

# Het EHRM en het Europese rechtsstatelijk deficit

## Een analyse van de *Lautsi*-zaak

Roland Pierik<sup>1</sup>

De discussie over het EHRM is een nieuwe ronde in een aloud debat over de spanning tussen de wil van de democratische meerderheid en de constitutionele bescherming van minderheidsrechten. Thomas Spijkerboer pleitte er in dit blad voor om onder ogen te zien dat de in het EVRM neergelegde normen zonder (internationaal) rechterlijk toezicht vaak het onderspit zullen delven en dat het zinvoller zou zijn om het debat over concrete arresten van het Hof aan te gaan. Die handschoen wordt hier opgenomen met een analyse van het *Lautsi*-arrest dat vaak wordt aangehaald als een van de voorbeelden waar het Hof zijn bevoegdheden ver voorbijging.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is recent door verschillende juristen en politici ter discussie gesteld. Blok en Dijkhoff stellen dat 'de rechters in Straatsburg te vaak "politici in toga" zijn geworden' die nodig door het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan banden moeten worden gelegd.<sup>2</sup> Zwart stelt dat het Hof zich onvoldoende bewust is van de maatschappelijke context waarin zijn beslissingen ingrijpen, en dat dit de legitimiteit van het Hof op lange termijn kan schaden.<sup>3</sup> De centrale teneur in deze kritieken is dat het Hof zich steeds meer ruimte toe-eigent door op basis van eigen jurisprudentie – los van het oorspronkelijke verdrag – uitspraken te doen op gebieden waar democratisch gelegitimeerde politieke besluitvorming van lidstaten zou moeten prevaleren.<sup>4</sup> In principe wordt er wel een rol voor het EHRM gezien maar, zo stellen de critici, dan dient het zich te beperken tot uitspraken over ernstige inbreuken op fundamentele rechten.<sup>5</sup>

Feitelijk is deze discussie over het EHRM niets meer dan een nieuwe ronde in een aloud debat over de spanning tussen de wil van de democratische meerderheid en de constitutionele bescherming van minderheidsrechten. Nieuw is dat het EHRM geen nationaal maar een supranationaal Hof is: het zijn rechters 'van buiten' die niet vanuit de nationale rechtsorde (kunnen) oordelen.<sup>6</sup> Critici tonen een diep wantrouwen jegens de Straatsburgse 'politici in toga' en stellen dat in dit soort conflicten de stem van de nationale democratische meerderheid steeds de doorslag moet geven. Thomas Spijkerboer relateert het vermeende a-politieke karakter van de kritiek op de verpolitiekte rechtspraak van het EHRM:

'Critici [...] doen alsof er wel een juiste, objectieve manier is om mensenrechten toe te passen – namelijk door de overheid, middels een beperktere rol van de rechter, meer de vrije hand te geven. Maar als het Hof de critici zou volgen en een minimalistische visie op zijn eigen rol aan de dag zou leggen (of als we rechterlijke toetsing aan mensenrechten simpelweg zouden afschaffen), zou dat een niet minder politieke keuze behelzen dan zijn huidige koers. Immers, het directe gevolg zou zijn dat de positie van individuen tegenover de staat zwakker wordt.'<sup>7</sup> Spijkerboer pleit ervoor om de in het EVRM neergelegde normen te onderschrijven, om onder ogen te zien dat deze normen zonder (internationaal) rechterlijk toezicht vaak het onderspit zouden delven, om te onderkennen dat toepassing van mensenrechten altijd waardegeladen is, en dat zinvoller is om 'met verve' het debat over concrete arresten van het Hof aan te gaan.<sup>8</sup>

In dit artikel neem ik deze handschoen op met een analyse van het *Lautsi*-arrest dat vaak wordt aangehaald als een van de voorbeelden waar het Hof zijn bevoegdheden ver voorbijging.<sup>9</sup> De Tweede Sectie (hof van eerste aanleg) stelde in 2009 dat de Italiaanse overheid niet langer het kruisbeeld in klaslokalen van openbare scholen verplicht mag stellen.<sup>10</sup> Critici zagen dit als een volgend voorbeeld van een inperking van de ruimte van staten om hun samenleving op basis van eigen identiteit in te richten en een volgende poging van Straatsburg om het nationale recht van de partijstaten tot een liberaal-seculiere 'eenheidsworst' te hervormen.<sup>11</sup> De opluchting bij de critici van het Hof was dan ook groot toen de Grote Kamer in 2011 in herziening stelde dat dit gebod van de Italiaanse overheid

onder de margin of appreciation, buiten de reikwijdte van het Hof moest worden beschouwd. Het kruisbeeld kon dus gewoon naast het schoolbord blijven hangen.

