

No.W04.11.0379/I

's-Gravenhage, 28 november 2011

Bij Kabinetsmissive van 22 september 2011, no.11.002262, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende de instelling van een algemeen verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe een algemeen verbod in te voeren op het dragen van gelaatsbedekkende kleding op openbare plaatsen, in voor het publiek toegankelijke gebouwen, bij onderwijsinstellingen, niet-residentiële delen van zorginstellingen en in het openbaar vervoer. Het voorstel maakt een uitzondering voor gelaatsbedekkende kleding die noodzakelijk is ter bescherming van het lichaam bij beroepsuitoefening, sport, gezondheid of veiligheid. Het verbod geldt evenmin wanneer dat passend is bij evenementen, zoals het Sinterklaasfeest of carnaval. Voor andere evenementen kan de burgemeester ontheffing verlenen. Gebouwen en openbare plaatsen bestemd voor religieuze doeleinden zijn uitgezonderd van het verbod.

Het voorstel vindt zijn grondslag in de bescherming van de maatschappelijke orde. Doel van het verbod is belemmeringen voor open communicatie weg te nemen, in het bijzonder met het oog op de volwaardige – gelijkwaardige – deelname van vrouwen aan het maatschappelijk verkeer. Onder gelaatsbedekkende kleding vallen onder meer de boerka en de niqab. Het voorstel is daartoe niet beperkt, maar de directe aanleiding ervoor is wel gelegen in het verschijnen van deze kleding in het straatbeeld.

De afgelopen jaren zijn reeds drie wetsvoorstellen die een algemeen of een partieel verbod op gelaatsbedekkende kleding behelzen aan de Raad van State voorgelegd. Deze strekten tot (1) een algemeen boerkaverbod, gegrond op de onverenigbaarheid van het betreffende kledingstuk met Westerse fundamentele rechtsstatelijke waarden, met doelstellingen van emancipatie en integratie en met overwegingen van veiligheid; (2) een algemeen verbod op gezichtsbedekkende kleding, beargumenteerd vanuit het oogmerk van veiligheid; en (3) een specifiek verbod op gezichtsbedekkende kleding in het onderwijs, beargumenteerd vanuit het oogmerk van onderwijskwaliteit.¹

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel en voortbouwend op haar eerdere advisering een aantal opmerkingen met betrekking tot nut en noodzaak van het voorstel en de verenigbaarheid met de vrijheid van godsdienst. Zij is van oordeel dat in verband met deze opmerkingen over het voorstel in deze vorm niet positief kan worden geadviseerd.

1. Nut en noodzaak van het voorstel

¹ (1) Ten eerste is er het initiatiefwetsvoorstel van de leden Wilders en Fritsma tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met een verbod op het dragen van boerka's of nikaabs in de openbare ruimte (boerkaverbod), Kamerstukken II 2006/07, 31 108). Het advies van de Raad van 21 september 2007 is openbaar gemaakt, zie Kamerstukken II 2007/08, 31 108, nr. 4.

(2) Vervolgens is er het initiatiefwetsvoorstel van het lid Kamp tot wijziging van de Wet op de identificatieplicht en het Wetboek van Strafrecht in verband met een verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding in het openbaar en in voor het publiek openstaande gebouwen, Kamerstukken II 2007/08, 31 331) en het nog niet openbaar gemaakte advies van de Raad van 6 mei 2008, zaak W03.08.0028/II.

(3) Ten slotte is er het regeringwetsvoorstel inzake gelaatsbedekkende kleding in het onderwijs en het nog niet openbaar gemaakte advies van de Raad van 2 december 2009, zaak W05.09.0501/I. De indiening van dit wetsvoorstel is opgehouden in verband met de aankondiging in het regeerakkoord van een algemeen verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding (het onderhavige voorstel), zie de brief van de Ministers van BZK, Justitie, WWI en van OC&W van 8 februari 2008, Kamerstukken II 2007/08 31 200 VII, nr. 48, blz. 7.

