

Een rechtsvergelijkend perspectief op de maximering van bezoekersaantallen van gebedsgebouwen gedurende de coronacrisis in de Verenigde Staten en Nederland

Jos Vleugel*

I. Inleiding

Net als in Nederland konden in de Verenigde Staten bepaalde bijeenkomsten ten tijde van de coronapandemie niet doorgaan of slechts met een maximaal aantal bezoekers. Het een en ander werd vastgelegd in de voorschriften van de gouverneurs van de staten. Deze voorschriften hadden ook betrekking op de limitering van het aantal bezoekers van gebedsgebouwen. Vanwege de onvrede over deze restricties verzochten verschillende religieuze organisaties de rechter de toepassing van deze maatregelen op te schorten. Daarbij werd aangevoerd dat de maatregelen in strijd waren met de *free exercise clause* van het eerste amendement van de Amerikaanse Grondwet. Dergelijke zaken bereikten ook het federale hooggerechtshof van de Verenigde Staten (hierna: Supreme Court). Het bekendst is de uitspraak in de New Yorkse zaak waarin het Supreme Court de verzoekers gelijk gaf en oordeelde dat de maatregelen van de gouverneur van New York in strijd waren met de *free exercise clause* (hierover later meer).¹ Opvallend is dat in de New Yorkse uitspraak een belangenafweging tot uitdrukking komt die tegengesteld lijkt te zijn aan die van eerdere uitspraken. In de media kon de uitspraak dan ook rekenen op veel aandacht.²

Er zijn geen uitspraken van de Nederlandse rechter over deze kwestie. Dat is niet heel verwonderlijk want in Nederland gold gedurende de coronacrisis voor gebedshuizen slechts kortstondig³ een limiet van (eerst 100 en later) 30 bezoekers en met de inwerkingtreding van de ‘coronawet’ zijn per 1 december religieuze bijeenkomsten vrijgesteld van de maximering van de bezoekersaantallen. Deze vrijstelling bleef ook onaangeroerd tijdens de complete ‘lockdown’

* DOI 10.7590/ntkr_2021-004
Mr. dr. A. Vleugel is universitair docent aan de Universiteit Utrecht.

¹ Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87 (NY).

² Zie bijvoorbeeld: ‘The Supreme Court finally has a majority that will protect religious freedom’, *The Washington Post* 27 november 2020.

³ Tussen 14 en 27 maart gold een maximum van 100 bezoekers en van 27 maart tot 1 juli een maximum van 30 bezoekers. Zie de noodverordeningen van Veiligheids- en Gezondheidsregio Gelderland-Midden van 14 maart 2020, 27 maart 2020 en 1 juli 2020. Zie officiële bekendmakingen.nl. Zie ook: A. Vleugel, ‘De beperkingen van de godsdienstvrijheid door middel van de “coronaverordeningen” zijn rechtmatig’, *TvCR* 2020, afl. 3, p. 290-299.

die 14 december 2020 werd afgekondigd.⁴ Duidelijk is dat in Nederland de beoordeling van de rechtmatigheid van coronamaatregelen gezien de godsdienstvrijheid een aangelegenheid van de regering en later van de formele wetgever is geweest. De enige meer constitutionele ‘toetsing’ van deze kwestie heeft plaatsgevonden in de voorlichting van de Raad van State over de grondwettelijkheid van de coronaverordeningen en in zijn advies over de coronawet. Ook in Nederland kregen de overheidsbesluiten over religieuze bijeenkomsten ten tijde van de coronapandemie de nodige aandacht in de media.⁵

In dit essay vergelijk ik de jurisprudentielijn van het Supreme Court inzake de maximering van het aantal bezoekers van gebedsgebouwen vanwege de coronacrisis met het Nederlandse beleid. Met deze vergelijking ga ik na of er een verschil in de twee jurisdicties aanwezig is inzake de geoorloofdheid van de beperkingen en bespreek ik in hoeverre er in deze kwestie in de Verenigde Staten en in Nederland een vergelijkbare belangenafweging is gemaakt. Voordat we nader op deze belangenafweging ingaan bespreek ik eerst in paragraaf 2 de aard van de godsdienstvrijheid binnen de verschillende jurisdicties.

2. De aard van het recht op religieuze praxis binnen de verschillende jurisdicties

De *free exercise clause* van het eerste amendement van de Amerikaanse Grondwet draagt het Congres op om geen wetten aan te nemen die de godsdienstoefening verbieden. Het amendement zelf legt dit verbod expliciet op aan de wetgevende macht, maar in de loop der jaren hebben verschillende rechtbanken bepaald dat het ook geldt voor de uitvoerende en rechterlijke macht.⁶ Het Supreme Court besliste al lang geleden dat het eerste amendement onder de bepalingen van het veertiende amendement ook van toepassing is op de door deelstaten genomen beslissingen.⁷ Op grond hiervan geldt het verbod ook in het kader van de coronavoorschriften die de gouverneurs van de deelstaten hebben uitgevaardigd.

Het eerste amendement heeft het karakter van een afweerrecht. Hieruit volgt dat de overheid niet de bevoegdheid heeft om zich te mengen in de vrije godsdienstuitoefening. Voor dat terrein in het maatschappelijk leven geldt dat de overheid primair een onthoudingsplicht heeft. Artikel 6 van de Nederlandse

4 Regeling wijziging van de Tijdelijke regeling maatregelen covid-19 in verband met een verzwaring van de maatregelen (*Stcr.* 2020, 66909).

5 Zie bijvoorbeeld W. Voermans & E. Jurgens, ‘Opinie: De vrijheid van religie kan ten koste gaan van de gezondheid van anderen’, *de Volkskrant* 2 december 2020.

6 Zie over de godsdienstvrijheid in de Verenigde Staten bijvoorbeeld: M. Rogers, ‘Religious Freedom in the US’, *International Journal* 2004, afl. 4, p. 902-910.

7 Supreme Court 8 juni 1925 (*Gitlow v. New York*).

Grondwet heeft eenzelfde oogmerk als de *free exercise clause* van het eerste amendement. Ook dat recht betreft primair een afweerrecht. Anders dan de *free exercise clause* bevat artikel 6 Grondwet in lid 1 en lid 2 een beperkingsclausule die bepaalt welke wet- of regelgever de godsdienstvrijheid mag beperken. Deze bevoegdheidstoekenning heeft de grondwetgever afhankelijk gemaakt van het onderscheid tussen godsdienstoefening⁸ binnen (lid 1) en buiten gebouwen en besloten plaatsen (lid 2). De grondwetgever vond dat de onthoudingsplicht het sterkst zou moeten gelden wanneer godsdienstoefening plaatsvindt binnen gebouwen (bij uitstek in de daarvoor ingerichte gebedsgebouwen) en besloten plaatsen. Dan mag de overheid alleen beperkingen opleggen middels een wet in formele zin terwijl als het gaat om godsdienstoefening buiten gebouwen en besloten plaatsen de bevoegdheid om te beperken ook gedelegeerd mag worden aan lagere regelgevers, mits deze beperkingen in het licht staan van bepaalde door de Grondwet voorgeschreven doelcriteria. De *free exercise clause* heeft geen beperkingsclausule. Dat zorgt voor problemen als er belangen zijn die gezien de aard van de situatie eigenlijk voorrang zouden moeten hebben op de uitoefening van godsdienst.⁹