In het eerste deel van dit artikel zal ik betogen waarom ik van mening ben dat het verplichte kruisbeeld in een openbare school wel degelijk in strijd is met het EVRM. In het tweede deel wil ik laten zien dat de *Lautsi*-zaak aan een dieper probleem raakt, namelijk een spagaat waarin veel Europese staten zich op dit moment bevinden. Enerzijds hebben ze de idealen van de liberaal-democratische rechtsstaat omarmd, anderzijds willen ze graag vasthouden aan religieus geïnspireerde tradities en symbolen die daar moeilijk mee zijn te rijmen. De *Lautsi*-zaak is een sprekend voorbeeld: de verplichte kruisbeelden in openbare scholen lijken moeilijk te verenigen met rechtsstatelijke principes als de vrijheid van religie en staatsneutraliteit; toch heeft de Italiaanse overheid een zeer gepassioneerde strijd gevoerd om deze kruisbeelden in de schoolklassen te behouden. In het laatste deel concludeer ik dat de *Lautsi*-zaak een kenmerkend voorbeeld is van een meer algemeen *Europees rechtsstatelijk deficit*: een onwil of onkunde bij Europese staten om overheidsinstellingen te rechtvaardigen op een manier die recht doet aan het pluralistische karakter van haar samenlevingen.

### Het kruisbeeld als seculier symbool

De Italiaanse overheid moest voor het EHRM aantonen dat een door de centrale overheid afgedwongen kruisbeeld in openbare scholen niet in strijd is met art. 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM:

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

De methode die door de Italiaanse overheid werd ingezet was die van het bagatelliseren van het katholieke karakter van het kruisbeeld. Alhoewel ze erkende dat het kruisbeeld van oorsprong een religieus symbool is, benadrukte ze dat het binnen de schoolklas toch primair als seculier symbool moet worden opgevat:

‘It also had an ethical meaning which could be understood and appreciated regardless of one’s adhe-

sion to the religious or historical tradition, as it evoked principles that could be shared outside Christian faith (non-violence, the equal dignity of all human beings, justice and sharing, the primacy of the individual over the group and the importance of freedom of choice, the separation of politics from religion, and love of one’s neighbour extending to forgiveness of one’s enemies).’<sup>12</sup>

Wie denkt dat het kruisbeeld alleen een katholiek symbool is, heeft het volgens de Italiaanse overheid bij het verkeerde eind. In de schoolklas moet het primair worden gezien als *het* symbool van de ontstaansgeschiedenis van de Italiaanse democratie:

‘The democratic values of today were rooted in a more distant past, the age of the evangelic message. The message of the cross was therefore a humanist message which could be read independently of its religious dimension and was composed of a set of principles and values forming the foundations of our democracies. As the cross conveyed that message, it was perfectly compatible with secularism ... In conclusion, as the symbol of the cross could be perceived as devoid of religious significance, its display in a public place did not in itself constitute an infringement of the rights and freedoms guaranteed by the Convention.’<sup>13</sup>

Ook voor Italiaanse rechters blijken katholicisme en constitutionele principes naadloos in elkaar over te lopen. In een oordeel uit 2005 over deze zaak concludeerde een Italiaanse administratieve rechter dat ondanks de inquisitie, het antisemitisme, en de kruistochten, het toch evident is dat de harde kern van het christelijke geloof samenvalt met de principes van menselijke waardigheid, tolerantie, religieuze vrijheid en dus uiteindelijk met de seculiere staat.<sup>14</sup> De rechter concludeert dat:

‘The logical mechanism of exclusion of the unbeliever is inherent in any religious conviction, even if those concerned are not aware of it, the sole exception being Christianity – where it is properly understood, which of course has not always been and still is not always the case, not even thanks to those who call themselves Christian. (...) It follows that the rejection of a non-Christian by a Christian implies a radical negation of Christianity itself, a substantive abjuration; but that is not true of other religious faiths,

#### Auteur

1. Mr. R.H.M. Pierik is UHD Rechtstheorie aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam. Met dank aan Ernst Hirsch Ballin, Matthieu Kerbosch, Chris Koedooder, Ingrid Robeyns, Wibren van der Burg en Carla Zoethout voor commentaar op een eerdere versie.

#### Noten

2. Stef Blok and Klaas Dijkhoff, ‘Leg het Europees Hof aan banden’, *De Volkskrant* 7 april 2011.  
3. Tom Zwart, ‘Bied dat mensenrechtenhof weerwerk’, *NRC Handelsblad* 17 januari 2011.

4. ‘Een steviger opstelling tegenover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de Rechtsstaat’, *NJB* 2011/343, afl. 7, p. 415. Zie voor een vergelijkbare kritiek Thierry Baudet, ‘Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie’, *NRC Handelsblad* 13 november 2010.

5. Voor een overzicht van deze discussie zie Janneke Gerards, ‘Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?’, *NJB* 2011/518, afl. 10, p. 608; Thomas Spijkerboer, ‘Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens’, *NJB* 2012/242, afl. 4, p. 254.

6. Thierry Baudet, ‘De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat’, in: *Leve de rechtsstaat! Reflecties op de rechtsstaat in een dynamische samenleving*, ed. S. Harchaoui and J. Jonkers (Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010), p. 74.

7. Spijkerboer, ‘Het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens’, p. 262.

8. *Ibid.*

9. Uitspraak van de Tweede Sectie: EHRM 3 november 2009, nr. 30814/06 (*Lautsi v. Italië*) (*‘Lautsi I’*); Uitspraak van de Grote Kamer: EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/06 (*Lautsi v. Italië*) (*‘Lautsi II’*).