Het voorstel berust blijkens de toelichting op het belang van de bescherming en handhaving van een wezenlijk aspect van de maatschappelijke orde en de goede gewoonten annex goede zeden: het kenmerk van maatschappelijk verkeer waarin men elkaar op herkenbare wijze tegemoet treedt en open communicatie mogelijk is. Dat wezenlijke aspect zou te meer in het geding zijn voor wat betreft de directe aanleiding voor het voorgestelde verbod, het verschijnen in het straatbeeld van gelaatsbedekkende kleding zoals de boerka of de niqab, die vrouwen onmiskenbaar belemmert om op gelijke voet met mannen deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer. Ten slotte is het veiligheidsaspect in het geding, in zoverre degene die gelaatsbedekkende kleding draagt, niet alleen de ander een onbehaaglijk gevoel geeft, maar ook de indruk wekt criminele activiteiten in de zin te hebben, aldus de toelichting.²

Ten aanzien van het als fundamenteel aangemerkte argument van het belang van herkenbaar optreden en open communicatie stelt de Afdeling vast, dat eerdere constatering dat nadere grenzen aan het dragen van gelaatsbedekkende kleding gesteld dienen te kunnen worden, niet hebben geleid tot wetgeving. Het toenmalige kabinet was van oordeel dat er naar huidig recht reeds voldoende wettelijke mogelijkheden bestaan om die nadere grenzen te stellen door middel van specifieke, plaats- en functiegebonden verboden op gelaatsbedekkende kleding.³ De regering komt thans evenwel tot de conclusie dat dergelijke specifieke verboden niet meer toereikend zijn. Gezien de hedendaagse maatschappelijke weerstand tegen het verschijnen van de boerka en de niqab in het straatbeeld, zou een algemene, uniforme en duidelijke regeling inzake het dragen van gelaatsbedekkende kleding thans wel geboden zijn. De regering acht daarbij niet de omvang van het probleem, maar het principiële onverenigbare karakter ervan met de maatschappelijke orde in Nederland doorslaggevend.

De regering beoogt met het voorstel een principiële probleem met juridische middelen op te lossen. Daarbij rijst allereerst de vraag of zich een dergelijk principiële probleem voordoet, en vervolgens of dat probleem kan en moet worden opgelost. Pas wanneer die vragen bevestigend worden beantwoord, komt de vervolgvraag aan de orde of die oplossing met juridische middelen kan worden bereikt en zo ja, welke middelen daartoe zijn geëigend uit oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit.

De Afdeling constateert dat de regering geen wezenlijk nieuwe argumenten aandraagt ten opzichte van de argumenten in eerdere wetsvoorstellen. De principiële onverenigbaarheid van gelaatsbedekkende kleding met de maatschappelijke orde wordt niet nader gepreciseerd. Ook wordt niet aangetoond dat er een dringende maatschappelijke behoefte bestaat die een *algemeen* verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding kan rechtvaardigen. Evenmin beargumenteert de regering aan waarom thans niet meer kan worden volstaan met de bestaande regelingen welke *specifieke* verboden mogelijk maken, waar deze eerder wel voldoende werden bevonden.⁴ In dit verband wijst de Afdeling op bevoegdheden op grond van de Gemeentewet, de Wet openbare manifestaties, de Wet op de identificatieplicht en de Wet personenvervoer, alsmede de bevoegdheden van publieke en private organisaties

² Memorie van toelichting, paragraaf 1.

³ Zie de brief van de Ministers van BZK, Justitie, WWI en van OC&W van 8 februari 2008, Kamerstukken II 2007/08, 31 200 VII, nr. 48, blz. 7.

⁴ Idem.

om binnen de eigen sfeer beperkende huisregels te stellen.⁵ Tot slot wordt niet gemotiveerd waarom het dragen van gelaatsbedekkende kleding, waaraan religieuze motieven ten grondslag kunnen liggen, moet worden bedreigd met een strafrechtelijke sanctie.⁶ Aangezien het strafrecht een *ultimum remedium* is dat slechts dient te worden ingezet in situaties waarin gevaar bestaat voor personen, zaken of de openbare orde, is naar het oordeel van de Afdeling een specifieke, daarop toegesneden motivering vereist.