Om deze problemen het hoofd te bieden hebben er zich in de prille Amerikaanse jurisprudentie twee ontwikkelingen voorgedaan. Ten eerste bepaalde het Supreme Court dat godsdienstoefening nooit een rechtvaardiging kan vormen voor het overtreden van het strafrecht.¹⁰ Dit was overigens ook de benadering van de Nederlandse grondwetgever vóór de grondwetswijziging van 1983. Artikel 181 Grondwet (oud) bepaalde dat het belijden van godsdienst alleen door de 'strafwet' kan worden beperkt. Met de inwerkingtreding van artikel 6 Grondwet kan dat door elke formele wet gebeuren. Ten tweede werd er door het Supreme Court een Lockeaanse benadering¹¹ omarmd die een onderverdeling maakt in twee typen wet- of regelgeving: algemene neutrale wetten en religie-specifieke wetten. Voor het eerste type wetten geldt dat ze niet geacht worden de vrijheid van godsdienst te beperken en dus zonder problemen kunnen worden uitgevaardigd. Voor het tweede type wetten geldt dit niet. In beginsel vormen ze vanwege hun niet-neutrale karakter een ongeoorloofde beperking van de godsdienstvrijheid. Deze benadering lijkt in zeker opzicht dezelfde trekken te hebben als de Nederlandse leer van de algemene beperkingen zoals die gold tot de grondwetswijziging van 1983. Deze leer komt erop neer dat neutrale wetten met een algemene strekking niet behoren te worden gezien als

⁸ Overigens beschermt artikel 6 niet alleen de uitoefening van godsdienst maar ook die van levensovertuiging. De grondwetgever nam in 1983 levensovertuiging in artikel 6 op als een op gelijke wijze te beschermen goed.

⁹ B. Schlink, 'Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?', *Duke Journal of Comparative and International Law* 2012, afl. 2, p. 5.

¹⁰ Supreme Court 6 januari 1879 (*Reynold v. United States*).

¹¹ J. Locke, *Een brief over tolerantie*, Damon: Budel [1865], p. 61.

wetten die grondrechten beperken, met als gevolg dat op die wetten ook de beperkingsclausule niet van toepassing is.¹² Deze leer is in 1983 verlaten en het uitgangspunt werd dat alle beperkingen op grondrechten – ongeacht of ze algemeen en neutraal van aard zijn – moeten voldoen aan de eisen die de beperkingsclausule stelt. Tegelijkertijd nuanceerde de regering in de memorie van toelichting deze glasheldere benadering door te stellen dat in sommige situaties beperkingen buiten de beperkingssystematiek om toch mogelijk moeten blijven. De regering formuleerde de leer van de redelijke uitleg die erop neerkomt dat grondrechten niet in elke omstandigheid kunnen gelden maar altijd redelijk moeten worden uitgelegd.¹³ Het is bijvoorbeeld niet redelijk om op een snelweg te willen demonstreren. Dan is de vrijheid van betoging redelijkerwijs niet aan de orde.

Eigenlijk is de leer van de redelijke uitleg van grondrechten een soort ‘lightversie’ van de leer van de algemene beperkingen. Net zoals voor de toepassing van de leer van de algemene beperkingen gold, geldt voor de toepassing van de leer van de redelijke uitleg dat hiervoor in beginsel uitsluitend plaats is in situaties waarin de betreffende ‘beperkende’ overheidsmaatregel neutraal van aard is en niet beoogt het grondrecht in het bijzonder te beperken.¹⁴ De reden dat een dergelijke ‘escape’ door de regering werd geïnitieerd is de toch wel zeer rigide beperkingssystematiek van de Grondwet. Die laat geen of weinig ruimte voor andere overheidsorganen dan de formele wetgever om een eigen belangenafweging te maken. Dat betreft niet alleen de rechter en het bestuur maar ook de lagere regelgever. Immers, zoals hiervoor al naar voren is gebracht mag de lagere regelgever slechts een eigen afweging maken inzake beperkingen van de godsdienstvrijheid indien het gaat om de godsdienstoefening buiten gebouwen en besloten plaatsen, mits hij daartoe uitdrukkelijk de bevoegdheid gedelegeerd heeft gekregen van de formele wetgever en hij zich beweegt binnen de door de Grondwet gestelde doelcriteria. Toepassing van artikel 6 Grondwet kan in de praktijk vanuit het perspectief van de overheid daarom nog weleens tot disproportionele resultaten leiden.¹⁵ Vandaar dat de regering overwoog dat er bepaalde omstandigheden zijn waarin een grondrecht gezien het algemeen belang niet geacht wordt aan de orde te zijn.¹⁶ In de huidige rechtspraak wordt de leer van de redelijke uitleg spaarzaam toegepast.¹⁷ Ze is enkel aan de orde

¹² M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971, p. 27-28.

¹³ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 21.

¹⁴ B.P. Vermeulen, ‘Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten?’, *R&R* 1992, p. 16-46.

¹⁵ B.P. Vermeulen, ‘Algemene beperkingen, redelijke uitleg en redelijke toepassing van grondrechten’, *Regelmaat* 1990, p. 78-85.

¹⁶ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 21.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1885, AB 2019/412; *Gst.* 2019/138 en ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1448, AB 2011/333.

indien een overheidsorgaan oordeelt dat toepassing van artikel 6 Grondwet tot een onaanvaardbaar resultaat zal leiden.

Als een overheidsorgaan besluit de leer van de redelijke uitleg toe te passen dan dient hier een proportionele belangenafweging aan ten grondslag te liggen. De grondwetgever stelde dat bij toepassing van de leer van de redelijke uitleg de eis van proportionaliteit moet worden geëerbiedigd en rekening moet worden gehouden met maatschappelijke en persoonlijke belangen.¹⁸ Dat de leer van de redelijke uitleg niet tot een disproportionele beperking van de belangen van de justitiabele mag leiden volgt ook uit de verdragsbepalingen waarin de godsdienstvrijheid is neergelegd (in het bijzonder artikel 9 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM))¹⁹ waaraan overheidsorganen op grond van artikel 93 en 94 Grondwet zo nodig toepassing dienen te geven. Uiteindelijk zal bij een eventueel conflict over de toepassing van de leer van de redelijke uitleg de rechter het bevoegde overheidsorgaan zijn, dat bepaalt of de leer van de redelijke uitleg grondwetsconform is toegepast²⁰ en of deze leer in de concrete context waarbinnen deze leer is toegepast niet in strijd is met eenieder verbindende verdragsbepalingen.

