



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Sincerely believing in freedom: a reconstruction and comparison of the interpretation of the freedom of religion and belief on the Canadian Supreme Court, the South African Constitutional Court and the European Court of Human Rights

Theissen, F.H.K.

Citation

Theissen, F. H. K. (2023, November 30). *Sincerely believing in freedom: a reconstruction and comparison of the interpretation of the freedom of religion and belief on the Canadian Supreme Court, the South African Constitutional Court and the European Court of Human Rights*. Meijers-reeks. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3665263>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3665263>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Samenvatting (summary in Dutch)

OPRECHT GELOVEN IN VRIJHEID

Een reconstructie en vergelijking van de interpretatie van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging bij het Canadese Hooggerechtshof, het Zuid-Afrikaanse Constitutionele Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

1 HOOFDSTUK 1: ALGEMENE INLEIDING: DIVERSITEIT VAN GODSDIENST EN GELOOFSOVERTUIGING EN RECHTERLIJKE INTERPRETATIE

‘Er zijn evenveel wegen naar God, als er zielen in deze wereld zijn’. Deze soefi-wijsheid kan een levenslange spirituele reis of een reeks debatten inspireren. In een notendop verklaart het ook waarom verschillende internationale en constitutionele documenten de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging erkennen. Dit mensenrecht beschermt elke gelovige, inclusief degenen die zichzelf als ongelovigen definiëren, tegen inmenging van anderen en de staat. Het Canadese Handvest van Rechten en Vrijheden, de Zuid-Afrikaanse Bill of Rights en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens erkennen elk de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Ze gebruiken deels vergelijkbare, deels verschillende woorden en juridische concepten, maar ze delen een gemeenschappelijke kern, die kan worden samengevat in artikel 18 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (vrijheid van gedachte, geweten en religie) die luidt:

‘Eenieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; Dit recht omvat de vrijheid om van godsdienst of levensovertuiging te veranderen, en de vrijheid, alleen of in gemeenschap met anderen en in het openbaar of privé, om zijn godsdienst of levensovertuiging te uiten in onderwijs, praktijk, aanbedding en naleving.’

Hoewel de codificaties van het mensenrecht deze gemeenschappelijke kern delen, leidt het in rechtszaken, waarin gelovigen, inclusief niet-gelovigen, beweren dat hun vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging is aangetast, tot heel verschillende uitkomsten. Verschillen, die alleen kunnen worden begrepen en geanalyseerd door te kijken naar de interpretatie van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging door tribunalen in verschillende gevallen.

Deze studie is geïnteresseerd in het vinden en vergelijken van de standaardinterpretatie van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging van het Hooggerechtshof van Canada (SCC), het Constitutioneel Hof van Zuid-Afrika (CCSA) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De vergelijking moet bijdragen aan het inzicht in hoe rechterlijke interpretatie van belang is voor het bieden van optimale bescherming voor alle gelovigen. Optimale bescherming wordt gedefinieerd in hoofdstuk 2. Deze studie volgt de argumenten van Cass. R. Sunstein, dat rechterlijk minimalisme de beste interpretatietheorie is voor mensenrechten in een pluralistische context, die valt in een liberaal-democratisch constitutioneel systeem (= liberaal-democratisch en rechtstatelijk).

De volgende categorisatie wordt gebruikt om de geselecteerde zaken te analyseren:

- persoonlijke vrijheid;
- familierecht en familierelaties;
- groepsautonomie;
- onderwijs;
- evenwicht tussen de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging en andere rechten; en
- secularisme.

Dit zijn geen wederzijds uitsluitende dimensies van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Zij komen voor in de rechtszaken die door rechterlijke colleges worden beslist met betrekking tot vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging.

Voor dit onderzoek zijn vijftien zaken van elk van de gerechtshoven in de periode 1990 tot 2015 geselecteerd. Om redenen die specifiek zijn de betreffende rechtsgebieden, werden van EHRM echter alleen zaken na 1998 geselecteerd en voor het CCSA alleen zaken na 1996. De zaken werden geselecteerd op basis van gevarieerdheid, waarbij de ingewikkelde vragen over vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging aan bod moesten komen.

Na de gekozen periode werden natuurlijk ook nieuwe zaken beslist die betrekking hadden op de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Tot april 2022 waren dit grofweg nog twee zaken van het SCC, zeven van het CCSA en drie van het EHRM. Aangezien deze niet in de analyse zijn opgenomen, kan deze studie geen antwoord geven op de vraag of de huidige standaardinterpretatie met betrekking tot de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging in elk van de Hoven verschilt van wat in de geselecteerde zaken is gevonden. Niettemin laat de analyse en vergelijking nog steeds conclusies toe met betrekking tot de impact van de standaardinterpretaties voor de uitkomst, de implicaties voor het concept van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, de reikwijdte ervan en wanneer en hoe deze wordt geactiveerd. Bovendien, zelfs als de standaardinterpretaties in latere gevallen zijn gewijzigd, laat de studie de conclusie toe dat de hoofd- en ondersteunende leidende principes,

die gevonden werden in de geselecteerde zaken, ook bij veranderingen zullen worden toegepast.

Hoewel het EHRM het enige internationale tribunaal is, in vergelijking met de hoogste tribunaal in twee nationale constitutionele ordes, is de vergelijking nog steeds eerlijk. Elk van de rechtsgebieden heeft elementen van gewoonterecht en continentaal recht en wordt gekenmerkt door meerdere gerechtelijke en wetgevende lagen. Zelfs debatten met betrekking tot autoriteit en legitimiteit met betrekking tot rechterlijke interpretatie zijn zeer vergelijkbaar in elk van de rechtsgebieden. De volgende onderzoeksvragen worden in dit onderzoek beantwoord:

1. *Wat zijn de standaardinterpretaties van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging van het Canadese Hooggerechtshof, het Zuid-Afrikaanse Constitutionele Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens; en hoe worden ze toegepast in de zes dimensies persoonlijke vrijheid; familierecht en familie-relaties; groepsautonomie; onderwijs; het in evenwicht brengen van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging met andere rechten; en secularisme?*
2. *Welk concept van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging past elk van de hoven toe, hoe breed is de reikwijdte van de bescherming en hoe wordt de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging geactiveerd in de drie standaardinterpretaties en wat zijn de terugkerende leidende principes binnen de standaardinterpretatie?*
3. *Welke elementen van minimalisme zijn aanwezig in de standaardinterpretatie en in welke elementen spreekt de standaardinterpretatie het minimalisme tegen en wat is het effect hiervan op een optimale bescherming voor gelovigen?*
4. *Wat kunnen de hoven leren van elkaars standaardinterpretatie als het gaat om optimale bescherming van gelovigen; wat zijn de best practices?*

2 HOOFDSTUK 2: THEORETISCH KADER: CONCEPTEN VAN VRIJHEID VAN GODSDIENST EN GELOOFSOVERTUIGING EN MINIMALISME

De vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging is een van de oudste klassieke mensenrechten. Verschillende perioden in de geschiedenis en verschillende plaatsen in de wereld worden aangehaald voor zijn oorsprong. Mensen uit een aantal religieuze en filosofische tradities zouden beweren, dat de waarden die ten grondslag liggen aan mensenrechten in het algemeen en de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging voortkomen uit deze tradities. Hoewel het bestaan en het belang van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging als mensenrecht vanuit een historisch perspectief kan worden verklaard, kunnen verschillende pragmatische, op geloof gebaseerde en pluralistische argumenten worden gegeven. Alle argumenten zullen het belang aantonen van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging binnen een kader van

verschillende waarden, rechten en of concepten die allemaal betrekking hebben op vrede, rechtvaardigheid en vrijheid.

Vanuit het perspectief van het moderne internationale en constitutionele recht en de westerse rechtsgeschiedenis is de Vrede van Westfalen in 1648 CE (Common Era) een verklaarbaar uitgangspunt voor een historische analyse. Moderne mensenrechteninstrumenten van na de Tweede Wereldoorlog, te beginnen met de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, omvatten allemaal de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Regionale mensenrechteninstrumenten zoals het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, de Amerikaanse Verklaring van de rechten en plichten van de mens, het Afrikaanse Handvest voor de rechten van de mens en de volkeren omvatten dit recht. Het is bevestigd door op geloof gebaseerde en/of interreligieuze initiatieven zoals de Cairo Verklaring van Mensenrechten in Islam en het Parlement van de Wereldreligies. Het is opgenomen in de meeste grondwetten van de wereld.

De meeste grondwetten en mensenrechteninstrumenten in de wereld erkennen de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, terwijl de rechtspraak laat zien dat er altijd behoefte en ruimte is voor juridische interpretatie. De interpretatie is zoals bij elk recht belangrijk voor de uitkomst. De beginselen van interpretatie van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, waarover de verschillende leden van een rechtbank het eens zijn, vormen de standaardinterpretatie die kan worden gereconstrueerd door de jurisprudentie te analyseren.

Het is niet moeilijk om te beargumenteren dat interpretatie ertoe doet. Dit geldt in het algemeen, in gevallen van grondwettelijke en/of mensenrechten en specifiek met betrekking tot de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Vergelijkbare situaties leiden ook tot verschillende uitkomsten in sommige van de geselecteerde zaken, zelfs wanneer ze slechts oppervlakkig worden vergeleken. Wanneer hoven deze zaken behandelen, gaan ze een intern discours aan. Bij elke nieuwe zaak zetten ze het discours voort. Zelfs als de rechters het oneens zijn, maken ze gebruik van dezelfde principes en opvattingen, die functioneren als een overeenkomst op het middenniveau tussen hen. Hoewel deze principes en concepten evolueren, worden ze geval voor geval toegepast en zelden opeens volledig verlaten. Ik noem dit de standaardinterpretatie van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging.