10. Hierbij moet worden opgemerkt dat het katholieke kruisbeeld – een min of meer gedetailleerde representatie van de gekruisigde Jezus – een veel uitgesproken symbool is dan het meer abstracte kruis zoals gewoonlijk door protestanten wordt gebruikt.

11. Lord Hoffman zoals weergegeven in Zwart, ‘Een steviger opstelling tegenover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de Rechtsstaat’, p. 415.

12. *Lautsi I*, §35.

13. *Lautsi I*, §35.

14. Citaat van Italiaanse bestuursrechter, zoals geciteerd *Lautsi II*, §15.

for which such an attitude amounts at most to the infringement of an important precept.<sup>15</sup>

Mancini stelt dat bovenstaande uitspraken tot nogal wat hilariteit hebben geleid bij constitutioneel juristen.<sup>16</sup> Ik kan me hier wel iets bij voorstellen, met name als in één zin geconcludeerd wordt dat de uitsluiting van ongelovigen inherent is aan een religieuze overtuiging, dat betrokkenen zich hiervan vaak niet bewust zijn, maar dat het christendom hierop de enige uitzondering is. En wie had verwacht dat het verplichte kruisbeeld in openbare scholen bij uitstek het seculaire karakter van de Italiaanse staat symboliseert?<sup>17</sup>

### Wie had verwacht dat het verplichte kruisbeeld in openbare scholen bij uitstek het seculaire karakter van de Italiaanse staat symboliseert?

#### De beoordeling door het EHRM

Het EHRM moest de vrijheid van godsdienst zoals geformuleerd in art. 2 van het Eerste Protocol afwegen tegen de discretionaire vrijheid van de Italiaanse overheid om een lang gekoesterde traditie met een religieuze inslag te behouden. De Tweede Sectie van het EHRM was niet overtuigd door de argumenten van de Italiaanse overheid en concludeerde dat de verplichte aanwezigheid van kruisbeelden in strijd is met art. 2 van het eerste Protocol:

“The Court cannot see how the display in state-school classrooms of a symbol that it is reasonable to associate with Catholicism (the majority religion in Italy) could serve the educational pluralism which is essential for the preservation of “democratic society” within the Convention meaning of that term. (...) It is of the opinion that the practice infringes those rights because the restrictions are incompatible with the State’s duty to respect neutrality in the exercise of public authority, particularly in the field of education.”<sup>18</sup>

In tweede aanleg concludeerde de Grote Kamer daarentegen dat de bevoegdheid van staten om symbolen die haar representeren te kiezen in principe binnen de *margin of appreciation* valt, zolang de rechten zoals omschreven in het EVRM en de bijbehorende Protocollen niet worden geschonden.<sup>19</sup> Hierbij werd overwogen dat art. 2 van het eerste Protocol samen met art. 9 EVRM een positieve plicht van neutraliteit en onpartijdigheid aan staten oplegt, maar dat deze plicht niet impliceert dat staten via het onderwijs geen informatie of kennis over mogen dragen van religieuze of filosofische aard.<sup>20</sup> Ook betekent dit niet dat er niet relatief meer aandacht mag worden besteed aan de dominante religie binnen een samenleving of aan een religie die een belangrijke rol heeft gespeeld in de nationale geschiedenis en traditie.<sup>21</sup> Echter, de Grote Kamer formuleert twee voorwaarden, die we het *objectieve criterium* en het *anti-indoctrinatie criterium* zouden kunnen noemen:





[objectief criterium:] The State [should] take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner, enabling pupils to develop a critical mind particularly with regard to religion in a calm atmosphere free of any proselytism.

[anti-indoctrinatie criterium:] The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions.<sup>22</sup>

De uitspraak van de Grote Kamer is echter uitsluitend gebaseerd op het anti-indoctrinatie criterium, waarbij bovendien de bewijsplicht bij de individuele klager wordt gelegd:

'There is no evidence before the Court that the display of a religious symbol on classroom walls may have an influence on pupils and so it cannot reasonably be asserted that it does or does not have an effect on young persons whose convictions are still in the process of being formed. (...) However, it is understandable that the first applicant might see in the display of crucifixes in the classrooms of the State school formerly attended by her children a lack of respect on the State's part for her right to ensure their education and teaching in conformity with her own philosophical convictions. Be that as it may, the applicant's subjective perception is not in itself sufficient to establish a breach of Article 2 of Protocol No. 1.'<sup>23</sup>

Deze conclusie is om twee redenen opvallend. Ten eerste kunnen dit soort percepties van ouders alleen maar subjectief zijn, dus kan het subjectieve karakter ervan *ipso facto* geen reden zijn tot afwijzing van de claim. Ten tweede lijkt het voor mevrouw Lautsi erg moeilijk om overtuigend aan te tonen dat er sprake is van indoctrinatie – evenals het voor de Italiaanse staat moeilijk zou zijn om aan te tonen dat er *geen* sprake is van indoctrinatie. De bepaling of er van indoctrinatie sprake is, is meer het gebied van psychologen dan van juristen of individuele klagers voor het Hof. Door dit criterium van indoctrinatie te kiezen en tegelijkertijd de bewijsplicht bij de individuele eiser te leggen, lijkt de Grote Kamer de lat onevenredig hoog te leggen om schending van art. 2 van het Eerste Protocol aan te tonen. Het lijkt daarom veel meer voor de hand te liggen om het eerste, objectieve criterium te kiezen: in hoeverre wordt het curriculum overgebracht op een objectieve en pluralistische manier, in een omgeving

15. Ibidem.

16. Susanna Mancini, 'The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty,' *European Constitutional Law Review* 2010/6, p. 10.