In het licht van het vorenstaande is het natuurlijk de vraag wat precies onder een proportionele beperking moet worden verstaan. In de literatuur komen we verschillende definities tegen van proportionaliteit. In het kader van het EVRM kan op basis van de jurisprudentie worden gesteld dat de beoordeling van de proportionaliteit (in brede zin) van een beperkende maatregel impliceert dat wordt overwogen of de beperkende maatregel geschikt is om het beoogde legitieme doel (subsidiariteit) te bereiken en dat wordt nagegaan of het gewicht van de beperkende maatregel in een redelijke verhouding staat tot de beperking van het grondrecht (proportionaliteit in enge zin). Ten slotte impliceert proportionaliteit ook dat het onderliggende algemene belang van de beperkende maatregel op een eerlijke wijze wordt afgewogen tegen het belang van het grondrechtssubject (*fair balance*).²¹ Overigens is het niet zo dat het Europees

¹⁸ *Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 21.*

¹⁹ De beperkingsclausule van artikel 9 lid 2 EVRM bevat een proportionaliteitstoets evenals die van artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en artikel 10 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest) jo. artikel 52 EU-Handvest. Zie hierover ook A. Vleugel, *Het juridische begrip van godsdienst* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

²⁰ Het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet hoeft daarbij, indien het geschil betrekking heeft op een algemene wet in formele zin (denk aan artikel 10 Wet openbare manifestaties (Wom) inzake het geschil over klokkengelui, zie ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1448, AB 2011/333), geen beletsel te zijn indien de rechter zich tenminste beperkt tot grondwetsconforme uitleg van artikel 6 Grondwet. Zie ook par. 2.11.3 'Grondwetsconforme interpretatie', in: P.J. Boon, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland* (MM SBR), Deventer: Kluwer 2005 (geraadpleegd op 29 april 2021).

²¹ Zie o.a. J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 229-261 (hierna: Gerards 2019).

Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) of de Nederlandse rechter in zijn beoordeling van de proportionaliteit van een maatregel altijd een vast stappenplan afloopt en alle hiervoor genoemde criteria behandelt. Het beeld hierover is heel wisselend. Soms wordt dit wel gedaan maar soms wordt ook alleen een belangenafweging naar voren gebracht of wordt slechts één aspect van de proportionaliteitstoets (bijvoorbeeld subsidiariteit) besproken en worden de overige criteria achterwege gelaten omdat ze kennelijk in de betreffende zaak niet doorslaggevend zijn.²²

In de Verenigde Staten heeft een proportionaliteitstoets onder de noemer van *balancing* (vanaf eind jaren '30) voet aan de grond gekregen.²³ Onder invloed van de doctrine van het *accommodationisme*²⁴ werd vanaf de jaren '60 in de jurisprudentie de *strict scrutiny test* ingevoerd die bepaalde dat de vrije godsdienstoefening slechts beperkt kon worden als was voldaan aan strikte eisen ongeacht of de beperking was ingegeven door algemene en neutrale wetten.²⁵ Het grondrecht mocht alleen worden beperkt in die gevallen waar er sprake was van een zwaarwegend landsbelang en voor de beperking de minst ingrijpende middelen waren gekozen. Later heeft er zich in de jurisprudentie weer een ontwikkeling voorgedaan die het oude onderscheid tussen algemene en neutrale wetten weer op de voorgrond zette om te bepalen of een beperking geoorloofd is. Daarbij werd anders dan voorheen bepaald dat een *strict scrutiny test* alleen diende te worden toegepast op niet-neutrale wetten en dat neutrale wetten in beginsel geen beperking van de vrije godsdienstuitoefening kunnen opleveren.²⁶ In de jongste jurisprudentie is het Supreme Court weer strenger geworden voor zogenaamde neutrale wetten. Het Supreme Court merkt op dat het bij zijn oordeel over de vraag of de wet neutraal is niet alleen uitgaat van de bewoordingen van de wet. Ook ogenschijnlijk neutrale wetten kunnen volgens het Supreme Court worden gekwalificeerd als specifiek op religie gerichte wetten indien ze (intentioneel) bijzonder nadelig uitpakken voor de uitoefening van godsdienst.²⁷ Ook die wetten dienen dan te voldoen aan de *strict scrutiny test*.

²² Gerards 2019, p. 231.

²³ Zie F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 72.

²⁴ Deze politieke stroming heeft evenals de Lockeaanse benadering oude papieren. Haar oorsprong wordt gevonden in de wijze waarop de kolonisten in de beginjaren van de Verenigde Staten op basis van gelijk respect met elkaar probeerden samen te leven. William O. Douglas (1898-1980) zou als rechter van het Supreme Court in 1952 deze benadering op de voorgrond hebben gezet. Zie hierover ook M. Nussbaum, *De nieuwe religieuze intolerantie. Een uitweg uit de politiek van angst*, Amsterdam: Ambo/Anthos 2013, p. 93.

²⁵ Supreme Court 17 juni 1963 (*Sherbert v. Verner*).

²⁶ Supreme Court 17 april 1990 (*Employment Division v. Smith*).

²⁷ Supreme Court 11 juni 1993 (*Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*).

De historische ontwikkeling van de uitleg van de *free exercise clause* vinden we terug in de formulering van het Supreme Court in de New Yorkse uitspraak. Daarin stelt het: ‘Because the chancelled restrictions are not “neutral” and of “general applicability”, they must satisfy “strict scrutiny”, and this means that they must be “narrowly tailored” to serve a “compelling” state interest.’²⁸ Gesteld kan worden dat het Supreme Court met deze formulering blijk geeft een proportionaliteitstoets toe te passen vergelijkbaar met de proportionaliteitstoets zoals die door het EHRM en de nationale rechter wordt toegepast op basis van artikel 9 lid 2 EVRM.

Al met al lijkt de wijze waarop godsdienstuitoefening in het Amerikaanse constitutionele recht bescherming toekomt in grote lijnen overeen te komen met de bescherming ervan in het Nederlandse constitutionele recht op basis van de Grondwet en de relevante verdragsbepalingen.²⁹

Ten eerste omdat in Nederland de godsdienstvrijheid net als in de Verenigde Staten wordt beschermd door een zeer rigide en formeel grondwetsartikel en dit in beide jurisdicties heeft geleid tot constructies op grond waarvan een overheidsorgaan buiten de grondwetsbepaling om toch kan bepalen dat een beperking geoorloofd is. In de Verenigde Staten zien we dit terug in de jurisprudentie die bepaalt dat de rechter de beoordelingsvrijheid toekomt om een wet te categoriseren als neutrale geoorloofde beperking of als niet-neutrale ongeoorloofde beperking. In Nederland blijkt dit uit de leer van de redelijke uitleg waarmee de grondwetgever ruimte aan overheidsorganen heeft gelaten om te beoordelen of een grondrecht redelijkerwijs wel geacht kan worden aan de orde te zijn.

Ten tweede doordat in de Verenigde Staten net als in Nederland een proportionaliteitstoets buiten de grondwetsbepaling om tot ontwikkeling is gekomen. In de Verenigde Staten heeft het Supreme Court zijn bevoegdheid gebruikt om onder de noemer van *balancing* een proportionaliteitstoets te ontwikkelen die ook ziet op beperkingen die worden opgelegd aan het recht op de uitoefening van godsdienst. In Nederland zijn beperkingen van het recht op de uitoefening van godsdienst in veel gevallen ook onderhevig aan een proportionaliteitstoets met name vanwege de toepassing van verdrags- of Unierechtelijke bepalingen waarin een proportionaliteitstoets is opgenomen. Daarnaast dient een overheidsorgaan op grond van de grondwetsgeschiedenis ook een proportionaliteitstoets toe te passen indien het beoordeelt of artikel 6 Grondwet redelijk moet worden uitgelegd.

²⁸ Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87, p. 3 (NY).

²⁹ Zie de bepalingen die zijn genoemd in voetnoot 19.