Rechtstheoretici hebben sinds lang verschillende theorieën over juridische interpretatie onderscheiden. De typologie van Cass R. Sunstein maakt onderscheid tussen 'perfectionisme', 'originalisme', 'majoritarisme' en 'minimalisme'. Hij positioneert zich als een voorstander van het laatste, met het argument dat dit het meest geschikt is voor pluralistische samenlevingen, georganiseerd als liberaal-democratische constitutionele ordes (LDC). Deze studie volgt het argument van Sunstein en beschouwt minimalisme als de voorkeurstheorie van interpretatie boven zijn concurrenten.

'Minimalisme' wordt niet geassocieerd met een bepaalde politieke of filosofische stroming of beweging anders dan LDC in het algemeen. Dit maakt minimalisme geschikt om de drie standaardinterpretaties te vergelijken, zodra ze zijn gereconstrueerd.

Minimalisme is voorstander van 'onvolledig getheoretiseerde overeenkomsten', 'smalle' en 'oppervlakkige' uitspraken en het beslissen van één geval tegelijk. Het zet zich af tegen waardeoordelen die gebaseerd zijn op specifieke tradities, politiek en ideologieën en 'diepe' en 'brede' uitspraken. Gebaseerd op een principieel pragmatisme, erkent het wel dat van tijd tot tijd diepe en/of brede uitspraken nodig en nuttig kunnen zijn om een diepere kwestie op te lossen en een verhaallijn af te maken die stapsgewijs expliciet is ontwikkeld.

Zaken die door hoven worden beslist, waarin de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging een grote rol speelt, gaan vaak over de 'juridisering van megapolitiek' (Hirschl). Dit wil zeggen dat ze fundamentele kwesties aan de orde stellen met betrekking tot constitutionele, culturele en religieuze waarden, pluralisme, sociale trends, individuele en collectieve identiteit, enzovoort. De westerse oorsprong van het moderne recht en codificaties op grond van de westerse dominantie in de moderne geschiedenis (en dus rechtsgeschiedenis) wordt door sommigen aangehaald, om te betogen dat bepaalde inherente gebreken bestaan binnen het recht en de toepassing ervan. Anderen zullen erop wijzen dat, hoewel sommige tekortkomingen kunnen bestaan als gevolg van de westerse dominantie gedurende lange perioden van de moderne mondiale geschiedenis en juridische ontwikkeling, de westerse *bias* kan worden opgelost.

In een discussie over de relatie tussen de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging en liberalisme en/of secularisme, zullen sommigen betogen dat liberaal-democratisch constitutionalisme een inherente seculiere vooringomenheid heeft. Hirschl betoogt dat secularisatie door het recht zelfs plaatsvindt in rechtsgebieden met *strong establishment* van godsdienst en geloofsovertuiging (overheersende staatsreligie of theocratie). De studie maakt onderscheid tussen institutioneel secularisme, dat in de eerste plaats gericht is op evenredigheid in het behandelen van geloof en geloofsovertuiging en ideologisch secularisme, dat een directe concurrent is voor religieuze en andere levensovertuigingen. De vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging kan helpen ervoor te zorgen dat institutioneel secularisme niet wordt geïnterpreteerd als een begunstiging van ideologisch secularisme.

Auteurs, vertrekkend van op geloof gebaseerde, pluralistische, klassiek-liberale en/of postmoderne perspectieven, wijzen op mogelijkheden die de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging heeft gecreëerd om echte opvattingen over vrijheid te ontwikkelen, die ruimte voor gelovigen omvatten om zich individueel en collectief te gedragen in overeenstemming met hun levensovertuigingen. Over het algemeen omvatten de discussies over de jurisprudentie van het SCC, CCSA en EHRM ondersteunende, vrij kritische en zeer kritische stemmen uit alle bovengenoemde posities. Auteurs hebben de neiging om

rekening te houden met de fundamentele waarden van elk van deze rechtsordes. Aangezien deze vergelijkbaar zijn, in de zin van gebaseerd op liberaal-democratisch constitutionalisme, omvat elke afwijzing van deze rechtsordes omdat zij per definitie tegengesteld aan religie zouden zijn, ook automatisch alle jurisprudentie van de drie tribunalen. Meer genuanceerde opvattingen hebben de neiging om zich te concentreren op de uitkomsten en analyses in specifieke gevallen.

Hoewel sommige van de nieuwste literatuur in het huidige debat over de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging niet in dit proefschrift is opgenomen, heeft het nog steeds een plaats in het huidige debat, omdat het betrekking heeft op de verschillende standpunten in dat debat. Ze kunnen worden onderverdeeld in klassiek liberalisme, religieus (neo-)exclusivisme, ideologisch secularisme en (neo-)pluralisme in vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Deze studie combineert een klassieke liberale visie als een meta-narratief dat vreedzame co-existentie van verschillende wereldbeelden mogelijk maakt, met een pluralistische visie die westerse, *mainstream* en secularistische vooroordelen in de *status quo* probeert te ontstijgen.

De positie in het discours over vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging en de keuze voor minimalisme als voorkeurstheorie van interpretatie is indicatief voor hoe 'optimale bescherming' in de hele studie wordt gezien: een breed en liberaal concept en reikwijdte van godsdienst en geloofsovertuiging, waarbij het recht gemakkelijk kan worden geactiveerd. Dit betekent absolute bescherming van gelovigen in het vasthouden aan overtuigingen en zoveel mogelijk bescherming van gelovigen in het uiten van hun religie of levensovertuiging. Optimale bescherming is een vorm van maximale bescherming onder de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, waarbij ook andere mensenrechten en dwingende algemene belangen maximaal worden beschermd. Het gaat dus uit van een optimum waarbij deze allemaal zorgvuldig in balans zijn.

3 HOOFSTUK 3: CODIFICATIE VAN DE VRIJHEID VAN GODSDIENST EN GELOFS-OVERTUIGING IN DE DRIE INSTRUMENTEN EN DE METHODOLOGIE VAN DE DRIE HOVEN BIJ HET BESLECHTEN VAN MENSENRECHTENZAKEN

De drie instrumenten – het Canadese Handvest van rechten en vrijheden, de Zuid-Afrikaanse Bill of Rights en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – hebben de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging op verschillende manieren gecodificeerd. De drie instrumenten verschillen in de formulering en definitie van het recht op vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, evenals de integratie ervan met andere universele vrijheidsrechten. Dit leidt tot interessante parallellen, maar ook opmerkelijke verschillen. De belangrijkste parallel is dat er binnen de kern van het mensenrecht, zoals gecodificeerd, een sterke

gemene deler is. Alle drie de instrumenten beschermen zowel religieuze overtuigingen als andere overtuigingen. Ze beschermen allemaal de interne dimensie, een externe dimensie en een collectieve dimensie. Ze maken allemaal een beperking van het recht onder vergelijkbare omstandigheden mogelijk.

De verschillen tussen de drie instrumenten zijn onder meer de groepering van vrijheden in één of meer rechten, het uitgewerkte of minimale karakter van de formulering daarvan, de formulering van de beperkingsclausule en gelijkheidsbepalingen, of de expliciete of impliciete verwijzing naar bepaalde (grondwettelijke) waarden. Zo maakt het Handvest onderscheid tussen twee vrijheden: de vrijheid van geweten en godsdienst en de vrijheid van gedachte, overtuiging, mening en meningsuiting. De Bill of Rights bevat een bepaling die de vrijheid van gedachte, mening, religie, overtuiging en geweten samenbrengt. De vrijheid van meningsuiting is gecodificeerd in een ander apart recht. Het EVRM creëert ook de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, in één verdragsrecht. De vrijheid van meningsuiting is een ander apart recht.

Er zijn belangrijke parallellen in de aanpak of methode om mensenrechtenzaken op te lossen. Deze zijn deels af te leiden uit de parallellen in codificatie. Alle drie zullen zij bepalen of er een rechtsgrondslag is voor inmenging, een legitiem doel dat wordt nagestreefd en of de maatregel gerechtvaardigd is. Dit laatste omvat 'democratische samenleving' om te bepalen of een inmenging past in het geheel van de op mensenrechten gebaseerde rechtsorde en elementen zoals 'evenredigheid', 'minst beperkend' en 'rationeel verband' om te bepalen of de inmenging de juiste beperking is. Doctrines van directe en indirecte toepassing, met inbegrip van horizontale toepassing en positieve en negatieve verplichtingen zijn vergelijkbaar. Het EHRM lijkt het meest geneigd om interne grenzen aan rechten te accepteren, maar alleen als het in de codificatie is opgenomen. Alle tribunalen verwerpen een hiërarchie van rechten.

De vergelijking laat een voorlopige conclusie toe. Hoewel er verschillen zijn in de methodologie, zijn de overeenkomsten vrij sterk. Dit geeft aan dat de gevolgde benaderingen op zijn zachtst gezegd vergelijkbaar zullen zijn. De belangrijke nuance in dit verband is de relevantie van procedurele aspecten die voortvloeien uit de verschillen in nationaal recht tussen constitutioneel, administratief en privaatrecht in Zuid-Afrika en Canada enerzijds, en de relevantie van de beoordelingsmarge voor het EHRM anderzijds. Verschil in codificatie is daarom niet voldoende om verschillen in uitkomst van zaken te verklaren.

4 HOOFDSTUK 4: VERGELIJKENDE ANALYSE VAN DE GESELECTEERDE ZAKEN

De geselecteerde zaken (Appendix I) van de drie hoven worden vergelijkend geanalyseerd om de parallellen en verschillen in standaardinterpretatie te vinden binnen de zes dimensies van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging die in hoofdstuk 1 worden genoemd. Deze zes dimensies zijn: de

individuele dimensie; de dimensie familie- en familierecht; de dimensie collectieve en groepsautonomie; de dimensie van het onderwijsstelsel; de dimensie van het balanceren met andere rechten en de dimensie van secularisme. Veel van de geselecteerde cases hebben meerdere van deze dimensies.

