zelf citeert Brugger, die ik hier onbesproken laat en Vermeulen.

²⁶ Nieuwenhuis, p. 6.

uitgangspunt van de theoretische analyse van modellen zoals Vermeulen deze weergeeft en verder ontwikkeld heeft, is niet primair een (a posteriori) beschrijving van de stand van het positieve recht van verschillende staten, maar een (a priori) analyse van de mogelijkheden voor een aanvaardbare vormgeving van de scheiding van kerk en staat binnen de bandbreedte van respect voor individuele vrijheidsrechten. Hiervoor is niet noodzakelijk dat landen dit volledig consistent vanuit één model doen op alle terreinen waar staat en religie elkaar raken.

Ook de visies van Vermeulen en Van der Burg zijn mijns inziens niet incompatibel met elkaar. Het is Van der Burg te doen om het ontwikkelen van een normatief ideaal idee van neutraliteit van de staat, mede in het licht van liberale denkers als Rawls en Dworkin. Dit is een iets ander perspectief dan Vermeulen, die de modellen primair beschouwt tegen het licht van de individuele mensenrechtelijke bescherming van de vrijheid van godsdienst. Wanneer Van der Burg constateert dat iets in strijd is met neutraliteit, dan doelt hij daarmee dus primair op strijdigheid met een door hem aangehangen ideaal van neutraliteit, en niet strijd met het recht. Het is mogelijk om persoonlijk een normatief ideaal van een neutrale staat aan te hangen dat onverenigbaar is met het verplicht stellen van crucifixen in klaslokalen, en tegelijkertijd te accepteren dat hiermee nog geen sprake is van schending van mensenrechten.

5.2 Toetsing van neutraliteit door het Hof?

Een belangrijke vraag die op de achtergrond speelde in de debatten rondom Lautsi was de vraag wat de taak is van het Hof is in deze kwesties. Hoe inhoudelijk kan het Hof een nationale traditie toetsen op verenigbaarheid met neutraliteit van de staat?

Er zijn verschillende redenen om aan te nemen dat er in het EVRM geen sterke inhoudelijke toets opgenomen is ten aanzien van de neutraliteit van de staat. Het eerste is een historisch argument. Een sterke inhoudelijke toets zou er onherroepelijk toe leiden dat er één aanvaardbare invulling van neutraliteit in religieuze kwesties toegestaan zou zijn. Hiermee zou op dit punt uniformiteit worden nagestreefd die niet uit het EVRM valt af te leiden. Verschillende lidstaten van EVRM kenden zeer uiteenlopende praktijken over de rol van religieuze stromingen in de samenleving bij het aangaan van de verplichtingen onder het EVRM, en zagen geen aanleiding deze te wijzigen naar aanleiding van het Verdrag.

Een tweede argument is tekstueel: er is in het verdrag geen bepaling opgenomen die op enigerlei wijze een invulling van neutraliteit voorschrijft. Een derde argument is dat ook vandaag de dag er geen consensus waar te nemen is binnen Europa op dit punt. Ik zie op dit punt geen rechtsontwikkeling die het Hof zou kunnen aangrijpen om hier in een bepaalde richting

te gaan. Als vierde argument noem ik het beginsel van subsidiariteit: er is geen noodzaak om op dit punt vergaande harmonisatie na te streven. Elke vormgeving van staatsneutraliteit heeft voor- en nadelen vanuit mensenrechtelijk perspectief. Ook de vaak geprezen *laïcité* heeft overduidelijk nadeel voor religieuze burgers die hun overtuiging willen uitdragen in het openbaar.²⁷