3. Het Supreme Court inzake de maximering van bezoekersaantallen

Het Supreme Court werd voor het eerst met de onderhavige kwestie geconfronteerd op 29 mei 2020. Het betrof een zaak inzake de maximering van bezoekers van gebedshuizen tot 100 personen in Californië.³⁰ Het Supreme Court wees het verzoek van de religieuze gemeenschap (*South Bay*) om de limiterende regel op te schorten af. Vijf van de negen raadsheren vonden de beperking op de godsdienstvrijheid rechtmatig. De meerderheid oordeelde dat de autoriteiten van staten in een pandemie een bepaalde vrijheid moeten hebben om te bepalen hoeveel mensen tot een gebedshuis mogen worden toegelaten, helemaal als het aankomt op situaties waar zij om de volksgezondheid te beschermen geconfronteerd worden met grote onwetendheid en onzekerheid over medische en wetenschappelijke bevindingen.³¹

Op 24 juli 2020 wees het Supreme Court nogmaals een verzoek inzake deze kwestie af. Ditmaal ging het om de maximering van bezoekers van gebedshuizen tot 50 personen in Nevada.³² In deze zaak vonden de verzoekers (*Calvary Chapel*) dat ze ongelijk werden behandeld omdat religieuze bijeenkomsten gebonden waren aan een maximum van 50 personen, terwijl casino's, sportscholen en restaurants tot 50% van hun normale capaciteit mochten gebruiken. De afwijzing ging vergezeld met felle *dissenting opinions* waarin drie raadsheren van mening waren dat er sprake was van ongeoorloofde ongelijke behandeling van gelovigen.

Op 25 november 2020 volgde de New Yorkse zaak. Deze zaak werd aangespannen vanwege een voorschrift van de gouverneur van de staat New York waarin New York werd onderverdeeld in drie kleurgebieden: rood voor zwaar getroffen gebieden, oranje voor gebieden met een ernstige besmettingsgraad en geel voor licht besmette gebieden. In een rood gebied mochten maximaal 10 mensen een gebedsgebouw bezoeken, in een oranje gebied 25 en in een geel gebied mocht 50% van de normale maximale capaciteit worden gebruikt. Twee religieuze organisaties, een joodse en een katholieke, eisten dat het voorschrift van de gouverneur met betrekking tot het bezoek aan gebedshuizen zou worden opgeschort, omdat dit voorschrift in strijd zou zijn met de *free exercise clause* van het eerste amendement van de Amerikaanse Grondwet en de maatregelen onherstelbare schade zouden aanrichten bij gelovigen. Beide organisaties klaagden dat de maatregelen gebedshuizen harder troffen dan vergelijkbare seculiere activiteiten.³³

³⁰ Supreme Court 29 mei 2020, nr. 19A1044 (*South Bay*).

³¹ Opinion J. Breyer bij Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87, p. 5 (NY).

³² Supreme Court 24 juli 2020, nr. 19A1070 (*Calvary Chapel*).

³³ Zie ook A. Vleugel, 'Amerikaans Hooggerechtshof staat net als Nederlandse wetgever pal voor godsdienstvrijheid', nederlandrechtstaat.nl 7 december 2020.

Het Supreme Court gaf de klagers uiteindelijk gelijk, in die zin dat het met een verhouding van vijf tegen vier oordeelde dat de godsdienstvrijheid was geschonden en de restricties moesten worden opgeschort. Deze uitspraak was opmerkelijk omdat het Supreme Court in deze zaak zijn koers leek te wijzigen ten opzichte van *South Bay* en *Calvary Chapel*. In de media werd deze koerswijziging toegewezen aan het vertrek van de progressieve rechter Ruth Bader Ginsburg en de vervanging van haar functie door de conservatieve en katholieke rechter Amy Comey Barrett. Hierdoor zou de stemverhouding van het Supreme Court bij conservatieve kwesties structureel zijn veranderd.³⁴

Tot slot wees het Supreme Court op 15 december 2020 nog een verzoek toe van een gebedshuis in Colorado in New Jersey. In deze zaak verzocht het gebedshuis om de regel die de bezoekersaantallen tot personen maximeerde op te schorten. Het Supreme Court oordeelde dat de lagere rechters hun uitspraak dienden te herzien in het licht van de *New York*-uitspraak van 25 november. Omdat deze zaak geen verandering tot stand bracht ten opzichte van de belangenafweging, zoals die in de uitspraak over New York naar voren komt, laat ik hem verder rusten.³⁵

4. De belangenafweging door het Supreme Court

In de *New York*-uitspraak en in de daarbij gevoegde *opinions* komt naar voren hoe de raadsheren de verschillende belangen tegen elkaar afwegen en hoe deze belangenafweging is veranderd in vergelijking met de hieraan voorafgaande beslissingen.

4.1. Ongelijke behandeling van religieuze bijeenkomsten

Uit de *opinions* in de *New York*-uitspraak blijkt dat de meerderheid van de raadsheren in de *South Bay*- en *Calvary Chapel*-zaken van mening was dat de regels die de bezoekersaantallen maximeerden neutraal van aard waren ten opzichte van religie. Met andere woorden, men vond dat de godsdienstvrijheid in die zaken werd beperkt door een algemene en neutrale regel. Om die reden overwoog het Supreme Court dan ook dat het niet nodig was de limitering van de bezoekers van religieuze bijeenkomsten te onderwerpen aan een *strict scrutiny test*. De redenering was dat '(...) state officials seeking to control

³⁴ Zie o.a. N. Righton, 'Grote rechterlijke draai: kerken VS mogen coronaregels voortaan negeren – met mogelijk grote gevolgen voor de feestdagen', *de Volkskrant* 26 november 2020. Men vreesde nog jaren vast te zitten aan de erfenis van Trump omdat hij in zijn termijn drie conservatieve rechters (Gorsuch, Kavanaugh en Barrett) zou hebben benoemd. Zie ook M.C. Dorf, 'Under-reacting to SCOTUS Theocracy', *dorfonlaw.org* 2 december 2020.

³⁵ Supreme Court 15 december 2020, order 20A95.

the spread of COVID-19 may restrict attendance at houses of worship so long as comparable secular institutions face restrictions that are at least equally as strict'.³⁶

Van deze benadering komt het Supreme Court terug in de *New York*-zaak. Daarin overweegt het dat het voorschrift van de gouverneur geen neutraal karakter heeft. Het kan niet als neutraal worden beschouwd omdat de activiteiten van religieuze gemeenschappen zwaarder zouden worden beperkt dan bepaalde seculiere faciliteiten, zoals faciliteiten voor acupunctuur, campings en autogarages. Deze essentiële faciliteiten mochten bijvoorbeeld in rode gebieden onbeperkt mensen ontvangen, terwijl gebedshuizen niet meer dan 10 mensen mochten toelaten. Ook fabrieken en transportbedrijven mochten onbeperkt mensen laten samenkomen. In de oranje zone was de ongelijke behandeling volgens het Supreme Court nog groter omdat daar ook niet-essentiële faciliteiten, zoals een warenhuis, onbeperkt mensen mochten ontvangen, terwijl gebedshuizen gebonden waren aan de limiet van 25 personen. Het Supreme Court stelt dat de verhouding zoek is als men in een rode 'regio' met honderden tegelijk een warenhuis mag bezoeken en een gebedshuis met maar 10 mensen, terwijl sommige van die gebedshuizen de capaciteit hebben om duizenden mensen te ontvangen.³⁷