In paragraaf 4.2 over de individuele dimensie komen drie van de geselecteerde zaken voor het SCC aan de orde: *Multani* (I1.4.10), *Amselem* (I1.4.7) en *R v. NS* (I1.4.14). In de eerste twee zaken oordeelde het SCC ten voordele van de gelovigen, in de laatste zaak tegen de gelovige. Voor het CCSA speelden twee van de zaken in deze dimensie: *Prince* (I2.4.7) en *Pillay* (I2.4.11). In de eerste zaak oordeelde het CCSA uiteindelijk niet in het voordeel van dhr. Prince. Mw. Pillay werd wel in het gelijk gesteld. Negen van de geselecteerde zaken van het EHRM hadden betrekking op persoonlijke vrijheid: *Buscarini*, *Maestri*, *Şahin*, *S.A.S*, *Thlimmenos*, *Batayan*, *Cha'are Shalom*, *Folgerø* en *Lautsi*. In vijf van die zaken oordeelde het Hof in het nadeel van de gelovige, in de andere vier in het voordeel van de gelovige. *Cha'are Shalom* wordt besproken onder vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging en autonomie, en *Folgerø* en *Lautsi* worden besproken onder de dimensie met betrekking tot het onderwijssysteem.

In paragraaf 4.2 zien we hoe individuele gelovigen in conflict kunnen komen met neutrale regels van algemene toepasbaarheid, omdat zij door religie of geloof geïnspireerde voorschriften volgen. De regels van algemene toepasbaarheid waren niet bedoeld om tegen bepaalde religieuze of andere overtuigingen te discrimineren, maar ze hebben wel die consequentie. We zien dat schijnbaar neutrale wetten ernstige gevolgen kunnen hebben voor de persoonlijke vrijheid van gelovigen. Dit leidt op zijn minst tot een gevoel van onwelkom zijn en in het ergste geval een pijnlijke keuze. In de rechtspraak betekent dit, dat de aantasting van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging moet worden erkend, ook al kunnen die om wat voor reden dan ook niet worden opgevangen.

Vaak is voldoende aanpassing van de praktijken van gelovigen mogelijk, zonder het algemene doel van de wet- of regelgeving in kwestie te ondermijnen. Soms kan dit eenvoudig door de gelovigen vrij te stellen van (bepaalde aspecten van) de wet. Vrijstelling of andere vormen van accommodatie zullen soms op kritiek van de *mainstream* stuiten. De geselecteerde zaken benadrukken de noodzaak voor openbare instellingen om tolerantie te bevorderen en bij te brengen en voor rechtbanken om hierop te wijzen. Bescherming van de persoonlijke vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging vereist altijd dat de oprechte individuele overtuigingen van gelovigen als uitgangspunt worden genomen, in plaats van praktijken die 'geobjectiveerd' zijn door meningen van deskundigen of statistieken.

In paragraaf 4.3 zien we hoe ouderlijk gezag en het belang van het kind kunnen botsen, vooral als het gaat om medische beslissingen, hoe het religieuze huwelijk en het staatshuwelijk kunnen botsen en hoe de rechten van partners van hetzelfde geslacht om te trouwen een specifieke relatie hebben met de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging.

Ouders zijn het natuurlijke gezag van kinderen. Wat ouders ook geloven of niet geloven, het zal zeker invloed hebben op de kinderen. Als ouders anders en apart geloven, kan dit conflicten in de opvoeding veroorzaken. Wanneer het ouderlijk gezag wordt beperkt door overheidsinstellingen, is rechterlijke toetsing noodzakelijk om de gevolgen voor de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging van de ouders en de kinderen te beoordelen.

Vijf van de Canadese zaken kunnen onder deze dimensie worden besproken: *P.(D)* (I1.4.3), *Children's Aid Society* (I1.4.4), *A.C. v. Manitoba* (I1.4.12), *Bruker* (I1.4.11) en *Same-Sex-Marriage* (I1.4.9). In de eerste drie zaken oordeelt de meerderheid telkens dat de beperking van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging in die gevallen wel geoorloofd is. In *Bruker* wordt in het voordeel van de klager beslist en tegen haar ex-man. Beiden beroepen zich op hun rechten onder de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. *Same-Sex-Marriage* beslist dat de invoering van een huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht niet strijdig is met het Handvest. Gelovigen kunnen onder omstandigheden een beroep doen op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging om geen deel uit te maken van de totstandkoming van zo'n huwelijk.

Zeven van de Zuid-Afrikaanse zaken in deze dimensie betwisten de bestaande exclusiviteit van het civielrechtelijke huwelijk: *Amod* (I2.4.5), *Daniels* (I2.4.8) *Hassam* (5.4.12), *Fourie* (I2.4.10), *Robinson* (I2.4.9.), *Women's Legal Centre Trust*, (I2.4.13) en *DE v. RH* (I2.4.14). In de eerste vijf gevallen beslist het Hof voor een ruime interpretatie en/of tegen een beperkende lezing van de voorwaarden van het civielrechtelijk huwelijk. De laatste twee zaken laten de grenzen zien van verruiming door rechtelijke interpretatie.

Het EHRM besliste in twee zaken die onder deze dimensie vallen. Het EHRM oordeelt in het voordeel van de regering in *Yiğit* (I3.4.9) en *Refah* (I3.4.5).

De geselecteerde zaken laten duidelijk zien dat één geval per keer herziening noodzakelijk is vanwege de netelige kwesties die ermee gemoeid zijn. Wanneer ouderlijke beslissingen van invloed zijn op de gezondheid of de voortzetting van het leven van minderjarigen, moet de rechter grenzen stellen aan de ouderlijke vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging op grond van de beperkingsclausule. Bij ouderlijke conflicten van religie is verwarring onvermijdelijk. Verwarring en zelfs cognitieve dissonantie zijn op zichzelf niet voldoende om te concluderen dat het in het belang van het kind is om een van de ouders niet te kennen zoals ze zijn.

Het religieuze huwelijk bestaat al langer dan het burgerlijk huwelijk/het staatshuwelijk. Het blijft bestaan naast het burgerlijk of staatshuwelijk en is voor veel mensen een alternatief voor het door de staat georkestreerde huwelijk, net als andere duurzame relaties die de basis vormen van gezinnen. Door de sociale realiteit als feit te behandelen en ongelijkheid op het gebied van erfenis, sociale zekerheid, verzekeringen enzovoort te voorkomen, kan beperking worden opgelegd van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, zoals we in de geselecteerde zaken zien. Om ervoor te zorgen dat de rechterlij-

ke macht het domein van de wetgevende macht respecteert, vereist dit een contextuele benadering van geval tot geval.

Het handhaven van een exclusieve en bevoorrechte positie voor het staats-huwelijk lijkt daarentegen moeilijk te verzoenen met de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, terwijl religieuze huwelijken en privaatrecht soms met elkaar moeten samenwerken in een pluralistische samenleving die wordt geregeerd door liberaal-democratisch constitutionalisme.

Zowel de Zuid-Afrikaanse als de Canadese zaken ten aanzien van het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht laten zien hoe gelijkheidsrechten het moeilijk maken om een exclusieve eis van het andere geslacht te handhaven, als het gaat om het burgerlijk huwelijk of staatshuwelijk. De eis van het andere geslacht geeft voorrecht aan het geloof dat het huwelijk alleen voor partners van verschillend geslacht is, boven alle andere overtuigingen. Beide arresten vermelden wel, dat de op geloof gebaseerde opvattingen over het huwelijk geen bron kunnen zijn van interpretatie van het staatsrecht of de grondwet. Degenen die geloven dat het huwelijk alleen een voorwaarde van het andere geslacht zou moeten zijn, kunnen zich beroepen op de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging om vrijstelling te eisen van het faciliteren of helpen bij verbintenissen tussen mensen van hetzelfde geslacht. Op basis van de analyse ondersteun ik een dynamische, niet-hiërarchische co-existentie van staatshuwelijken met op geloof of cultuur gebaseerd huwelijk en andere beoefende vormen van duurzame relaties.

In paragraaf 4.4 zagen we de relaties tussen de individuele en gemeenschappelijke dimensie van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Individuen en groepen vertrouwen op de collectieve dimensie wanneer de staat of anderen zich bemoeien met de groepsautonomie gecreëerd door het vrijheidsrecht. Soms zullen individuen beweren dat de groepsautonomie te breed is. Soms gaat het om de co-existentie tussen het recht van de staat/nationaal recht en 'eigen recht' van gemeenschappen.

De collectieve dimensie van vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging komt in totaal in 13 van de geselecteerde zaken voor. Zes van deze zaken werden beslist door het EHRM, vijf door het SCC, twee door het CCSA. In een ander Zuid-Afrikaans geval speelt de collectieve dimensie echter een belangrijke 'ondersteunende rol'.

Voor het SCC spelen de *Sioui*-zaak (I1.4.1), *Hofer* (I1.4.2), *Trinity Western University* (TWU) (I1.4.5), *Lafontaine* (I1.4.8) en *Alberta v. Hutterian Brethren*, I1.4.13). Bij twee ervan vindt het SCC noodzakelijke en gerechtvaardigde beperkingen van de autonomie van een gemeenschap.

Het CCSA vindt in *Christian Education* (I2.4.6) een gerechtvaardigde beperking van de autonomie. In *De Lange* (I2.4.15) wordt de zaak op procedurele gronden beslecht. In *Prince* (I2.4.7), hierboven al besproken, speelde de collectieve dimensie een belangrijke 'ondersteunende rol', aangezien het CCSA de werkbaarheid van een vrijstelling van drugswetgeving voor de Rastafari-gemeenschap beoordeelde.

Het EHRM behandelde *Cha'are Shalom* (I3.4.3), *Hasan v. Chaush* (I3.4.4), *Refah* (I3.4.5) *Mouvement Raëlien* (I3.4.12), *Sindicatul Pastorul Cel Bun* (I3.4.13) en *Fernández Martínez* (I3.4.14). Alleen in *Cha'are Shalom* en *Refah* beslist het EHRM tegen de organisatie in kwestie. In *Sindicatul Pastorul Cel Bun* en *Fernández Martínez* wordt beslist in het voordeel van een betreffende kerk, maar tegen gelovigen die in die gevallen een tegengesteld belang hebben.