Het ontbreken van een sterke inhoudelijke toets betekent echter mijns inziens niet dat er geen enkele ruimte is voor beoordeling van het handelen van lidstaten in deze. Beperkingen van grondrechten dienen te voldoen aan het vereiste van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Dit vereist dat per geval aan de hand van alle relevante feiten wordt bepaald of er sprake is van een schending van een grondrecht. In de *Lautsi*-zaak had het Hof bijvoorbeeld aandacht kunnen besteden aan de mogelijkheden om alternatief onderwijs te verkrijgen, zoals ik hierboven heb uitgewerkt. Op de uitspraak in de *Dahlab*-zaak kan vanuit het oogpunt van proportionaliteit ook een en ander opgemerkt worden: een hoofddoek wordt gekwalificeerd als een “powerful external symbol”, waarbij de indoctrinerende werking wordt voorondersteld. Tegelijkertijd wordt het door het Zwitserse kanton van Geneva wel aanvaardbaar geacht om een kruisje te dragen voor de klas.²⁸ Een dergelijk onderscheid tussen symbolen van verschillende godsdiensten, is mijns inziens zonder nadere onderbouwing niet aanvaardbaar.²⁹

Door Grégor Puppinck wordt dit onderscheid gerechtvaardigd door een verwijzing naar een gemeenschappelijke culturele erfenis van Europa, waartoe het Christendom wel behoort en waaraan de Islam vreemd is:

²⁷ Voor een kritische analyse ten aanzien van de hoofddoek in overheidsscholen: *Laïcité Unveiled: A Case Study in Human Rights, Religion, and Culture in France*, Melanie Adrian, te verkrijgen op

http://carleton-ca.academia.edu/MelanieAdrian/Papers/103697/Laicite_Unveiled_A_Case_Study_in_Human_Rights_Religion_and_Culture_in_France

²⁸ Ik citeer Dahlab, de passage direct voor sectie B: “in this connection, the principle of proportionality has led the cantonal government to allow teachers to wear discreet religious symbols at school, such as small pieces of jewellery – an issue that does not require further discussion here”. Het Zwitserse Hof en het EHRM hadden de kwalificatie van de hoofddoek als een “powerful external symbol” blijkbaar nodig om een onderscheid te rechtvaardigen tussen een hoofddoek en een kruisje om de nek. Naar de formulering wordt hier geen onderscheid gemaakt op de inhoud van de geloofsovertuiging, maar in effect leidt dit onvermijdelijk tot het toestaan van een kruisje aan een kettinkje om de nek, terwijl het dragen van een hoofddoek verboden wordt.

²⁹ J.M. Piret besteedt aan dit aspect in zijn artikel “Lautsi revisited” (Tijdschrift voor constitutioneel recht, jaargang 3, april 2012) geen aandacht, en wijst op het feit dat het Zwitserse kanton al in 1907 de keuze maakte voor een strikte scheiding van kerk en staat in het onderwijs. Juist het gegeven dat door het Zwitserse kanton indirect onderscheid tussen verschillende godsdiensten wordt gemaakt leidt mijns inziens echter tot een andere conclusie. Als er zo wordt gehecht aan de neutraliteit van de staat dat dit een hoofddoekverbod rechtvaardigt, dan zou dit ook moeten gelden voor het zichtbaar dragen van een crucifix.

“The crucifix is in its own cultural context in Italy, which is not the same as an Islamic headscarf’s cultural context in Switzerland”.³⁰ Vanuit juridisch perspectief kan een dergelijk onderscheid naar de inhoud van de godsdienstige overtuiging mijns inziens niet geaccepteerd worden. Er is geen grond om te vooronderstellen dat ‘cultuur-eigen’ opvattingen meer bescherming verdienen dan andere opvattingen. Als het dragen van andere religieuze symbolen voor docenten is toegestaan, dan is het niet noodzakelijk om het dragen van een hoofddoek te verbieden vanwege het vermeende indoctrinerend effect dat dit kan hebben op jonge kinderen. Hierin gaat het Hof mijns inziens te gemakkelijk mee in het gestelde indoctrinerend effect, en een onderscheid gemaakt naar de inhoud van verschillende godsdienstige symbolen. Als men zo bang is voor indoctrinatie van kinderen door religieuze symbolen die docentes dragen, dan zou dat ook moeten strekken tot het verbieden van het dragen van religieuze kruisjes.