17. 'A crucifix displayed in a classroom (...) should be seen as a symbol capable of reflecting the remarkable sources of the civil values (...) which define secularism in the State's present legal order.' De Raad van State zoals geciteerd in *Lautsi II*, §16.

18. *Lautsi I*, §56, 57.

19. *Lautsi II*, §68.

20. *Lautsi II*, §60-61.

21. *Lautsi II*, §71. Hierin wordt verwezen naar EHRM 14 februari 2006, nr. 15472/02 (*Folgero and Others v. Norway*) en EHRM 9 oktober 2007, nr. 1448/04 (*Zengin v. Turkije*). Voor een rechtsfilosofische analyse van inclusieve en exclusieve neutraliteit zie Roland Pierik & Wibren Van der Burg, *What is Neutrality*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2011-20. Beschikbaar via SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1917392>.

22. *Lautsi II*, §62.

23. *Lautsi II*, §66.

## Hoe reëel is het dat een scholier de klas binnenloopt en denkt: ‘Kijk, het kruisbeeld, symbool van secularisme en rechtvaardigheid’

die vrij is van bekeringsdrang? De discussie kan dan gaan over de concrete manier waarop onderwijs wordt aangeboden, en de vraag of bepaalde elementen daarvan aanleiding geven tot redelijke twijfel of het niet in strijd is met de eisen van objectiviteit en pluralisme.

De Italiaanse overheid zag geen probleem omdat het kruisbeeld verschillende betekenissen kan hebben en dat het door verschillende mensen op verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd.<sup>24</sup> Dat kan zo zijn, maar het gaat in deze zaak niet om de filosofische vraag welke betekenissen het kruisbeeld *al dan niet zou kunnen hebben* in allerlei mogelijke contexten. Het draait om de vraag hoe scholieren een kruisbeeld in de schoolklas interpreteren. Het is geen willekeurig symbool, het wordt primair en expliciet geassocieerd met de katholieke kerk, en wordt als zodanig door het Vaticaan nadrukkelijk als beeldmerk gebruikt. Binnen de katholieke kerk is het ook een onderscheidend symbool, het teken van verlossing van de zonden door Christus op basis waarvan volgelingen zich verenigen en buitenstaanders worden buitengesloten.<sup>25</sup>

In de loop van de ontwikkeling naar volwassenheid maken kinderen – bewust of onbewust – allerlei keuzen, waaronder die voor een levensovertuiging. Dit is een moeilijk te doorgronden proces, maar het is evident dat de directe omgeving, inclusief de schoolomgeving hierop een invloed heeft. Scholieren zien hetzelfde symbool op kerken – religieuze instituten – en in de schoolklas – voor scholieren bij uitstek een instituut van gezag. Hoe reëel is het dan dat een scholier de klas binnenloopt en denkt: kijk, het kruisbeeld, symbool van secularisme en rechtvaardigheid? Licht het niet meer voor de hand dat een islamitische of ander niet-katholieke scholier concludeert: ‘oké, de boodschap is duidelijk, dit is een katholieke ruimte, ik hoor hier niet echt thuis maar word slechts gedoopt’.

Met name op basis van het eerste, objectieve criterium is het duidelijk dat de verplichte aanwezigheid van het kruisbeeld in de openbare schoolklas in strijd is met art. 2 van het Eerste Protocol. Ze is in strijd met de plicht van overheden om het schoolcurriculum over te brengen op een objectieve manier in een context die gevrijwaard is van bekeringsijver. Deze conclusie kan worden getrokken ongeacht of hierbij sprake is van indoctrinatie of niet, en komt overeen met de *dissenting opinion* van rechter Malinverni (ondersteund door rechter Kalaydjieva).<sup>26</sup> De Grote Kamer heeft te veel respect getoond voor de discretionaire vrijheid van de Italiaanse overheid door de *margin of appreciation* in te roepen om een nadrukkelijk religieus symbool te accepteren als representant voor de Italiaanse nationale eenheid. De eerste uitspraak van het Hof (Tweede Sectie) geeft naar mijn overtuiging een meer evenwichtige afweging tussen de discretionaire bevoegdheden van de staat en de rechten van haar burgers.