Als tolerantie zich alleen uitstrekt tot de overtuigingen die we aangenaam, acceptabel of logisch vinden, zou dit tolerantie een 'lege' tolerantie zijn. De vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging stelt gemeenschappen dus in staat zich binnen hun eigen wet te gedragen. De staat moet niet proberen het pluralisme uit te bannen, noch binnen de samenleving, noch binnen een religieuze gemeenschap, maar iedereen beschermen. 'Eigen recht' of rechtspluralisme dat verenigbaar is met de liberale multiculturele democratie zou heel goed een belangrijk antwoord kunnen zijn op de vraag naar pluralisme. Maar aan de andere kant is autonomie niet absoluut. Er kan geen grondwet/mensenrechtenvrije zone zijn, waarin de eigen wet absoluut is.

Paragraaf 4.5 gaat over de dimensie van vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging en het onderwijs. Het openbare onderwijssysteem kan onderwijs over de heersende religie of de heersende seculiere ideologie omvatten. Het kan ook onderwijzen over verschillende religies en overtuigingen. Particuliere instellingen kunnen de voorkeur geven aan overtuigingen die botsen met die van de reguliere samenleving, terwijl de afgestudeerden ook willen deelnemen aan de maatschappij in den brede.

In totaal negen van de onderzochte gevallen zijn er elementen van godsdienst en geloofsovertuiging met betrekking tot het onderwijssysteem. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hooggerechtshof van Canada en het Constitutioneel Hof van Zuid-Afrika beslisten elk over drie van dergelijke zaken. Al deze gevallen worden ook besproken binnen andere dimensies.

Voor het SCC spelen *Multani* (I1.4.10), *Chamberlain* (I1.4.5) en *TWU* (I1.4.6). Het CCSA behandelt *Christian Education* (I2.4.6), *Pillay* (I2.4.11) en *Gauteng School Education Bill* (I2.4.2). Van de EHRM zaken vallen *Şahin* (I3.4.7), *Folgerø* (I3.4.8), *Lautsi* (I3.4.10) en *Fernández Martínez* (I3.4.14) in deze dimensie. Het SCC oordeelde in de eerste twee zaken in het belang van scholieren en ouders in een openbare onderwijsinstelling. In de laatste zaak oordeelde het SCC ten voordele van een religieuze universiteit. Het CCSA oordeelde in *Christian Education* dat de religieuze onderwijsinstelling geen uitzondering op een algemene wet kon krijgen. In *Pillay* werd ten faveure van de gelovige en ten nadele van een onderwijsinstelling besloten. In *Gauteng School Education Bill* hield het CCSA vast aan een wet die betrekking had op taal- en godsdienstonderwijs op openbare scholen.

Het EHRM oordeelde in *Şahin*, *Lautsi* en *Fernández Martínez* tegen de individuele (on)gelovige en ten faveure van regels voor het openbaar onderwijs.

In *Folgerø* werd wel een inbreuk op de rechten van kinderen en ouders geconstateerd bij regels over godsdienstonderwijs binnen openbare scholen.

Deze dimensie toont dat vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging in het onderwijssysteem betrekking heeft op de gelovigen in het openbaar onderwijssysteem, godsdienstonderwijs in het openbaar onderwijs en onderwijs op religieuze/levensbeschouwelijke grondslag. Het openbare onderwijssysteem moet ervoor zorgen dat de hele samenleving zichtbaar wordt, dat diversiteit wordt getoond. Dit kan enige cognitieve dissonantie veroorzaken, wat nodig is voor tolerantie. De verantwoordelijkheid van de staat om pluralisme te waarborgen kan niet worden weggenomen door te wijzen op niet-openbare scholen. Een deel van de taak van het waarborgen van pluralisme is het waarborgen van religieuze geletterdheid.

Er kan gemakkelijk worden aangenomen dat religieuze symbolen die op scholen of klaslokalen worden getoond, geen neutrale betekenis hebben. Er zijn verschillende mogelijkheden om het godsdienstonderwijs in het openbaar onderwijs zo te organiseren dat meerderheids- en minderheidsbelangen met elkaar in overeenstemming zijn. Bij de beoordeling moet rekening worden gehouden met het effect van groepsdruk en subtiele vormen van druk op kinderen (en hun ouders). Religieuze instellingen daarentegen zijn niet voor iedereen en volgen een minder pluralistische logica, maar moeten inclusief zijn, als dit niet in strijd is met hun overtuigingen.

In paragraaf 4.6 is het creëren van evenwicht tussen rechten en belangen, wat in alle andere dimensies een belangrijke rol speelt, als aparte kwestie opnieuw bekeken. In ten minste 18 van de onderzochte zaken staat het evenwicht tussen gelijke zorg en eerbiediging van alle betrokken rechten en belangen centraal in de juridische redenering. Acht daarvan werden door het SCC besloten. Het CCSA besliste zes van deze zaken. Vier werden beslist door het EHRM. Al deze gevallen worden ook geanalyseerd onder enkele van de andere dimensies.

De kwesties die vallen in de dimensie van het balanceren van vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging met andere rechten kunnen het beste worden onderverdeeld in de volgende onderwerpen:

- de balans van pluralisme: (religieuze) overtuigingen en LHBTQ+-gelijkheidsrechten;
- het voorkomen van uitbanning van pluralisme: individuele rechten en communitaristische belangen;
- het evenwicht tussen individuen en geloofsgemeenschappen;
- het evenwicht tussen ouderlijk gezag en de rechten van kinderen.

Evenwicht creëren ziet in de eerste plaats op het realiseren van gelijke zorg en respect door middel van een procedurele rechtvaardigheid, die alle partijen gelijke erkenning geeft in hun rechten en belangen. Dit impliceert dat het beter is om een zaak te beslissen op grond van de beperkingsclausule, dan om de vordering af te wijzen als zijnde niet vallend onder de bescherming van het

recht. Begrippen als het recht om anders te zijn, gelijkwaardig religieus burgerschap en democratie op basis van pluralisme helpen.

Evenwicht vereist de acceptatie dat de reguliere samenleving soms evenveel zorg en respect zal moeten geven aan overtuigingen en praktijken die door anderen als bizar, onlogisch of irrationeel of zelfs schokkend en beledigend worden ervaren. Complexiteit is geen reden om die bescherming niet te bieden. Evenwicht kan soms worden bereikt door zuiver procedurele gronden te vinden om de zaak te beslissen. Een dergelijke uitspraak kan voor beide partijen aanvaardbaar zijn. Toch zouden rechters of andere staatsorganen zich niet moeten kwijten, door de verantwoordelijkheid voor de bescherming van de mensenrechten aan anderen te delegeren, of het nu op geloof gebaseerde of niet op geloof gebaseerde actoren zijn. Aan de andere kant moeten rechters of andere instellingen geen aannames of generalisaties maken over overtuigingen en praktijken en zeker niet de keuzes van de gelovige(n) vervangen door die van henzelf. Evenwicht kan het gemakkelijkst per geval worden bereikt. Het onmiddellijk beslissen over alle toekomstige gevallen, zal er altijd voor zorgen dat iemand meteen ook voor alle toekomstige zaken de verliezer is.

De laatste dimensie die in paragraaf 4.7 wordt besproken is die van het secularisme. In totaal staat in minstens 25 zaken de relatie van de staat ten opzichte van godsdienst en geloofsovertuiging centraal. Vijf daarvan werden beslist door het SCC, 10 elk door het CCSA en het EHRM.

Dit onderwerp komt overeen met de bespreking van het huwelijk in de paragrafen 4.4.3–4.4.5 en roept de volgende vragen op:

- Moeten staatsinstellingen het religieuze huwelijk onder bepaalde omstandigheden erkennen (Zuid-Afrikaanse gevallen *Amod*, *Daniels*, *Hassam* (I2.4.5, I2.4.8 en I2.4.12) en de Straatsburgse zaak *Yiğit* (I3.4.9))?
- Kunnen seculiere rechtbanken een contractuele verplichting afdwingen om te voorzien in een religieuze echtscheiding (Canadese zaak *Bruker*; I1.4.11)?
- Is er een verplichting voor het parlement om religieuze huwelijken van een minderheidsreligie te reguleren (Zuid-Afrikaanse zaak *Women's Legal Centre Trust*; I2.4.13)?

Zoals hierboven besproken, is het antwoord op de eerste vraag van het CCSA bevestigend, terwijl de vraag van het EHRM ontkennend is. Het SCC beantwoordt de tweede vraag bevestigend. Met betrekking tot de derde vraag is het CCSA van mening dat het niet aan de rechterlijke macht is om de wetgevende en uitvoerende macht te dwingen een lopend debat op te lossen door een 'Moslimhuwelijkswet' aan te nemen.

Een ander onderwerp is de relatie tussen staatsinstellingen en religie. Dit hangt samen met de discussie over de politieke vrijheid van geloofsgemeenschappen in 4.4.4 en roept de volgende vragen op:

- Kan van volksvertegenwoordigers worden verlangd dat zij een religieuze eed afleggen en kunnen volksvertegenwoordigingsvergaderingen worden

- begonnen met een collectief gebed (Straatsburgse zaak *Buscarini*; I3.4.1 en Canadese zaak *Mouvement laïque québécois*; I1.4.15)?
- Kunnen op geloof gebaseerde politieke partijen die zich verzetten tegen de huidige vorm van secularisme worden verboden? (Straatsburgse zaak *Refah*; I3.4.5)?
 - Kan een staat een rechter ontslaan omdat hij lid is van een geloofsgemeenschap (Straatsburgse zaak *Maestri*; I3.4.6)?
 - Kunnen seculiere rechtbanken seculier recht toepassen op procedures in een geloofsgemeenschap (Canadese zaak *Hofer*; I1.4.2)?

Het EHRM en SCC beantwoorden beide de eerste vraag ontkennend. Het EHRM geeft op de tweede vraag een bevestigend antwoord. Het EHRM beantwoordt de derde vraag ontkennend, althans wanneer daarvoor algemene en abstracte bepalingen worden gebruikt. Op de laatste vraag geeft het SCC bevestigend antwoord.