4.2. Dwingend staatsbelang

Vanwege het niet-algemene en niet-neutrale karakter van het voorschrift van de gouverneur moest het volgens het Supreme Court voldoen aan de hiervoor genoemde eisen uit de jurisprudentie, namelijk dat de beperkende regel moet zijn toegesneden op de specifieke situatie en dat de regel een dwingend staatsbelang dient. Over de eerste eis merkt het Supreme Court op dat het tegengaan van de verspreiding van COVID-19 vanwege de bescherming van de volksgezondheid weliswaar een dwingend staatsbelang is, maar dat dit belang te algemeen is om de limitering van gebedshuizen te rechtvaardigen.³⁸

Rechter Breyer betoogt in zijn *dissenting opinion* dat het Supreme Court eigenlijk niet de aangewezen instantie zou moeten zijn om te bepalen of het tegengaan van de verspreiding een voldoende dwingend staatsbelang is. Hij wijst erop dat het Supreme Court in *South Bay* lijkt te veronderstellen dat deze beoordeling primair toekomt aan de gekozen bestuurders van de staten (dus de gouverneurs). Hij stelt: 'The Constitution principally entrusts the safety and the health of the people to the politically accountable officials of the States.' Het Supreme Court gaat in de *New York*-uitspraak echter niet mee in deze redenering

³⁶ Opinion J. Sotomayor bij Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87, p. 2 (NY).

³⁷ Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87, p. 3 (NY).

³⁸ Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87, p. 4 (NY).

en kiest ervoor om zelf te beoordelen in hoeverre het staatsbelang voldoende dwingend is.³⁹

4.3. Maatregelen onvoldoende toegesneden op de concrete situatie

Het Supreme Court oordeelt in de *New York*-uitspraak dat de betreffende maximering van de bezoekersaantallen onvoldoende was toegesneden om het belang van de volksgezondheid te dienen omdat ze te beperkend was in vergelijking met andere maatregelen die getroffen waren in relatie tot de coronapandemie en met de maatregelen die andere jurisdicties hadden genomen. Het Supreme Court verwijst voor zijn oordeel onder andere op de maatregelen die golden voor gebedshuizen in Californië (*South Bay*) en Nevada (*Calvary Chapel*) waar ten tijde van de uitspraak ‘slechts’ een maximum aantal bezoekers gold van 100 respectievelijk 50 personen.

Bovendien waren de maatregelen volgens het Supreme Court veel zwaarder dan nodig zou zijn om de verspreiding van het virus te stoppen. Het Supreme Court noemt in dit verband de lage besmettingscijfers van de gebedshuizen in de voorafgaande periode. Verder nam het Supreme Court in aanmerking dat de veiligheidsmaatregelen van de gebedsgebouwen een hoge standaard hadden. Zo waren er afstands- en hygiënemaatregelen en was er een plicht tot het dragen van een mondkapje. Er zou volgens het Supreme Court onvoldoende bewijs zijn dat de gebedshuizen hebben bijgedragen aan de (toenmalige) hoge besmettingsgraad. Het Supreme Court overweegt verder dat het besmettingsgevaar al met veel minder zware maatregelen beperkt had kunnen worden, bijvoorbeeld door het bezoekersaantal te maximeren op basis van de grootte van het gebedsgebouw. Dan zouden de maatregelen (al) meer op maat gesneden zijn geweest.⁴⁰

4.4. Gewicht van de godsdienstvrijheid

Het Supreme Court is erg uitgesproken over de waarde van het eerste amendement. Het overweegt dat de Grondwet zelfs in een pandemie niet mag worden weggestopt en vergeten. In lijn hiermee merkt het Supreme Court op dat het verliezen van het recht op godsdienstoefening – zelfs voor een korte termijn – onherstelbare schade tot gevolg heeft. Het overweegt dat de gemeenschappelijke belijdenis een belangrijk element is van de meeste religieuze tradities en wijst er daarbij op dat door de maatregelen een groot gedeelte van de gelovigen in New York niet in staat is om een religieuze dienst te kunnen volgen. In de visie van het Supreme Court kan het online meebeleven van reli-

³⁹ Opinion C. Breyer bij Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87, p. 3 en 5 (NY).

⁴⁰ Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87, p. 4 (NY).

gieuze bijeenkomsten dan ook niet op één lijn worden gesteld met de persoonlijke aanwezigheid bij een religieuze eredienst. In dat verband noemt het Supreme Court het jodendom waarbinnen stromingen zijn die persoonlijke aanwezigheid zien als religieuze plicht. Verder vindt het Supreme Court het ook problematisch dat het onmogelijk is voor de katholieke gemeenschap om ter communie te gaan. Dit sacrament is immers niet mogelijk op een online manier. Dit zou volgens het Supreme Court niet alleen problemen opleveren voor katholieken maar ook voor orthodoxe christenen en de meeste protestanten. Alles overziend, is dit voor het Supreme Court reden om veel gewicht toe te kennen aan de godsdienstvrijheid.⁴¹

4.5. Balancing

Op grond van vorenstaande overwegingen komt het Supreme Court tot een belangenafweging tussen het belang van het beschermen van de volksgezondheid en het belang van de godsdienstvrijheid. Duidelijk is dat voor het Supreme Court in de betreffende omstandigheden het belang van godsdienstvrijheid het zwaarst weegt.⁴²

Dat de belangenafweging in eerdere uitspraken uitviel in het voordeel van het belang van de volksgezondheid komt ten eerste doordat het Supreme Court in die uitspraken ervan uitging dat de beperkende regel een algemene neutrale regel was die godsdienstige bijeenkomsten op gelijke voet behandelde met andere seculiere activiteiten. Toen het Supreme Court eenmaal in de *New York*-zaak had vastgesteld dat de behandeling van religieuze bijeenkomsten ten opzichte van bepaalde andere seculiere bijeenkomsten ongelijk was ging het ertoe over om de in de jurisprudentie ontwikkelde *strict scrutiny test* uit te voeren. Daaruit bleek dat het belang van de volksgezondheid te algemeen was om zo'n specifieke maatregel als de maximering van de bezoekersaantallen van gebedsgebouwen te kunnen rechtvaardigen. Daarnaast vond het Supreme Court de maatregelen niet passend aangezien er ook minder ingrijpende maatregelen mogelijk zouden zijn geweest.

5. De Nederlandse regering en wetgever over de maximering van bezoekersaantallen

Vanaf 14 maart tot 1 december 2020 waren er in Nederland noodverordeningen van kracht. Deze bevatten ook voorschriften voor het maximale aantal bezoekers van religieuze bijeenkomsten. Tussen 14 maart en

⁴¹ Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87, p. 5 (NY).

⁴² Supreme Court 25 november 2020, nr. 20A87, p. 2 (NY).