### ‘s Lands wijs, ‘s lands eer?

De critici stellen dat het EHRM terughoudend moet zijn in haar uitspraken en staten de ruimte dient te geven om de samenleving op basis van de eigen identiteit in te richten. Maar wat als het verplichte kruisbeeld niet alleen in strijd is met het EVRM maar ook met de jurisprudentie van het Italiaanse Constitutionele Hof?<sup>27</sup> In art. 19 van de Italiaanse grondwet is de vrijheid van religie – zowel individueel als in vereniging – verankerd, art. 7 regelt de scheiding van de katholieke kerk en de Italiaanse staat en art. 8 stelt dat alle religieuze denominaties gelijke vrijheid voor de wet genieten.<sup>28</sup> Verder benadrukt het Constitutionele Hof het principe van secularisme dat inhoudt dat de overheid verplicht is om onpartijdig op te treden naar de verschillende religies en de vrijheid van religie moet beschermen in een context van religieuze en culturele pluraliteit.<sup>29</sup>

Toen de *Lautsi*-zaak in 2004 voor het Italiaanse Constitutionele Hof kwam, verklaarde dit zichzelf onbevoegd om een uitspraak te doen omdat het gebod niet voortkomt uit een wet in formele zin maar uit een koninklijk besluit uit 1860.<sup>30</sup> Er is echter alle reden om te veronderstellen dat de verplichting in strijd is met de constitutie. In een vergelijkbare zaak in 2000 concludeerde het Constitutionele Hof dat de aanwezigheid van een kruisbeeld in een verkiezingslokaal in strijd is met het principe van secularisme, de onpartijdigheid van de staat en de gewetensvrijheid van hen die geen loyaliteit aan het symbool accepteren.<sup>31</sup> Als dit argument rechtsgeldig wordt geacht in het geval van (volwassen) kiesgerechtigden, dan lijkt het zeker van toepassing te zijn op scholieren die zich nog in het kwetsbare proces van identiteitsvorming bevinden. In een andere zaak gelastte een niet-administratieve rechtbank in 2003 op verzoek van een moslimvader de onmiddellijke verwijdering van het kruisbeeld uit de klas van een openbare school. De rechtbank baseerde dit verbod niet alleen op de al genoemde overwegingen van religieuze vrijheid, gelijkheid en secularisme. Tevens stelde deze rechtbank dat de juridische basis voor de verplichting sinds 1984 niet meer bestaat toen het katholicisme zijn status als staatsgodsdienst verloor.<sup>32</sup> Kortom: de juridische basis van de verplichting om kruisbeelden op te hangen in klaslokalen van openbare scholen lijkt flinterdun – voor zover ze feitelijk nog bestaat. Ze is gebaseerd op een koninklijk besluit uit 1860 – van voor de Italiaanse eenwording – en lijkt in strijd te zijn met zowel de Italiaanse grondwet en het EVRM.

Vanuit dit perspectief valt er nog wel wat in te brengen tegen de door Baudet en Zwart geuite kritiek op het EHRM. Immers, het probleem lijkt niet primair te liggen bij over-activistische rechters in Straatsburg, maar bij verdragspartijen die niet willen accepteren dat het omarmen van constitutionele principes als scheiding van kerk en staat ook impliceert dat ze er zelf aan kunnen worden afgemeten.<sup>33</sup>

## Over wiens crisis hebben we het hier eigenlijk?

Naar mijn overtuiging ligt de bron van de controverse over de *Lautsi*-zaak niet primair bij activistische rechters in Staatsburg, maar wordt ze vooral veroorzaakt door een spagaat waarin veel Europese staten zich bevinden. Enerzijds zien ze zichzelf als liberaal-democratische rechtsstaten, waarin de rechten van burgers, inclusief leden van minderheidsgroepen, goed beschermd zijn via nationale constituties en het EVRM. Anderzijds zijn de officiële instituties van deze staten vaak nog innig verstrengeld met de historisch dominante religie – het christendom in zijn verschillende denominaties – en bestaat er vaak een wens om deze tradities in ere te houden. Sterker nog, als gevolg van angst voor globalisering, massa-integratie, de (vermeende) terroristische dreiging na 9/11 en de (vermeende) teloorgang van de ‘judeo-christelijke waarden’ grijpen veel staten juist weer terug naar oude-vertrouwde symbolen om de nationale identiteit te herbevestigen. Echter, indien de gekozen iconen zelf weer omstreden zijn – bijvoorbeeld een kruisbeeld met een sterk religieuze connotatie – sluit dit verlangen naar gezamenlijke identiteit paradoxaal genoeg juist weer specifieke groepen burgers uit. Maar belangrijker, deze keuze voor zulke symbolen kan in strijd komen met breed omarmde constitutionele

## Vanuit dit perspectief valt er nog wel wat in te brengen tegen de door Baudet en Zwart geuite kritiek op het EHRM

beginselen zoals staatsneutraliteit of de scheiding van kerk en staat. Lang is deze spanning impliciet en onbesproken gebleven, maar als gevolg van de toenemende assertiviteit van minderheden – immigranten met een niet-christelijke achtergrond, atheïsten – wordt de dominante rol van deze symbolen steeds meer ter discussie gesteld. De *Lautsi*-zaak is een sprekend voorbeeld: een eeuwenoude, religieus geïnspireerde traditie wordt door een atheïstische staatsburger, mevrouw Soile Lautsi ter discussie gesteld. Evenzeer tekenend is de reactie van Italiaanse politici op het initiële verbod van het Hof. Silvio Berlusconi, toenmalig minister-president, noemde de uitspraak volstrekt onacceptabel voor de Italianen: ‘Dit is het soort beslissingen dat ons doet twijfelen aan het Europese

gezonde verstand.’<sup>34</sup> Zijn minister van Defensie, Ignazio La Russa, verklaarde op televisie:

‘Hoe dan ook, we zullen het kruisbeeld niet weghalen! Ze kunnen sterven. Het kruisbeeld zal in alle schoolklassen blijven, in alle publieke ruimtes. Ze kunnen sterven! Ze kunnen sterven! Zij en die zogenaamde internationale instellingen, die niets waard zijn!’<sup>35</sup>

Deze reacties maken duidelijk dat de Grote Kamer van het EHRM onder grote druk stond. Uit de reactie van Italiaanse politici werd duidelijk dat het vasthouden aan de eerste uitspraak zou kunnen betekenen dat Italië zich niet naar de uitspraak van het Hof zou voegen. Voeg daarbij dat 10 van de 47 verdragspartijen bij het EVRM het verzoek van Italië voor verwijzing naar de Grote Kamer steunden. De legitimiteit van het Hof zou ernstig ondergraven worden indien Italië de uitspraak van het Hof naast zich neer zou leggen in een zaak waarin ze zo breed werd gesteund.

Maar in plaats van ‘Straatsburg’ ervan te beschuldigen om ongerechtvaardigde inbreuken op hun nationale identiteit te maken, zouden de Italiaanse politici ook bij zichzelf te rade kunnen gaan of het gedachteloos vasthouden aan, of teruggrijpen naar symbolen met zulke sterk religieuze associaties nog wel past bij de omarmde zelfbeeld van de liberaal-democratische rechtsstaat.

## Het Europees rechtsstatelijk deficit

Wat de *Lautsi*-zaak zo interessant maakt, is dat hierin de spanning die binnen veel Europese landen bestaat expliciet aan de oppervlakte komt. Italië ziet zichzelf nadrukkelijk als een rechtsstaat, maar wil tegelijkertijd een nationale traditie in stand houden die zodanig religieus geïnspireerd is, dat ze met rechtsstatelijke principes in conflict komt. Natuurlijk, de aanwezigheid van kruisbeelden in Italiaanse openbare scholen valt historisch goed te verklaren vanuit de belangrijke rol die het katholicisme in de Italiaanse geschiedenis heeft gespeeld. Maar een historische verklaring voor het ontstaan van een praktijk is iets anders dan de rechtvaardiging van het voortzetten ervan, met name indien er gegronde bezwaren tegen worden ingebracht.

Door vast te houden aan de verplichte aanwezigheid van kruisbeelden, kiest de Italiaanse overheid ervoor haar staatsmacht in te zetten om de historisch dominante religie officieel en expliciet te representeren *en* alle andere religieuze, niet-religieuze en antireligieuze stromingen *niet* te representeren. Dit maakt de houding van de Italiaanse overheid een sprekend voorbeeld van een meer algemeen *Europees rechtsstatelijk deficit*: de onwil of onkunde van staten om overheidsinstituties te rechtvaardigen op een manier die recht doet aan het pluralistische karakter van haar samenlevingen. Het feit dat het katholi-

24. *Lautsi II*, §36.

25. Vgl. *Lausti I*, §16.

26. *Lautsi II*, pp. 47-51

27. Zoals de Tweede Sectie in haar oordeel ook concludeert, *Lautsi I*, §56.

28. Tot 1985 was het katholicisme de staatsgodsdienst in Italië, in de huidige grondwet wordt het katholicisme nog wel genoemd in art. 7, waarin wordt bepaald

dat de Italiaanse staat en de katholieke kerk beide onafhankelijk en soeverein zijn, elk binnen hun eigen sfeer.

29. *Lautsi I*, §24.

30. *Lautsi II* §23.

31. *Lautsi II* §23.

32. Mancini, ‘The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty’, p. 10.

33. Natuurlijk, op basis van de bespreking van één zaak kan de meer algemene kritiek van Zwart c.s. niet weerlegd worden. Maar dit is een belangrijke zaak geweest die door alle critici met name wordt besproken. Daarnaast laat Susanna Mancini zien dat er meer algemene trend is waarin bij zaken voor het EHRM de vrijheid van religie of meningsuiting van religieuze minderheden

is ingeperkt ter bescherming van de christelijke identiteit van de meerderheid. Ibid., 20-3.

34. Geciteerd in I

35. Zie <http://www.youtube.com/watch?v=goWDMbvNGr0>; met dank aan Chantal Mak voor de vertaling uit het Italiaans.

cisme in Italië de meest beleden religie is, maakt het land geen katholieke monocultuur; als gevolg van de ontkerking en immigratie is Italië evenzeer divers als alle andere westerse staten.