Godsdienstonderwijs is ook een onderwerp in deze rubriek. Dit onderwerp komt overeen met de bespreking van godsdienstonderwijs op openbare scholen in paragraaf 4.5.2 en roept de volgende vraag op: mag de staat het tonen van religieuze symbolen in openbare scholen bevelen en/of het verplichte karakter van een godsdienstles bevelen (Zuid-Afrikaanse zaak *Gauteng School Education Bill*; I2.4.2 en Straatsburgse zaken *Lautsi* en *Folgerø*; I3.4.8 en I3.4.10)? Het EHRM is van mening dat het gewijde vertoon van een religieus symbool niet noodzakelijkerwijs de staatsneutraliteit aantast, maar dat godsdienstlessen niet gepaard mogen gaan met hoge belemmeringen voor vrijstelling. Het CCSA is van mening dat godsdienstlessen niet verplicht mogen zijn.

Het laatste onderwerp is religieuze en seculiere overtuigingen als bron van recht en beleid. Dit onderwerp heeft betrekking op veel van de andere thema's die in de vorige paragrafen zijn besproken en roept de volgende vragen op:

- Kunnen religieuze of secularistische overtuigingen bronnen zijn van interpretatie van juridische concepten? De Canadese *Reference Same-Sex Marriage*-zaak (I1.4.9) en de Zuid-Afrikaanse *Fourie*-zaak (I2.4.10).
- Kunnen religieuze of seculiere overtuigingen een bron van wetgeving zijn om bepaald gedrag af te dwingen? De Zuid-Afrikaanse zaken *Solberg* en *DE v. RH* (I2.4.4. en I2.4.14) en de Straatsburgzaken *Şahin* (I3.4.7) en *S.A.S.* (I3.4.15).
- Wat vereist staatsneutraliteit? De Canadese zaak *Lafontaine* (I1.4.8), de Zuid-Afrikaanse zaken *Final Certification* en *Certification Western Cape* (I2.4.1 en I2.4.3), en de Straatsburgse zaken *Hasan v. Chaush* en *Fernández Martínez* (I3.4.4 en I3.4.14).

Zowel het SCC als het CCSA zijn van mening dat de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging gemeenschappen nooit het recht geeft om hun op geloof gebaseerde doctrines te laten zien als bronnen van constitutioneel recht of

juridische concepten zoals 'huwelijk'. Het CCSA geeft duidelijk aan dat wetgeving geen op geloof gebaseerde normen mag afdwingen. Het erkent wel dat na verloop van tijd een religieuze norm, ingebed in wetgeving, een seculiere status kan bereiken, bijvoorbeeld als het gaat om de verkoop van sterke drank op rustdagen en feestdagen. Aan de andere kant kunnen op geloof gebaseerde normen die in wetgeving zijn verankerd, ook niet-afdwingbaar worden door veranderende omstandigheden, met name de overgang naar liberaal-democratisch constitutionalisme. Het EHRM aanvaardt dat het officiële laïcisme door de staat kan worden gebruikt als bron van wetgeving. Het ziet geen fundamentele botsing tussen een dergelijk beleid en de gelijke zorg en respect die de staat moet tonen aan iedereen, inclusief religieuze gelovigen.

Met betrekking tot de laatste vraag antwoordt het SCC dat staatsneutraliteit vereist dat rituelen in een volksvertegenwoordiging zo inclusief mogelijk zijn ten opzichte van alle (on)gelovigen. Volgens het CCSA betekent dit niet dat alle vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging in noodsituaties niet-denigrend moeten zijn, of dat ceremonieel deïsme buiten de orde is. Volgens het EHRM vereist staatsneutraliteit niet-inmenging van de staat in de interne aangelegenheden van een religieuze minderheidsgemeenschap. Staatsneutraliteit staat niet in de weg aan een overeenkomst met de dominante kerk om deze laatste te laten beslissen over de geschiktheid van staatspersoneel voor de functie van leraar godsdienstonderwijs.

Terwijl institutioneel secularisme een hulpmiddel kan zijn van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging om te zorgen voor een evenwichtige houding ten opzichte van verschillende religies en overtuigingen, vormt ideologisch secularisme als het door de staat wordt aangenomen een risico voor de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Net als een (sterk) establishment kan het leiden tot een voorkeursbehandeling van de ene groep, secularisten, boven andere. Open secularisme daarentegen legt de nadruk op een niet-voorkeursbehandeling van alle religies en overtuigingen.

De exclusiviteit van het staatshuwelijk is niet ongevoel in veel liberaal-democratische constitutionele ordes en heeft een relatie met ideologisch secularisme. Het handhaven ervan, zal vaak interfereren met de rechten van gelovigen. Een meer pluralistische en accommoderende benadering, die het naast elkaar bestaan van verschillende religieuze en culturele huwelijksvormen naast het staatshuwelijk mogelijk maakt, maakt een verzoenende beschermende benadering van op geloof gebaseerde en LHBTQ+-gemeenschappen mogelijk.

Wanneer staatsinstellingen een voorkeur aannemen voor een bepaald geloof, ideologisch secularisme of een seculiere ideologie, is discriminatie van alle anderen vaak het automatische gevolg. In het openbaar onderwijs zijn, zoals ook hierboven vermeld, verschillende modellen denkbaar, die de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging van alle leerlingen (en docenten) respecteren. Ze moeten individuele keuzes respecteren en rekening houden met het pluralisme dat aanwezig is in het studentenlichaam.

Vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging leidt natuurlijk tot situaties waarin overtuigingen, praktijken en religieuze voorschriften deel uitmaken van het juridische conflict. In overeenstemming met institutioneel secularisme mogen seculiere rechters het religieuze of op geloof gebaseerde niet interpreteren, laat staan het begrip van de gelovige in kwestie vervangen. Indien zij dat wel doen, is dat een ernstige schending van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. In overeenstemming met het bovenstaande kan noch religie, noch enig ander geloof, noch ideologisch secularisme dienen als bronnen voor de interpretatie van mensenrechten of constitutioneel recht (in het accommodationistische of separatistische model).

In het licht van de tussentijdse conclusies die in het vorige hoofdstuk zijn getrokken, kunnen conclusies worden geformuleerd met betrekking tot de beoordeling van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. De volgende *best practices* waren aanwezig in de geselecteerde cases:

1. Erkenning van alle oprechte religieuze, culturele of andere overtuigingen als bepalend voor bescherming, zonder voorafgaande uitsluiting, waarbij ze waar nodig worden beperkt onder de beperkingsclausule. Geen objectivering door dogma's, ambtenaren of statistieken.
2. Het voorkomen van pijnlijke keuzes en het toestaan of bevelen van accommodatie en/of vrijstelling, waarbij verzoening tussen vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging en andere rechten of belangrijke doelstellingen van de openbare orde nodig is. Waar dit onmogelijk is, het wegnemen van de scherpe kantjes van het handhaven van een wet tegen degenen met gewetensbezwaren.
3. Afwezigheid van waardeoordeel vanuit een ander perspectief dan het eigen perspectief van de gelovigen. Geen vervanging van het eigen begrip dat gelovigen hebben van een geloof of praktijk met dat van rechters of andere overheidsfunctionarissen. Kritisch zijn ten aanzien van alle vormen van paternalisme, gericht op gelovigen.
4. Inclusieve bescherming: het voorkomen van verdeeldheid in insiders die erbij horen, en outsiders die getolereerd worden. Erkenning dat al het officiële staatsbeleid geïnspireerd door staatsgodsdienst en/of staatssecularisme potentieel opdringerig is voor iedereen buiten de *mainstream*. Begrippen als het 'recht om anders te zijn', gelijk 'religieus burgerschap' of een pluralistisch begrip van democratie helpen daarbij.
5. Het bevorderen van tolerantie en het bepalen dat andere overheidsinstellingen dit doen. Tolerantie vereist enige cognitieve dissonantie en strekt zich altijd uit tot de overtuigingen die anderen bizar en zelfs bedreigend vinden.
6. Het beschermen van mensenrechten en pluralisme, het nooit delegeren of laten delegeren van de verantwoordelijkheid door andere staatsinstellingen aan particuliere instellingen; op geloof gebaseerd of anderszins.
7. Een afspiegeling zijn van de sociale realiteit en een flexibele co-existentie mogelijk maken tussen staatsrecht en 'eigen' recht. Gemeenschappen toestaan om zichzelf te besturen, terwijl autonomie nooit absoluut is.

8. Gelijke zorg en respect voor alle partijen, het standpunt van de verliezende partij serieus nemen: begrip tonen voor hun standpunt.
9. Afweging onder de beperkingsclausule: in plaats van helemaal geen inmeninging of *a priori* rechtvaardigingen van limieten te vinden. Desnoods met behulp van gerechtelijke aannames.
10. Het beslissen van één zaak tegelijk, vooral met netelige kwesties, het omarmen van contextgebondenheid, alleen beslissen wat er moet worden besloten om de zaak op te lossen, waar mogelijk gebruikmaken van procedurele overwegingen.
11. Zich bewust zijn van de inter-institutionele dialoog met de uitvoerende en wetgevende machten, maar resolute bescherming van de mensenrechten: geen enkele staat, staatsinstelling of -orgaan heeft een natuurlijke neiging om de mensenrechten te beschermen. Het is de taak van de rechterlijke macht om te controleren en te balanceren.

5 HOOFDSTUK 5: VERGELIJKENDE ANALYSE VAN DE BEGRIPPEN VRIJHEID VAN GODSDIENST EN GELOOFSOVERTUIGING EN DE STANDAARDINTERPRETATIES

Volgens H.L.A. Hart is het op handen dat rechters principes ontwikkelen die hun interpretatie van de wet sturen. Alle drie de hoven hebben principes ontwikkeld die hun interpretatie van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging sturen. De leidende principes worden ondersteund door wat ondersteunende principes zullen worden genoemd.

Het belangrijkste leidende principe dat door het SCC wordt toegepast in de gevallen van vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging is 'individuele vrijheid'. Het 'schadebeginsel' (*harm principle*), 'religie à la carte' en 'oprechtheid van geloof' (*sincere belief*) zijn informerende principes.