6. Conclusie

Ik kom toe aan enkele algemene conclusies. De vraag of een religieus symbool leidt tot indoctrinatie dient mijns inziens te worden beantwoord in samenhang met het feitelijk gebruik van de crucifix. Zonder dat er sprake is van religieuze handelingen rondom een symbool gaat het te ver om de enkele aanwezigheid van een symbool als zodanig reeds te definiëren als indoctrinerend. Terecht beschouwt het Hof in de Lautsi-zaak de crucifix als niet indoctrinerend. De argumentatie is echter niet op alle punten even overtuigend: het feit dat de ouders in de eigen tijd hun eigen opvattingen kunnen doorgeven gaat zelfs bij het meest indoctrinerende staatsonderwijs op. Ook het onderscheid tussen een ‘essentially passive symbol’ en een ‘powerful external symbol’, dat voortborduurt op een eerdere ongelukkige uitspraak in Dahlab is onnodig en onwenselijk.

Ten aanzien van de verplichting tot respecteren van de overtuigingen van de ouders in het onderwijs kan van lidstaten niet verlangd worden om in elke onderwijsbehoefte te voorzien. Dit zou onwerkbaar zijn. De Italiaanse staat kan door het verplicht stellen van de crucifix ook juist uitdrukking geven aan het respect voor de opvattingen van een meerderheid van de ouders. In het kader van een proportionaliteitsafweging zou echter wel aan de orde kunnen komen in hoeverre het mogelijk was voor ouders om hun kinderen te onttrekken aan onderwijs in een klaslokaal waarin een crucifix verplicht aanwezig dient te zijn. Als deze mogelijkheden aanwezig zijn, dan is de inbreuk op de negatieve godsdienstvrijheid die een crucifix maakt aanzienlijk beperkter dan wanneer deze mogelijkheden er niet zijn.

³⁰ Gregor Puppink, *The case of Lautsi v. Italy: a synthesis*, *BYU Law Review*, 2012, vol. 3, p. 24.

De scheiding van kerk en staat kan vanuit verschillende perspectieven worden benaderd. Ik heb onderscheiden de ideaaltypische mensenrechtelijke benadering van Vermeulen, waarbij voorop staat welke verhoudingen tussen staat en religie aanvaardbaar zijn binnen de grenzen van individuele mensenrechtenbescherming, de normatief-idealistische benadering van Van der Burg, waarbij voorop staat op welke wijze vanuit het beginsel van 'equal concern and respect' van liberale denkers als Rawls en Dworkin de neutraliteit van de staat kan worden vormgegeven en de rechtsvergelijkende benadering van Nieuwenhuis, waarin de positiefrechtelijke vormgeving van staatsneutraliteit op verschillende terreinen van het handelen van de staat centraal staat. Deze benaderingen zijn niet incompatibel met elkaar, maar kunnen elkaar aanvullen. Het is echter wel zaak om in de discussie over de scheiding van kerk en staat steeds te onderscheiden welke benadering wordt gebruikt, en diens gevolge, wat de strekking van bepaalde uitspraken zijn.

Het EVRM biedt geen aanknopingspunten om een vergaande harmonisatie op het gebied van verhouding tussen kerk en staat te bewerkstelligen. Het is in die zin terecht dat de Grote Kamer van het EHRM in de Lautsi-zaak in deze kwesties een grote beleidsruimte toekent aan lidstaten. Dit betekent echter niet dat er geen grens is aan de beleidsruimte van lidstaten: binnen alle verhoudingen tussen religie en staat kunnen overheidsmaatregelen leiden tot beperking van individuele vrijheidsrechten. Deze dienen te voldoen aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Met name in de Dahlab-zaak kan worden betwijfeld of aan deze vereisten wordt voldaan, omdat het dragen van een hoofddoek wordt verboden, terwijl het dragen van een kruisje om de nek wordt toegestaan.

Mijns inziens dient men voorzichtig te zijn om het model van een dominante kerk bij voorbaat af te schrijven als vanuit mensenrechtelijk perspectief aanvaardbare invulling van een neutrale staat. Ook andere invullingen van de neutraliteit van de staat zullen altijd leiden tot inperking van individuele vrijheden. Een dominante kerk kan recht doen aan demografische en historische verhoudingen, die binnen een democratisch bestel tot uitdrukking mogen komen. Zaak daarbij is wel dat ook de rechten van levensbeschouwelijke minderheden, die in een dergelijke situatie kwetsbaar zijn, niet onnodig of disproportioneel worden beperkt.