De eisen van rechtsstatelijkheid impliceren niet dat van Italië of andere Europese staten wordt verwacht dat ze een strikt neutrale publieke ruimte aanbiedt of dat alle contingente symbolen uit politieke, juridische en andere officiële instituties moeten worden verwijderd. Een samenleving is meer dan een willekeurige verzameling personen, georganiseerd volgens abstract liberaal-democratische beginselen. Een samenleving veronderstelt een gezamenlijke identiteit, die ook via wet- en regelgeving wordt versterkt en afgedwongen. Of zoals Charles Taylor het zo mooi formuleert: 'for the people to be sovereign, they need to form an entity and *have a personality*'.<sup>36</sup> Hierbij wordt vanzelfsprekend voortgebouwd op contingente waarden, symbolen en praktijken die hun oorsprong hebben in de geschiedenis en tradities van samenleving. Binnen de ontstaansgeschiedenis van Europese staten heeft het christendom een belangrijke rol gespeeld die heden ten dage nog steeds merkbaar is. Hier is niets mis mee en er is in ieder geval geen alternatief: een samenleving kan haar identiteit niet vanuit het niets opnieuw uitvinden.<sup>37</sup>

Maar hieruit valt ook weer niet af te leiden dat alle contingente symbolen en praktijken binnen staatsinstituties even acceptabel zijn. Het principe van neutraliteit veronderstelt een principiële onderscheid (*principled distance*) tussen religie en de staat: twee entiteiten die moeten worden beschouwd als gescheiden sferen met hun eigen domein.<sup>38</sup> Bepaalde praktijken en symbolen zijn zodanig verweven met de ene sfeer dat ze niet in de andere kunnen figureren zonder dat principiële onderscheid te schenden.

Wat mij betreft gaat de discussie niet over het feit dat binnen overheidsinstituties van Europese staten nog allerlei residuen te vinden zijn van hun christelijke geschiedenis, en ook niet over het feit dat deze residuen op gespannen voet kunnen komen te staan met de (meer recente) zelfverkozen status van democratische rechtsstaat. Het is onvermijdelijk dat samenlevingen evolueren en het is onvermijdelijk dat deze ontwikkelingen spanningen met zich meebrengen. Het staatsrechtelijk deficit ontstaat als een specifieke traditie of symbool ter discussie wordt gesteld en de desbetreffende staat niet bereid is om hierover met haar burgers een open debat te voeren in termen van relevante staatsrechtelijke beginselen. De verdediging van de Italiaanse overheid in de *Lautsi*-zaak is hiervan een karakteristiek voorbeeld. Ze doet geen enkele poging om de verplichting van het kruisbeeld in openbare scholen te rechtvaardigen in termen die ook voor niet-katholieken overtuigingskracht zouden hebben, noch geeft ze inhoudelijke argumenten waarom het kruisbeeld

zou bijdragen aan goed of divers onderwijs. Waarom zouden niet-katholieke of ex-katholieke staatsburgers de gegeven rechtvaardiging accepteren, als het kruisbeeld zo nadrukkelijk naar een religieuze traditie verwijst, en daarbij mede symbool heeft gestaan voor kruistochten, de inquisitie, het antisemitisme, en de achterstelling van homoseksuelen en vrouwen?

Het rechtsstatelijk deficit kan worden vermeden indien de overheid bereid is om zo'n discussie aan te gaan op een manier waarop zowel de nationale tradities als de relevante rechtsstatelijke beginselen opnieuw bevraagd kunnen worden in een open debat. Hierbij moet de mogelijkheid worden opgehouden dat de minderheid om legitiem belang aan de orde stelt die aanleiding geeft om centrale uitgangspunten opnieuw te overwegen. De aanwezigheid van christelijk geïnspireerde symbolen binnen politieke, juridische en onderwijsinstituties kan effecten hebben die zelfs voor seculiere christenen soms onopgemerkt blijven, maar voor niet-christelijke staatsburgers serieuze barrières kunnen opleveren.<sup>39</sup> Een kruisbeeld in een openbare school kan voor katholieken of ex-katholieken onschuldig lijken, maar kan voor ge-excommuniceerde katholieken, moslims of joden sterke negatieve associaties opleveren. Indien zo'n symbool ter discussie wordt gesteld dient de overheid goede rechtsstatelijke argumenten te geven waarom zo'n symbool toch niet wordt verwijderd, dan wel deze te verwijderen indien ze te nadrukkelijk samenhangt met één specifieke religieuze traditie en daarom niet te rechtvaardigen is op een manier die recht doet aan het pluralistische karakter van haar samenlevingen.<sup>40</sup>

Het omarmen van constitutionele principes als scheiding van kerk en staat impliceert voor staten niet alleen dat ze religieuze minderheden hierop aan kunnen spreken maar ook dat ze er ook zelf aan kunnen worden afgemeten. Deze rechtsstatelijke principes moeten meer zijn dan een genereuze geste van primair christelijke staten naar religieuze en niet-religieuze minderheden. Zolang Europese staten de vrijheid van religie slechts erkennen onder de voorwaarde dat de hegemonie van het christendom niet ter discussie mag worden gesteld, is het een tandeloze tijger, een grondrecht zonder betekenis.

### Conclusie

De uitspraken van het EHRM in de *Lautsi*-zaak hebben een verhitte discussie opgeleverd, zowel in de academische wereld als binnen Europese samenlevingen. Men zou de heftige reacties bij voor- en tegenstanders vanuit een *ex nunc*-beschouwing kunnen zien als extra bewijs dat het dus *echt* om een religieus symbool ging en dat het kruisbeeld dus meer dan een neutraal symbool is dat slechts de eenheid van Italië belichaamt.