'Menselijke waardigheid' is het belangrijkste leidende beginsel dat door het CCSA wordt toegepast in zaken betreffende de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Het 'recht om anders te zijn', 'respect voor diversiteit' en 'positieve tolerantie' zijn de leidende principes.

Het belangrijkste leidende beginsel van het EHRM voor de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging is 'pluralisme'. De rol van de staat als 'organisator van pluralisme' en de onpartijdigheid van deze organisator zijn daarom de informerende principes die informeren wat pluralisme inhoudt voor het oplossen van de zaken.

De drie leidende beginselen zoals die door de drie verschillende hoven worden toegepast bij de uitlegging van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging zijn niet tegengesteld en sluiten elkaar niet uit. Ze verschillen echter in hun nadruk en interne logica. Dit kan vervolgens leiden tot zeer verschillende uitkomsten in vergelijkbare gevallen.

Het SCC en het CCSA vertrouwen vooral op de gelovigen zelf om hun godsdienst en geloofsovertuiging te definiëren. De gelovige moet oprechtheid tonen in het geloof en de praktijk die op het spel staan. Het EHRM is afgestapt van het proberen te objectiveren van overtuigingen en praktijken, maar er kan niet worden gezegd dat het een op oprechtheid gebaseerde benadering volledig heeft omarmd.

Wat de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging betreft, erkennen de drie hoven dat de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging een recht inhoudt om te geloven of niet te geloven. Het houdt ook in dat zowel religieuze als andere overtuigingen gerespecteerd moeten worden. Anders dan de andere twee hoven is het EHRM niet geneigd om een recht om van algemene normen af te wijken in het recht te lezen. Het loopt ook het grootste risico om de overtuigingen en meningen van gelovigen te vervangen door die van hemzelf.

Alle drie de hoven erkennen de concepten van positieve en negatieve verplichtingen. Het CCSA en SCC zien hen echter eerder als kanten van dezelfde medaille, terwijl het EHRM vooral kijkt naar de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging in termen van negatieve verplichtingen en er aan een hogere drempel moet worden voldaan om een positieve verplichting aan te nemen.

De accentverschillen tussen de leidende en informerende principes en de impact die deze hebben op concept, reikwijdte en toepassing van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging kunnen deels worden verklaard door de achtergrond van de mensenrechteninstrumenten waarin het recht is gecodificeerd.

De vergelijkende analyse van de geselecteerde zaken in de zes geïdentificeerde dimensies ondersteunt niet het algemene standpunt van sommige schrijvers dat de (berechting van de) vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging heeft bijgedragen aan de secularisatie van de samenleving. De geselecteerde cases tonen pogingen om ruimte en gelegenheid te creëren voor gelovigen om (opnieuw) aanspraak te maken op keuzevrijheid over hun leven en bij te dragen aan een holistisch pluralisme.

In het licht van het bovenstaande kunnen enkele van de in paragraaf 4.8 opgesomde beste praktijken voor optimale bescherming opnieuw worden bevestigd, terwijl we het volgende kunnen toevoegen:

12. Het toepassen van een breed, liberaal en subjectief gebaseerd concept van godsdienst en geloofsovertuiging dat de reikwijdte van en de *triggerpoints* voor de bescherming informeert.
13. Het omarmen van verschil als het gevolg en de voorwaarde van vrijheid. Het mogelijk maken van dynamiek voor een holistisch pluralisme en bewustzijn van de complexe relatie tussen het seculiere en het religieuze in een vrije, open en diverse samenleving.
14. Op geloof gebaseerde gemeenschappen toestaan om alternatieven te bieden voor staatsinstellingen zoals huwelijk, onderwijs, welzijn enzovoort.

6 HOOFTSTUK 6: MINIMALISME IN DE JURISPRUDENTIE VAN HET SCC, CCSA EN EHRM: HOE MINIMALISTISCH ZIJN DE STANDAARDINTERPRETATIES VOOR DE VRIJHEID VAN GODSDIENST EN GELOOFSOVERTUIGING?

Hoofdstuk 6 laat zien dat elk van de hoven zowel minimalistische als minder minimalistische kenmerken toepaste in de geselecteerde zaken. Elk heeft laten zien dat het kan vasthouden aan de zaak in kwestie, waardoor grotere kwesties onbeslist blijven, gericht op de uitkomst van de zaak. Elk heeft aangetoond dat het onvolledige theoretisering en incrementalistische opbouw van jurisprudentie zal gebruiken. Onvolledige theoretisering wordt soms toegepast op abstracte principes, de uitkomst of een regel. Alle leidende principes zijn behandeld als onvolledig getheoretiseerde overeenkomsten.

Verschillende van de geselecteerde zaken, geanalyseerd in dit hoofdstuk, tonen aan dat elk van de hoven soms 'diepe' of 'brede' uitspraken zal gebruiken, waarbij de methode van minimalisme opzij wordt gezet om de doelen van minimalisme te bereiken. Ten slotte werkt elk van de hoven met een notie van 'levend' instrument of grondwet waardoor de interpretatie van rechten kan worden aangepast aan veranderende omstandigheden. Waar minimalistische elementen aanwezig waren, hebben ze over het algemeen bijgedragen aan een optimale bescherming van gelovigen.

De geselecteerde cases van het SCC tonen duidelijke elementen van minimalisme. De minimalistische elementen hebben bijgedragen aan de consistentie in de benadering van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Tussen de drie hoven, kijkend naar de geselecteerde zaken, is het CCSA aantoonbaar het beste geweest in het minimaliseren van de kosten van een beslissing, door veel respect en begrip te tonen voor de positie van elke partij. Het heeft stapsgewijs een consistente jurisprudentie opgebouwd. Zelfs waar de huidige constitutionele orde wordt geplaatst tegen het onrecht uit het verleden, heeft dit nooit de minimalistische methodologie of doelen ondermijnd. Het EHRM heeft waarschijnlijk het vaakst majoritaire of maximalistische elementen gebruikt in zijn benadering. De manier waarop de waarderingsmarge wordt gebruikt, heeft vaak niet geholpen bij het vasthouden aan een minimalistische methode of doel. Incrementalisme is zichtbaar, maar soms ook incidentalisme, wat consistentie in de weg staat.

In het licht van het bovenstaande kunnen enkele van de beste praktijken voor optimale bescherming die in de paragrafen 4.8 en 5.7 zijn opgesomd, opnieuw worden bevestigd, terwijl we het volgende kunnen toevoegen:

15. Gebruikmakend van onvolledige theoretisering, ook met betrekking tot de leidende principes bij de interpretatie van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging.
16. Stapsgewijze ontwikkeling van de jurisprudentie, vasthouden aan de zaak.
17. Vasthouden aan de doelstellingen van minimalisme, flexibel zijn met betrekking tot de methodologie, breed of diepgaan waar nodig na minimalistisch grondwerk.

7 HOOFDSTUK 7: CONCLUSIE: GEMEENSCHAPPELIJKHEID EN VERSCHILLEN – EEN OPTIMALE INTERPRETATIE VAN EEN UNIVERSEEL RECHT?

7.1 Conclusies met betrekking tot de standaardinterpretaties van de drie hoven

De vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, het klassieke universele mensenrecht, gecodificeerd in het Canadese Handvest van Rechten en Vrijheden, de Zuid-Afrikaanse Bill of Rights en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, doet een belofte aan alle gelovigen – inclusief degenen die zichzelf identificeren als niet-gelovigen. De belofte dat ze hun eigen weg mogen zoeken, vrij van beperkingen, door de staat of anderen. Vrijheid en pluralisme zijn de verschillende kanten van dezelfde medaille. Gelovigen hebben het recht om hun verschil met de reguliere samenleving te laten gelden.

De drie hoven hebben elk een jurisprudentie ontwikkeld uit bovenstaande overwegingen. Hun standaardinterpretaties passen stuk voor stuk netjes in de constitutionele ketenroman (Dworkin) die elk van hen schrijft, terwijl elke ketenroman vervolgens past in de bibliotheek van het liberaal-democratische constitutionalisme. De constitutionele verhalen van de drie tribunalen vertonen parallellen, maar benadrukken ook verschillende elementen en dus vallen de drie jurisprudentiële verhalen over de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging samen, divergeren en botsen ze soms. Dit kan worden geconceptualiseerd door gebruik te maken van de leidende en informerende principes, die worden gereconstrueerd in hoofdstuk 5.

De Canadese standaardinterpretatie is geworteld in een klassiek constitutioneel liberalisme. Canadees multiculturalisme, als een constitutioneel concept, hoewel het een communitaristische nuance van het klassieke liberalisme bevat, is nog steeds sterk geworteld in dezelfde tradities. Het is sterk gebaseerd op klassieke liberale concepten, zoals individuele autonomie, vrijheid en staatsneutraliteit. Maar op basis van deze opvattingen wordt ook een rigide essentialistisch liberalisme verworpen.

Een echt liberale staat in overeenstemming met de Canadese jurisprudentie, creëert een open samenleving die identificeerbare minderheden in staat stelt om verschillende meningen te hebben, andere keuzes te maken en verschillende levens te leiden. Dit moet niet worden beschouwd als de negatieve neveneffecten van vrijheid, maar moet wettelijk worden erkend en gevierd als een manifestatie van vrijheid. Vandaar dat de staat niet eens mag proberen zijn burgers te 'bekeren' tot het liberalisme. Het kan echter wederzijds respect eisen van individuen en gemeenschappen, in die zin dat ze allemaal erkennen dat de vrijheid die ze eisen ook aan anderen moet worden gegeven. Dit creëert tolerantie.

De jurisprudentie van het SCC wordt zowel geprezen als betreurd in publieke debatten en wetenschappelijke literatuur. De kritiek werpt zich soms in liberale of seculiere mantels en waarschuwt voor de gevaren van illiberale

religie en overtuiging. Aan de andere kant beroept de kritiek op het Canadese multiculturalisme zich op het communalisme. De vele academische kritieken baseren zich echter op de onderling samenhangende waarden die ten grondslag liggen aan het Handvest, zoals geïnterpreteerd door het SCC zelf.