1 juni werden religieuze bijeenkomsten expliciet genoemd in de noodverordeningen. Religieuze bijeenkomsten binnen gebedshuizen mochten met niet meer dan 100 en later 30 personen plaatsvinden.⁴³ De noodverordening van 1 juni noemde de religieuze bijeenkomsten niet meer expliciet. In plaats daarvan gold er een algemeen verbod (inclusief godsdienstige bijeenkomsten) om samen te komen met meer dan 30 personen.⁴⁴ Op 1 juli werd de maximering van het aantal personen voor alle maatschappelijke sectoren opgeheven.⁴⁵ Vanaf 29 september, wanneer Nederland in de ‘tweede golf’ is beland, werd de 30-personeerregel weer ingevoerd. Godsdienstige bijeenkomsten, zowel binnen als buiten gebouwen of besloten plaatsen, werden hiervan uitgezonderd.⁴⁶

Sinds 1 december biedt het ingevoegde hoofdstuk ‘Va’ van de Wet publieke gezondheid een formeel-wettelijke grondslag voor de coronamaatregelen. De mogelijkheden hierin om de godsdienstvrijheid te beperken zijn echter, net als onder de jongste noodverordeningen, gering aangezien er vooral vrijstellingen en uitzonderingen voor godsdienstige bijeenkomsten in zijn opgenomen. De belangrijkste vrijstelling staat in artikel 58g lid 2 onder c Wet publieke gezondheid. Volgens deze bepaling zijn, in tegenstelling tot de meeste overige bijeenkomsten, religieuze bijeenkomsten niet gehouden aan een bij ministeriële regeling te stellen maximum van het aantal bezoekers, zowel als het gaat om bijeenkomsten binnen gebedshuizen als daarbuiten in de openbare ruimte.

Gesteld kan worden dat de belangenafweging aan het begin van de crisis (ten tijde van de noodverordeningen) een aangelegenheid was van de regering. De minister had op grond van artikel 7 Wet publieke gezondheid een aanwijzingsbevoegdheid inzake de uitoefening van de bevoegdheid van de voorzitter van de veiligheidsregio’s (artikel 6 lid 4 Wet publieke gezondheid). Die had op grond van artikel 39 Wet veiligheidsregio’s jo. artikel 176 Gemeentewet de bevoegdheid om noodverordeningen uit te vaardigen. Zoals in paragraaf 2 naar voren is gebracht, kent Nederland een rigide en formalistisch systeem van grondrechtenbescherming. Volgens artikel 6 lid 1 Grondwet zou de beslissing tot het beperken van religieuze bijeenkomsten binnen gebouwen en besloten plaatsen in beginsel slechts kunnen worden genomen door de formele wetgever en niet door de voorzitters van de veiligheidsregio’s. De coronaverordeningen waren dan ook problematisch.

43 Hiervoor heb ik als ‘modelverordeningen’ willekeurig de noodverordeningen van de Veiligheids- en Gezondheidsregio Gelderland-Midden van 17 maart 2020, 27 maart 2020 en 29 mei 2020 geraadpleegd. Zie officiële bekendmakingen.nl.

44 Zie bijvoorbeeld de noodverordening van Veiligheids- en Gezondheidsregio Gelderland-Midden van 1 juni 2020.

45 Zie bijvoorbeeld de noodverordening van Veiligheids- en Gezondheidsregio Gelderland-Midden van 1 juli 2020.

46 Zie bijvoorbeeld de noodverordening van Veiligheids- en Gezondheidsregio Gelderland-Midden van 29 september 2020.

Het probleem van het ontbreken van een specifieke formeel-wettelijke grondslag om de godsdienstvrijheid binnen gebouwen en besloten plaatsen (artikel 6 lid 1 Grondwet) te beperken werd door de Raad van State met de leer van de redelijke uitleg gerelativeerd in zijn voorlichting over de wijze waarop de coronamaatregelen zich verhouden tot grondrechten.⁴⁷ Hij stelt dat '(...) de spanning met artikel 6, eerste lid, van de Grondwet voor een korte periode wellicht kan worden weggenomen met de methode van de redelijke uitleg'.⁴⁸ Volgens de Raad brengt een redelijke uitleg van de vrijheid van godsdienst met zich dat dit recht niet zó ver reikt dat het onder deze specifieke omstandigheden een onbeperkt aantal deelnemers aan religieuze bijeenkomsten omvat. Zoals de Raad opmerkt dient wel bedacht te worden dat 'de redelijke uitleg (...) slechts in een acute situatie, voor een korte periode, soelaas kan bieden'.

Toen de Raad zijn voorlichting gaf was de planning dat er per 1 juli 2020 een coronawet in werking zou treden. Deze wet is uiteindelijk pas per 1 december 2020 in werking getreden. Dit gegeven maakt dat men kan twijfelen of de leer van de redelijke uitleg wel van toepassing kan worden geacht op de noodverordeningen. De wetgever heeft immers wel erg veel tijd genomen om een wettelijke grondslag voor de beperkingen op de godsdienstvrijheid te creëren. Niettemin zou men kunnen volhouden dat in ieder geval tot 1 juli 2020 een beroep op de leer van de redelijke uitleg wel een zekere overtuigingskracht had. In tegenstelling tot andere coronamaatregelen was dit ook de datum dat in de noodverordeningen de maximering van de bezoekersaantallen van religieuze bijeenkomsten werd losgelaten. In dat licht zou men specifiek voor de maatregel van de maximering van de bezoekersaantallen van religieuze bijeenkomsten kunnen stellen dat deze gedurende de gehele periode dat hij gelding had een legitieme basis had in de leer van de redelijke uitleg.

6. De belangenafweging door de Nederlandse regering en de wetgever

6.1. Belangenafweging door de Nederlandse regering

Wanneer we de maximering van de bezoekersaantallen van religieuze bijeenkomsten bezien in het licht van de leer van de redelijke uitleg dan kunnen we stellen dat die maatregelen geen beperkingen van het grondrecht waren. Toch waren het wel beperkingen in de zin van artikel 9 lid 2 EVRM aangezien het EVRM geen leer van de redelijke uitleg van grondrechten kent.

⁴⁷ *Kamerstukken II 1975/76, 13872, 3, p. 21.*

⁴⁸ Raad van State, *Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen*, W04.20.0139/1/Vo, 25 mei 2020, p. 25 (hierna: Raad van State 2020).

De consequentie daarvan is dat de coronamaatregelen conform de beperkingsclausule van artikel 9 lid 2 EVRM proportioneel moeten zijn.⁴⁹ Zoals echter reeds in paragraaf 2 is opgemerkt blijkt uit de grondwetsgeschiedenis dat ook bij toepassing van de leer van de redelijke uitleg de eis van proportionaliteit moet worden geëerbiedigd en er rekening moet worden gehouden met maatschappelijke en persoonlijke belangen.⁵⁰ Met andere woorden, net als op grond van het EVRM dienen met de redelijke uitleg van grondrechten individuele belangen ten opzichte van algemene belangen te worden afgewogen en mag de grondrechtelijke bescherming niet verder verminderen dan strikt noodzakelijk is.⁵¹ Weer anders gezegd, de toepassing van de leer van de redelijke uitleg veronderstelt een proportionaliteitstoets.

Of en in hoeverre de noodverordeningen aangaande de godsdienstoefening proportioneel waren wordt niet duidelijk uit de toelichtingen bij de noodverordeningen zelf en ook niet uit de aanwijzingen van de minister ex artikel 7 Wet publieke gezondheid. Zoals eerder gesteld zijn de noodverordeningen ook niet onderworpen geweest aan een uitgebreide rechterlijke proportionaliteitstoets en heeft alleen de Raad van State zich hier in een voorlichting aan de Tweede Kamer kort over uitgelaten. In die voorlichting stelt de Raad in het kader van de leer van de redelijke uitleg dat de beperkingen op de godsdienstoefening gedurende de eerste, onzekere maanden van de pandemie proportioneel waren vanwege de ernst van de coronapandemie en vanwege het gegeven dat er gedurende die periode altijd godsdienstoefening ‘van enige betekenis’ overbleef. Zo was het religieuze organisaties toegestaan om in verband met het maximale bezoekersaantal meerdere erediensten op één dag te organiseren (mits daarbij de hygiëneregels in acht werden genomen) en werd religieuze organisaties niets in de weg gelegd om hun achterban online te bedienen, door middel van opnamen en livestreams.⁵²

Opvallend is dat de Raad een belangrijk aspect inzake de beperkingen van de godsdienstoefening buiten beschouwing laat. Het gaat om het feit dat de regering vanaf het begin van de crisis in nauw overleg trad met de verschillende religieuze koepelorganisaties die ons land rijk is. De overheid stemde haar maatregelen volledig af met de grote religieuze koepelorganisaties, namelijk

⁴⁹ Artikel 9 lid 2 EVRM bevat de zinsnede: ‘in een democratische samenleving noodzakelijk’. Hieruit wordt een proportionaliteitstoets afgeleid.