Er blijft een aantal zaken opvallend aan dit arrest. Ten eerste kan mevrouw Lautsi haar recht niet halen bij het Italiaanse Grondwettelijke Hof, omdat de verplichting

**Wat de *Lautsi*-zaak zo interessant maakt, is dat hierin de spanning die binnen veel Europese landen bestaat expliciet aan de oppervlakte komt**

is gebaseerd op een koninklijk besluit dat niet vatbaar is voor grondwettelijke toetsing, terwijl er toch alle redenen om aan te nemen dat de verplichting zelf in strijd is met de Grondwet en/of de jurisprudentie van het Italiaanse Grondwettelijke Hof. Ten tweede valt op dat de Italiaanse overheid eigenlijk geen zwaarwegend belang heeft kunnen aantonen waarom het kruisbeeld per se in de schoolklassen moet blijven hangen, anders dan dat men graag een oude traditie in stand wil houden.<sup>41</sup> Natuurlijk, ik erken het belang van het in ere houden van historische tradities voor nationale identiteiten. Maar dat betekent niet dat elke traditie ten koste van alles beschermd moet blijven. De vraag is dan wat de rol is die het EHRM moet spelen binnen dit soort discussies.

In zijn analyse van de uitspraak van de Tweede Sectie in de *Lautsi*-zaak stelt Joseph Weiler terecht dat het Hof zowel gesprekspartner is van de partijstaten, als op een reflectieve en constitutieve manier een bijdrage levert aan de Europese grondwettelijke praktijken en normen.<sup>42</sup> Voor Weiler is dit de aanzet tot de conclusie dat het Hof een afwachtende rol zou moeten innemen in gevallen waarbij zulke grote verschillen bestaan tussen de constitutionele praktijken van de partijstaten. Weiler zal ongetwijfeld ingestemd hebben met het inroepen van de *margin of appreciation* door de Grote Kamer.<sup>43</sup>

Anderzijds benadrukt Spijkerboer dat mensenrechten die rechten zijn die minderheden beschermen en de democratische meerderheid in bedwang houdt. Dit is bij uitstek een taak voor de onafhankelijke rechter, en indien het zaken betreft die emotioneel erg gevoelig liggen is er ook veel voor te zeggen dat dit rechterlijk toezicht interna-

tionaal is.<sup>44</sup> De heftige maar niet erg inhoudelijke reactie van minister-president Berlusconi en minister La Russa, in combinatie met de mogelijke conclusie dat de verplichting ook in strijd is met de Italiaanse Grondwet geeft een extra reden waarom het goed is dat het EHRM als *court of last resort* op basis van het EVRM hierover een uitspraak heeft willen doen. In tegenstelling tot Weiler ben ik van mening

## Rechtsstatelijke principes moeten meer zijn dan een genereuze geste van primair christelijke staten naar religieuze en niet-religieuze minderheden

dat het Hof haar rol als gesprekspartner actiever had moeten invullen en op basis van het EVRM deze constitutionele praktijk ter discussie had moeten stellen. Aan de hand van de argumenten zoals gegeven in dit artikel moge duidelijk zijn dat ik van mening ben dat de Grote Kamer de vrijheid van godsdienst van mevrouw Lautsi en haar kinderen zwaarder had moeten laten wegen dan de discretionaire ruimte van de Italiaanse overheid. •

36. Charles Taylor, 'The Meaning of Secularism', *The Hedgehog Review* 2010, Fall, p. 29. Mijn cursivering.

37. Vgl. Samuel Scheffler, 'Immigration and the Significance of Culture', in: *Philosophy and Public Affairs* 35, nr. 2 (2007), p. 113.

38. Rajeev Bhargava, 'What is Secularism for?', in: *Secularism and its Critics*, ed. Rajeev Bhargava (Delhi: Oxford University Press, 1998), pp. 494.

39. Jytte Klausen, *The Islamic Challenge: Politics and Religion in Western Europe* (Oxford: Oxford University Press 2005), p. 136.

40. Christian Rostbøll laat zien dat de Deense overheid op een vergelijkbare manier de argumenten van haar islamitische burgers niet serieus nam in het debat over de Mohammedcartoons en de vrijheid van meningsuiting. Christian F. Rost-

bøll, 'The use and abuse of 'universal values' in the Danish cartoon controversy,' *European Political Science Review* 2010, 2, nr. 3.

41. Vgl. Titia Loenen, 'Lautsi T. Italië: Het EHRM tussen Scylla en Charybdis' m.nt. Titia Loenen', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, 36, nr. 4, p. 487.

42. Joseph Weiler, 'Lautsi: Crucifix in the Classroom Redux (Editorial)', *The European*

*Journal of International Law* 2010, 21, nr. 1, p. 1.

43. Sterker nog, prof. Weiler heeft namens de landen die Italië steunden gepleit voor de Grote Kamer.

44. Spijkerboer, 'Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', pp. 257-62.