Het streven van het CCSA om jurisprudentie te ontwikkelen over de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging begon kort na de overgang naar democratie. Het zielsonderzoek van het CCSA met betrekking tot de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, uitgevoerd in de minimalistische benadering van geval tot geval, had niettemin een duidelijke 'ziel' om vanuit te gaan. De geselecteerde cases tonen een ontwikkeling van de interpretatie van de Bill of Rights als transformatieve waarden voor een nieuwe samenleving. In ieder geval manifesteert de meer met waarden beladen interpretatie het postliberale karakter van het Zuid-Afrikaanse constitutionalisme in tegenstelling tot de meer klassieke liberale Canadese benadering. Toch zijn de uitkomsten niet helemaal anders.

In *Christian Education* en in *Prince* (12.4.6-7) kwam het informerende principe van het 'recht om anders te zijn' naar voren. Verder ontwikkeld in latere zaken, leidde het ertoe dat het CCSA de meest consistente van alle drie de hoven in de geselecteerde zaken was in het tonen van gelijke bezorgdheid en respect voor de verliezende partij. De standaardinterpretatie is van daaruit zichtbaar geval per geval ontstaan, in de aantoonbaar consistente methodiek die in de latere gevallen zichtbaar is.

Kritiek op het Hof komt uit vele hoeken. Sommigen vinden het te ingetogen, anderen te activistisch. Libertariërs bekritisieren zijn verlegenheid in het herroepen van de pro-religieuze vooringenomenheid van het verleden, religieuzen betreuren zijn libertarisme en individualisme. Terwijl de voorstanders van traditioneel recht en religieuze rechten meer gevoeligheid voor cultuur en religie willen, waarschuwen anderen voor de mogelijke gevolgen voor (gender)gelijkheid. Maar de jurisprudentie van het Hof toont duidelijk een uniek en authentiek Zuid-Afrikaans begrip van liberaal-democratisch constitutionalisme.

De *Kokkinakis*-zaak wordt door wetenschappelijke 'hof-watchers' van het EHRM erkend als de mijlpaal als het gaat om de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Pluralisme is altijd een kwestie van anders-zijn. De naties die de Raad van Europa vormen, hebben elk hun problematische verleden gekend met de afwijzing van het pluralisme. Sterker nog, het pluralisme zelf werd gedurende een groot deel van de Europese geschiedenis als problematisch beschouwd. Kolonialisme en imperialisme werden ondersteund door noties van suprematie van de Europese cultuur, het Europese christendom en de Europese staat.

De Conventie werd aangenomen ter afwijzing van het fascistische totalitarisme (dat net was overwonnen) en het stalinistische totalitarisme (dat destijds als een grote bedreiging werd gezien). Tegen de achtergrond van de totalitaire dictatuur was er waarschijnlijk niet zoveel aandacht voor de vooroordelen,

de vanzelfsprekendheid en het monoculturalisme die in Europa over een veel langere periode wortel hadden geschoten. Gezien de focus op het voorkomen van totalitarisme, is het Hof op zijn hoede geweest voor staatsbemoedienissen met organisatiestructuren van op geloof gebaseerde gemeenschappen, schending van positieve verplichtingen om minderheden tegen geweld te beschermen, door de staat gesponsord religieus proselitisme in het curriculum van de openbare school en uitsluiting van 'anderen' uit het parlementaire ambt.

Aan de andere kant heeft het EHRM bij vele gelegenheden de pogingen van de staat om praktische en effectieve rechten op religieuze kleding, dieetregels, familie- en personenrecht of identiteit gerelateerde claims als zodanig te belemmeren, niet beperkt. In dergelijke gevallen zal het Hof eerder in het voordeel van de staat oordelen. Om een jurisprudentie te ontwikkelen die meer bescherming biedt tegen inmenging van niet-christelijke religieuzen zoals de vereniging Cha'are Shalom Ve Tsedek, mevrouw Leyla Şahin en de eiser in *SAS*, agnosten zoals de Lautsis en nieuwe religies zoals de Raëlians, kan een nieuw begrip van pluralisme nodig zijn. Een dergelijk nieuw begrip zou ook de evenwichtigheid ten goede komen in gevallen waarin individuele vrijheid en groepsautonomie botsen, zoals in *Sindicatul 'Pastorul Cel Bun'* en *Fernández Martínez*.

Er zijn echter ook mensen die vinden dat het Hof in veel opzichten te ver is gegaan. De spanning tussen activisme en terughoudendheid is in veel gevallen zichtbaar en de *margin of appreciation* dient als het vaak slecht passende jasje om je voor de gelegenheid te kleden. De beoordelingsmarge past ongetwijfeld goed waar het gaat om de 'dringende maatschappelijke behoefte' met betrekking tot beperkingen van religieuze praktijken en het Hof doet er het beste aan om van geval tot geval incrementalistisch te werk te gaan, zodat het een noodzakelijk evenwicht kan vinden – een supranationale gerechtelijke structuur in de pluralistische constitutionele regelingen van Europa. Maar een meer principieel en consistent minimalisme kan helpen bij het verminderen van het gebruik van de *margin of appreciation*.

7.2 Beantwoorden van de onderzoeksvragen

– Onderzoeksvraag 1

Alle drie de hoven erkennen een groepsautonomie en proberen zich te schikken naar 'binnen het recht'. Alle drie zorgen ze er ook voor dat de 'inside law' zijn eigen reikwijdte niet kan bepalen en dat onder andere het mensenrechtenrecht grenzen bepaalt. Het EHRM is bereid om een gedurfde groepsautonomie voor op geloof gebaseerde organisaties te bevestigen als ze een wettelijke status hebben in het institutionele recht van de staten. Zij kunnen in dergelijke gevallen zelfs voorrang krijgen op individuele rechten of andere collectieve rechten

In de educatieve dimensie heeft de jurisprudentie van het EHRM geleid tot een verscheidenheid aan uitkomsten die niet gemakkelijk consistentie vertonen. Het SCC en CCSA benadrukken beide dat openbaar onderwijs inclusief moet zijn en een duidelijke boodschap van positieve tolerantie moet sturen voor alle lagen van de bevolking, inclusief niet-reguliere overtuigingen. De grenzen van deze ruime vrijheid worden per geval geanalyseerd.

Alle drie de hoven proberen de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging in evenwicht te brengen met andere rechten en belangen. Zij laten zich in dit proces leiden door gedachten van pluralisme en gelijke zorg en respect. Het EHRM zal echter hoogstwaarschijnlijk prioriteit geven aan één recht of belang bij het oplossen van de zaak, terwijl de andere twee hoven een grotere inspanning zullen leveren om alle belangen te behartigen. Het CCSA doet de grootste moeite om de partij die de zaak verliest te laten zien dat zij de zaak heeft verloren en niet de wereld.

Zowel het SCC als het CCSA verwerpen expliciet een militant of rigide secularisme dat net zo tegengesteld kan zijn aan de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging als regelrechte staatsvoorkeur van een bepaald geloof. Het EHRM heeft het rigide secularisme niet verworpen.

De vergelijkende analyse van de geselecteerde zaken in de zes geïdentificeerde dimensies ondersteunt niet het algemene standpunt van sommige schrijvers dat de (berechting van de) vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, heeft bijgedragen aan de secularisatie van de samenleving.

– *Onderzoeksvraag 2*

Er zijn herkenbare standaardinterpretaties van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging aanwezig in de geselecteerde zaken. Het SCC is het meest consistent. Het CCSA is op zoek naar een consistente aanpak, die zij in de latere gevallen lijkt te hebben gevonden. Het CCSA is ook het meest consistent in het tonen van gelijke bezorgdheid en respect voor de verliezende partij. In de door het EHRM beoordeelde geselecteerde zaken is de consistentie het grootst tussen de zaken binnen een van de zes dimensies in plaats van tussen de zes dimensies. Voorbeelden van sterke consistentie zijn organisatorische vrijheid en de rechten van gewetensbezwaren tegen militaire dienst. Alle hoven passen herkenbare en terugkerende leidende principes toe in hun interpretatie van de zaken.

Het SCC neemt individuele vrijheid als leidend principe, met het schadebeginsel, 'religie à la carte' en oprechtheid van geloof als informerende principes. Het leidende principe van het CCSA is menselijke waardigheid, ingegeven door het vrijheidsrecht: het recht om anders te zijn; de communautaire component: respect voor diversiteit; en het grondwettelijke principe: positieve tolerantie. Voor het EHRM is pluralisme de leidraad. De informerende principes zijn de staat als organisator van pluralisme en de onpartijdigheid van het organiseren van pluralisme.

Alle drie de hoven erkennen dat de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging een recht inhoudt om te geloven of niet te geloven. Het houdt ook in dat zowel religieuze als andere overtuigingen gerespecteerd moeten worden. Alle drie de hoven erkennen een individuele en een collectieve dimensie. Zowel de Canadese als de Zuid-Afrikaanse interpretaties van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging omvatten het recht om onder bepaalde omstandigheden te worden vrijgesteld van reguliere normen en gedrag. Het Zuid-Afrikaanse 'recht om anders te zijn' is nog gedurfter dan zijn Canadese tegenhanger. Het EHRM is in dit opzicht zeker terughoudender.

De vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging wordt volgens de Canadese jurisprudentie geactiveerd als een oprechte overtuiging wordt aangetast. Ook de Zuid-Afrikaanse rechtspraak gebruikt de inmenging in oprecht geloof als trigger. In de Straatsburgse rechtspraak leidt het niet handelen door de staat in overeenstemming met een negatieve of positieve verplichting tot activering van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Alle drie de hoven erkennen positieve en negatieve verplichtingen van de staat onder de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging.

– *Onderzoeksvraag 3*

Van de drie hoven is het SCC het meest consistent in haar interpretatie van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Het SCC en het CCSA zijn minimalistischer dan het EHRM. Het CCSA is het meest consistent in het tonen van gelijke bezorgdheid en respect, zelfs aan de kant die de zaak verliest.