⁵⁰ Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 3, p. 21.

⁵¹ Het gaat er volgens het EHRM om dat er een dringende maatschappelijke noodzaak (‘pressing social need’) is om het grondrecht te beperken. De beperking moet nodig zijn ten behoeve van een legitiem maatschappelijk doel. Zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 402; S. Philipsen & A. Vleugel, ‘Het algemeen belang als (redelijke) begrenzing van religieuze accommodatie in het openbaar onderwijs’, *NTM–NJCM Bull.* 2019/26, afl. 4, p. 444.

⁵² Raad van State 2020, p. 25.

het Interkerkelijk Contact in Overheidszaken (CIO), het Contactorgaan Moslims en Overheid (CMO), de Boeddhistische Unie Nederland en de Hindoeraad.⁵³ Samen met deze overlegorganen werd een beleid samengesteld ter preventie van coronabesmetting bij religieuze bijeenkomsten. Zo was met de Minister van Justitie en Veiligheid als Minister van Eredienst afgesproken dat de koepelorganisaties zoveel mogelijk zouden bevorderen dat fysieke bijeenkomsten worden vermeden en de bijeenkomsten online plaatsvinden. Een dergelijke op maat gesneden benadering waarbij men instemming bereikt van alle betrokken partijen kan men met recht als proportioneel kwalificeren.

Ten gevolge van het overleg met de overheid hebben kerken, moskeeën et cetera tot 1 juni 2020 massaal online bijeenkomsten georganiseerd en is er niet of nauwelijks gebruik gemaakt van het recht om met maximaal 30 personen fysiek samen te komen. Veelal werd er door de dominee, pastoor, imam et cetera in samenwerking met enkele andere leden een livestream tot stand gebracht zodat de religieuze achterban niet fysiek in het religieuze gebouw aanwezig hoefde te zijn. Verschillende religieuze gemeenschappen hadden daarenboven in protocollen extra eigen veiligheidsregels voor de eredienst opgesteld. Zo werd door de Protestantse Kerk Nederland (PKN)⁵⁴ en door de Rooms-Katholieke Kerk (RKK)⁵⁵ tot 7 juli gemeentezang afgeraden.

6.2. De belangenafweging door de Nederlandse wetgever

De ‘speciale behandeling’ van godsdienst in de op 1 december 2020 in werking getreden coronawet (hoofdstuk Va Wet publieke gezondheid) roept de vraag op wat nu de doorslag heeft gegeven voor de wetgever om zoveel belang te hechten aan de godsdienstoefening. Wanneer bewindspersonen met deze vraag werden geconfronteerd gaven ze steevast een procedureel antwoord door te verwijzen naar de Grondwet. Artikel 6 Grondwet zou het huidige beleid noodzakelijk maken.⁵⁶ Dat dit artikel inderdaad strenge waarborgen stelt aan de beperking van de godsdienstoefening is inderdaad onbetwist. Dat neemt echter niet weg dat ook de Grondwet om zwaarwegende redenen toestaat dat de godsdienstoefening beperkt wordt.⁵⁷

Toch heeft dit de wetgever er niet toe aangezet om godsdienstige bijeenkomsten te onderwerpen aan strenge maatregelen zoals die golden voor sommige

⁵³ Zie ‘Gezamenlijk Communiqué van de Boeddhistische Unie, het Contactorgaan Moslims en Overheid, het Interkerkelijk Contact in Overheidszaken en de Hindoeraad over religieuze en levensbeschouwelijke bijeenkomsten’, gepubliceerd op rijksoverheid.nl op 31 maart 2020.

⁵⁴ Zie protestantsekerk.nl. Zoek op: protocol-kerkdiensten-en-andere-kerkelijke-bijeenkomsten.

⁵⁵ Zie rkkkerk.nl zoek op: protocol-voor-publieke-vieringen-in-de-r-k-kerk-vanaf-1-juni-uitreiking-heilige-communie-vanaf-14-juni.

⁵⁶ *Kamerstukken II 2020/21*, 25295, nr. 799; *Handelingen I 2020/21*, nr. 6, p. 23; *Kamerstukken II 2020/21*, 35526, nr. 3-23.

⁵⁷ Vgl. A. Heringa, ‘Godsdienstvrijheid en corona’, denederlandsegrondwet.nl 26 oktober 2020.

andere maatschappelijke sectoren. De regering heeft vanaf het begin ervoor gekozen om de vrijheid van godsdienst veel gewicht toe te kennen. Minister De Jonge stelde in dit verband:

‘Wij erkennen dat het zowel bij woningen als bij samenkomsten van godsdienstige en levensbeschouwelijke aard gaat om autonome sferen die in beginsel buiten de mogelijkheden tot gedragsbeïnvloeding door de overheid vallen en behoren te vallen. Slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen is er een aanknopingspunt voor overheidsinterventie vanwege een publiek belang.’⁵⁸

Waarom godsdienstige bijeenkomsten behoren tot een autonome sfeer die in beginsel buiten de mogelijkheden tot gedragsbeïnvloeding door de overheid vallen wordt echter niet duidelijk uit de wetsgeschiedenis.⁵⁹ In tegenstelling tot woonhuizen zijn religieuze bijeenkomsten immers over het algemeen voor iedereen vrij toegankelijk en bovendien kent de wetgever in zijn coronabeleid ook een stevige bescherming toe aan religieuze bijeenkomsten die niet plaatsvinden binnen gebouwen of besloten plaatsen. Immers, zoals uit het voorgaande blijkt, waren ook bijeenkomsten buiten gebouwen of besloten plaatsen niet gebonden aan maximale bezoekersaantallen.

In het advies van de Raad van State over de coronawet wordt de uitzonderingspositie voor godsdienstige bijeenkomsten niet aan de orde gesteld.⁶⁰ Ook de Tweede Kamer besteedt niet veel aandacht aan de bepaling in de wet die religieuze bijeenkomsten uitzondert van maatregelen ter maximering van het aantal bezoekers. Er was weinig animo om religieuze bijeenkomsten op gelijke voet te behandelen met andere seculiere bijeenkomsten. Dit blijkt ook uit het voorgestelde amendement van het Tweede Kamerlid Van Kooten-Arissen dat beoogde de bezoekers van godsdienstige bijeenkomsten tot 30 personen te maximeren. Dit kon niet op een meerderheid rekenen.⁶¹

De precieze belangenafweging van de formele wetgever tussen enerzijds de bescherming van de volksgezondheid en anderzijds de godsdienstvrijheid (en de proportionaliteit van deze belangenafweging) blijft enigszins in nevelen gehuld. Dat neemt niet weg dat er verschillende juridische en principiële argumenten kunnen worden genoemd die het beleid kunnen rechtvaardigen.⁶² Op deze plaats ga ik hier verder niet op in aangezien hier beoogd is inzage te geven in de daadwerkelijke ‘kenbare’ overwegingen van de wetgever. Toch kunnen we niet zomaar aan ‘het politieke perspectief’ voorbijgaan zoals we dat tegenko-

⁵⁸ *Kamerstukken I 2020/21*, 35526, G, p. 113.