Uit de vergelijking van de minimalistische en maximalistische elementen in de jurisprudentie van de drie hoven blijkt dat bepaalde parameters in de geselecteerde zaken tot minimalisme en/of maximalisme leiden. Deze kunnen worden weergegeven in vijf schalen tussen twee uitersten. Optimaal minimalisme in zaken van vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, vereist dat de rechter die de zaak beslist, tegelijkertijd het evenwicht in elk van deze schalen (voor zover relevant in de zaak) bewaart.

– *Onderzoeksvraag 4*

De leidende principes en informerende principes die de drie hoven gebruiken om te beslissen over rechtszaken op het gebied van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging, verschillen in de aspecten die ze benadrukken. Toch sluiten de leidende principes elkaar niet uit. Er zijn ook overeenkomsten tussen de standaardinterpretaties als het gaat om concept, reikwijdte en toepassing van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Bovendien vergemakkelijken de overeenkomsten tussen de codificaties van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging en de methoden voor het oplossen van mensenrechten *judicial borrowing* tussen de hoven. Alle drie de hoven hebben blijk gegeven van openheid ten aanzien van *judicial borrowing*.

De accentverschillen tussen de leidende en informerende principes en de impact die deze hebben op concept, reikwijdte en toepassing van de vrijheid

van godsdienst en geloofsovertuiging kunnen deels worden verklaard door de achtergrond van de mensenrechteninstrumenten waarin het recht is gecodificeerd. Alle drie de hoven beschouwen de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging als bescherming van een grote verscheidenheid aan religieuze en filosofische tradities en geïndividualiseerde overtuigingen.

Duidelijke elementen van minimalisme zijn te vinden in verschillende zaken die door de drie hoven zijn beslist. Aan de andere kant kunnen voorbeelden van niet-minimalistische jurisprudentie ook worden waargenomen in de geselecteerde zaken van elke rechtbank. Sommige van de mogelijkheden voor *judicial borrowing* zijn nauw verbonden met de hierboven genoemde parameters voor minimalisme. De CCSA-benadering had bijvoorbeeld kunnen leiden tot een andere uitkomst in SCC-zaak *Alberta v. Hutterian Brethren*. Het Hof had kunnen kijken naar alternatieve accommodatie, of er op zijn minst voor kunnen zorgen dat de kolonie slechts een zaak verloor, niet de wereld. Een ander voorbeeld is de principiële en pragmatische minimalistische benadering van het CCSA in de islamitische huwelijkszaken, die een andere kijk op de EHRM *Yigit*-zaak had kunnen inspireren. De methode die het EHRM toepast, had nuttig kunnen zijn voor het CCSA in *Prince*: wanneer het delict wordt gepleegd om geloofsredenen, moet er verschil zijn bij gevolgen, tussen de 'gewone' crimineel en de gelovige dader.

De vrijheid van gelovigen wordt geremd door pijnlijke keuzes, niet alleen door regelrechte onderdrukking. Neutrale regels van algemene toepasbaarheid kunnen ernstig interfereren met persoonlijke overtuigingen. Het creëren van uitzonderingen of het anderszins tegemoetkomen aan gelovigen, zelfs als de praktijk sociaal controversieel is, is een oplossing.

In de dimensie van het familierecht en de familiërelaties kunnen interventies in de familiesfeer het best worden gedaan onder de beperkingsclausule, die de bescherming van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging veronderstelt. Niet-erkenning van het huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht, het zuiver religieuze huwelijk of samenwonen door het rechtssysteem kan leiden tot ernstige ongelijkheden, die alleen moeten worden geaccepteerd als ze de test van de noodzaak in een democratische samenleving doorstaan. Minimalistische rechtspraak laat ruimte voor inter-institutionele dialoog, en dus voor de wetgever om een volgende stap te zetten nadat rechtbanken ongrondwettelijke ongelijkheid hebben vastgesteld.

De vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging heeft natuurlijk een collectieve dimensie. De individuele en collectieve dimensie zijn van elkaar afhankelijk. Rechterlijke interpretatie moet het evenwicht bewaren, beide interpreteren als wederzijds ondersteunend, zonder een van beide op te offeren ten behoeve van de ander. Dit is vooral nodig als het gaat om de verhouding tussen 'eigen recht' en dat van de staat. Rechtspluralisme, of het nu meer organisch en informeel is of meer conceptueel en formeel, past in de logica van de mensenrechten en het liberaal-democratisch constitutionalisme en seculiere rechtbanken hebben geen reden om het uit de weg te gaan.

Optimale bescherming van de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging wijst religieus onderwijs of religieuze manifestatie in openbare onderwijsinstellingen niet af. Maar het vereist wel inclusieve gelijkheid in die zin dat geen enkel geloof mag worden onderwezen of gemanifesteerd ten nadele van alle anderen. Tenminste moeten degenen die bezwaar maken, altijd een haalbare *opt-out*-mogelijkheid hebben. Het bijbrengen van tolerantie is een van de doelen van het openbaar onderwijs onder de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging. Wederkerig pluralisme vereist wederzijdse aanpassing van op geloof gebaseerd onderwijs, maar ook voor op geloof gebaseerde gemeenschappen om op de een of andere manier te accepteren dat zij zich bevinden in een pluralistische context.

Het balanceren van de vrijheid van godsdienst en andere rechten is geen generalistisch nulsomspel, maar vereist operationalisering van wederzijdse tolerantie. Dit vereist het erkennen van het bestaan van de ander, zelfs als we het niet met hen eens zijn. Dit geldt ook voor relaties tussen de *mainstream* en minderheden, of het nu gaat om geloofsminderheden of seksuele geaardheid en/of genderminderheden. Door in zaken met tegengestelde belangen rechtelijk te erkennen dat grondwettelijke rechten aan alle kanten zijn geactiveerd, wordt aan iedereen constitutionele relevantie gegeven. Terwijl balanceren de uitkomst bepaalt, verliest geen enkele partij de wereld, maar slechts een zaak.

Waar vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging samenkomt met secularisme, wat in de meerderheid van de geselecteerde zaken van elk van de hoven het geval is, is het noodzakelijk om onderscheid te maken tussen de vele gezichten van secularisme. Secularisme kan een wereldbeeld of geloof zijn dat concurreert met andere wereldbeelden of overtuigingen. Staatsneutraliteit zoals geïnformeerd door de vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging vereist dat noch secularisme, noch enige religieuze overtuiging door openbare instellingen worden gemanifesteerd of beleden op een manier die leidt tot uitsluiting van alle anderen.

Sommige gelovigen voelen zich misschien niet herkend door de marginale, instrumentele en subjectieve formulering van hun (religieuze) overtuigingen in de 'religie van het recht'. Maar de 'religie van het recht', afhankelijk van hoe het in concrete gevallen wordt gedefinieerd, kan helpen bij een optimale bescherming van gelovigen om hun leven te leiden in overeenstemming met hun overtuigingen tegen de staat, andere maatschappelijke instellingen en de leden van verschillende of dezelfde geloofsgemeenschap. Dit opent mogelijk de deur voor alle poging om een meer holistisch pluralisme te realiseren.

De beste praktijken voor optimale bescherming zijn de combinatie van die in de paragrafen 8.4.7, 8.5.5 en 8.6.3.

7.3 Algemene conclusie

De vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging is inherent verbonden met vrijheid als de onvolledig getheoretiseerde aspiratie van individuen, groepen en naties. Zoals de filosoof Abdolkarim Soroush welsprekend uitlegde, berooft wettelijk afgedwongen gehoorzaamheid elk opvolgen van een religieus voorschrift van zijn religieuze essentie. Vrijheid van godsdienst en geloofsovertuiging is dus essentieel voor godsdienst en levensovertuiging zelf. Regeringen, zo vertelt de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring ons, zijn ingesteld om het leven, de vrijheid en het nastreven van geluk te beschermen. De 'geest van vrijheid' is echter 'die geest die niet al te zeker is dat die gelijk heeft'. Dit is de reden waarom minimalisme gericht is op het operationaliseren van voorzichtigheid, nederigheid en onpartijdigheid bij de interpretatie van rechten. Gelijke zorg en respect voor alle partijen, inclusief de kant die een zaak verliest, is essentieel om de geest van vrijheid te behouden.

Het grootste dilemma dat ik tijdens de studie tegenkwam, is wat ik de 'tolerantieparadox' zou noemen. De geselecteerde zaken, de gerelateerde commentaren en de bredere literatuur die in deze studie wordt gebruikt, staan vol met voorbeelden en argumenten met betrekking tot tolerantie. Veel van de marginale en gemarginaliseerde gelovigen – individueel en collectief – vragen tolerantie voor hun verschil. Sommigen kunnen wijzen op de intolerantie van de tolerantanten, die bijvoorbeeld proberen om *mainstream*-opvattingen over gender, seksuele geaardheid, seksuele moraal en/of familie op te leggen aan degenen die er andere overtuigingen op nahouden. Toch zijn sommigen van hen misschien niet zo tolerant tegenover anderen, als ze zouden willen dat anderen voor hen zijn. De tolerantie van een open samenleving moet zich uitstrekken tot degenen die in hun 'interne wet' minder tolerant zijn voor verschillen. Maar het project van een nieuw pluralisme mag geen project zijn om het bestaande pluralisme ongedaan te maken, maar een project dat het verder verrijkt. Daarom moeten we van tijd tot tijd de tolerantieparadox in concrete gevallen aanpakken, door wederzijds pluralisme te aanvaarden.

De 'religie van het recht' is misschien niet altijd de dierbare, intieme en goede vriend die gelovigen instinctief herkennen, maar het kan niettemin een vriend zijn. Een vriend die (her)verbinding mogelijk maakt met religieuze, culturele en filosofische tradities, die voorafgaan aan onze moderne inzichten. Dit kan inderdaad een dynamisch en holistisch begrip van pluralisme voeden, verbonden met een begrip van ons bestaan als wezenlijk divers. Ik geloof oprecht dat wezenlijke diversiteit de grondslag is van de Schepping waarin wij leven.