⁵⁹ *Kamerstukken II 2020/21*, 35526, nr. 3-23.

⁶⁰ *Kamerstukken II 2020/21*, 35526, nr. 4.

⁶¹ *Kamerstukken II 2020/21*, 35526, nr. 50.

⁶² Zie hierover A. Vleugel, ‘Coronamaatregelen en godsdienstige bijeenkomsten’, *NJB* 2021, afl. 8, p. 594-600.

men in de media en in de literatuur. Zoals eerder gesteld in paragraaf 3 wordt de uitspraak van het Supreme Court dan uitgelegd aan de hand van de politieke kleur van de rechters. In verband met de wettelijke uitzonderingspositie voor religieuze bijeenkomsten in Nederland wordt dan gesteld dat dit mogelijk het gevolg is van het feit dat het kabinet-Rutte III een kabinet was waarin liberale partijen het moesten zien eens te worden met twee christelijke coalitiepartners. Dit zou dan de doorslag hebben gegeven voor de uitzonderingspositie van religieuze bijeenkomsten.⁶³ Hoewel dergelijke ‘politieke’ verklaringen een zekere overtuigingskracht hebben, vind ik toch dat we hiermee, tenzij dit overduidelijk uit de wetsgeschiedenis blijkt, voorzichtig moeten zijn. Het blijven toch speculaties en ze zouden de opvatting in de hand kunnen werken dat de betreffende verantwoordelijke autoriteiten niet in staat waren om met een zekere afstand een eerlijke belangenafweging (*fair balance*) te maken.

Wat verder ook de doorslag heeft gegeven voor het beleid van de wetgever, in ieder geval is duidelijk dat de wetgever het beleid van de regering onder de coronaverordeningen heeft voortgezet. Zo lezen we in de wetsgeschiedenis van de coronawet: ‘De regering wil zoveel mogelijk aansluiten bij de initiatieven van diverse religieuze organisaties om zelf verantwoordelijkheid te nemen voor maatregelen om de verspreiding van het virus tegen te gaan en het uitoefenen van de zorgplicht ter zake.’⁶⁴ Deze ‘op maat gesneden’ benadering heeft ertoe geleid dat de wetgever met een beroep op het verantwoordelijkheidsgevoel van de religieuze koepelorganisaties de uiteindelijke belangenafweging tussen het beschermen van de volksgezondheid en de godsdienstoefening heeft overgelaten aan de religieuze organisaties zelf. Dat betekende overigens niet dat de overheid geheel aan de zijlijn ging staan en de religieuze organisaties maar hun gang liet gaan. Door regelmatig overleg en afspraken in de vorm van ‘communiqués’ probeerde de overheid grip te houden op de belangenafweging.⁶⁵

7. Conclusie

In zowel de Verenigde Staten als in Nederland zien we dat na verloop van tijd de belangenafweging tussen het belang van het beschermen van de volksgezondheid en het belang van de vrijheid van godsdienst anders is gaan uitvallen. In de eerste maanden van de pandemie was in beide jurisdicties

⁶³ Vgl. H. ten Napel, ‘De godsdienstvrijheid in coronatijd: (g)een liberaal recht?’, *nederlandse-rechtsstaat.nl* 8 april 2021,.

⁶⁴ *Kamerstukken II 2020/21*, 35526, nr. 32

⁶⁵ Dit heeft echter niet kunnen voorkomen dat er gedurende de coronapandemie religieuze bijeenkomsten zijn geweest met grote aantallen gelovigen waarbij de veiligheidsmaatregelen ook niet altijd goed in acht werden genomen. Deze ‘excessen’ leidden dan ook tot grote verontwaardiging in de samenleving. Overigens ging het ‘slechts’ om een handvol kerken.

de afweging zo dat het beschermen van de volksgezondheid prevaleerde boven het belang van de godsdienstoefening. Van grote invloed op deze belangenafweging was dat de regels die beperkingen oplegden aan de godsdienstuitoefening geacht werden een algemeen belang te dienen en neutraal te zijn ten opzichte van religie. Deze kwalificatie maakte het mogelijk dat het Supreme Court geen *strict scrutiny test* hoefde uit te voeren. In Nederland kon de Raad van State vanwege het neutrale en algemene karakter van de coronanoodverordeningen de grondrechtenbeperkingen relativeren met een beroep op de leer van de redelijke uitleg van de grondrechten. De *ratio* was dat het niet redelijk is te stellen dat de godsdienstvrijheid in het geding is als de bezoekersaantallen van gebouwen (waaronder gebedsgebouwen) worden gemaximeerd vanwege de verspreiding van een levensgevaarlijk virus waarover in wetenschappelijk opzicht nog maar weinig bekend is. Op grond van deze redenering kon een beperking van de godsdienstvrijheid worden ‘gelegitimeerd’ die buiten de legaliteitseisen van de beperkingsclausule van de Grondwet omging.

De omslag in de belangenafweging vond in de Verenigde Staten plaats nadat het Supreme Court eind november 2020 constateerde dat niet-religieuze bijeenkomsten in veel gevallen aan minder strenge maximumnormen van het aantal ‘deelnemers’ moesten voldoen dan religieuze bijeenkomsten. Dat opende voor het Supreme Court de weg tot het uitvoeren van een *strict scrutiny test*. Op basis hiervan kon het Supreme Court oordelen dat het belang van de volksgezondheid te algemeen was om de specifieke maatregel van de maximering van de bezoekersaantallen van gebedsgebouwen te kunnen rechtvaardigen en dat deze maatregel bovendien onvoldoende op maat was gesneden voor het beoogde doel (het tegengaan van de verspreiding van corona). Volgens het Supreme Court zouden er ook minder ingrijpende maatregelen mogelijk zijn geweest die meer recht doen aan het gewichtige karakter van de godsdienstvrijheid.

In Nederland vond de omslag in de belangenafweging reeds begin juli 2020 plaats toen de regering in de coronaverordeningen religieuze bijeenkomsten uitzonderden van de algemene maximering van het aantal aanwezigen bij bijeenkomsten. Aan deze uitzondering werd door de wetgever in formele zin vastgehouden nadat op 1 december 2020 de ‘coronawet’ in werking trad. De wetgever was van het begin af aan van oordeel dat de godsdienstoefening van een dusdanige importantie was dat de overheid daar eigenlijk niet in moest treden. Dat neemt niet weg dat de wetgever net zoals de regering ten tijde van de noodverordeningen wel degelijk oog had voor het belang van het beschermen van de volksgezondheid. De wetgever heeft in dat verband het beleid van de regering gecontinueerd. Dit beleid kwam neer op het invloed uitoefenen op het aantal bezoekers van religieuze bijeenkomsten door nauw overleg te voeren met de religieuze koepelorganisaties.