De Afdeling is daarnaast van oordeel dat de motivering, voor zover deze is gebaseerd op het belang van de gelijke behandeling van en participatie door vrouwen, miskent dat het niet aan de wetgever is om de bewuste keuze voor het dragen van een boerka of niqab te verbieden op basis van overwegingen gegrond op een tegen de eigen overtuiging van de betrokken vrouwen ingeroepen interpretatie van het gelijkheidsbeginsel.⁷ Aangenomen moet immers worden dat het dragen van een dergelijk kledingstuk berust op een eigen keuze.⁸ Voor zover met een verbod wordt beoogd tegen te gaan dat een boerka of niqab wordt gedragen onder dwang van anderen, geldt dat verplichtende maatregelen moeten berusten op concrete aanwijzingen van dwang in het individuele geval.⁹ Een generiek verbod voldoet daar niet aan.

Ten slotte is de Afdeling van oordeel dat het subjectieve onveiligheidsgevoel geen zelfstandige, dragende motivering kan zijn om een algemeen verbod ter handhaving van de maatschappelijke of de openbare orde te rechtvaardigen.¹⁰

Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling het algemene verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding te heroverwegen.

2. Verenigbaarheid met de vrijheid van godsdienst

Een boerka of niqab wordt veelal gedragen om daarmee een religieus voorschrift na te leven. Gelet daarop is bij de invoering van een algemeen verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding de vrijheid van godsdienst in het geding. De vraag rijst dan ook of die vrijheid op legitieme gronden kan worden beperkt. Als element van de godsdienstbelijdenis wordt het dragen van (gelaatsbedekkende) kleding beschermd door artikel 6 van de Grondwet, artikel 9 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 18 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR). In het

⁵ Zie daartoe het advies van de Raad van 2 december 2009 inzake het voorstel van wet tot wijziging van onder meer de wetten voor de onderscheiden onderwijssectoren in verband met een verbod op gelaatsbedekkende kleding in het onderwijs (zaak W05.09.0501/I).

⁶ De door de regering getrokken analogie met het verbod op naaktlopen (Memorie van toelichting, paragraaf 1) is naar het oordeel van de Afdeling niet adequaat.

⁷ Overwegingen bij een boerkaverbod/Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding, 3 november 2006, Bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 29 754, nr. 91, blz. 60. Alsmede het advies van de Franse Raad van State bij de invoering van het boerkaverbod in Frankrijk, 'Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral' van 25 maart 2010, inzake het Franse boerkaverbod, Loi 2010-1192, van 11 oktober 2010, JO 1192 van 12 oktober 2010: 'Quant au principe d'égalité entre les femmes et les hommes, en dépit là encore d'une forte consécration, il serait difficile d'en faire application en l'espèce. Opposable à autrui, il n'a pas, en revanche, vocation à être opposé à la personne elle-même, c'est-à-dire à l'exercice de sa liberté personnelle, laquelle peut la conduire à adopter volontairement un comportement contraire à ce principe.'

⁸ A. Moors, Gezichtssluiers/Draagsters en Debatten, Amsterdam: UvA, 31 januari 2009, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 2009D52810, komt tot de conclusie dat het grootste deel van de door haar geïnterviewde boerka- en niqabdraagsters in Nederland zijn geboren, een Nederlandse achtergrond hebben en naderhand zijn bekeerd tot de Islam.

⁹ Overwegingen bij een boerkaverbod/Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding, 3 november 2006, Bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 29 754, nr. 91.

¹⁰ Advies van de Raad van 6 mei 2008, zaak W03.08.0028/II.

navolgende toetst de Afdeling aan artikel 9 van het EVRM, welke bepaling in een geval als de onderhavige ook de maatstaven van artikel 6 van de Grondwet en artikel 18 van het IVBPR omvat.

Bij het beperken van de vrijheid van godsdienst is de staat gehouden aan de grenzen die artikel 9, tweede lid, van het EVRM stelt. Op grond daarvan kan een beperking slechts worden gesteld indien deze is vastgelegd in een toegankelijke en voorzienbare regel, een legitiem doel dient als genoemd in het tweede lid, en met het oog daarop noodzakelijk is in een democratische samenleving. Bij dat laatste vereiste (noodzakelijk in een democratische samenleving met het oog op een legitiem doel) gaat het er om of de beperking tegemoet komt aan een dringende maatschappelijke behoefte en in een redelijke verhouding staat tot het nagestreefde doel (proportionaliteitsvereiste).

In de toelichting wordt erop gewezen dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), bij de beantwoording van de vraag of een beperking van de vrijheid van godsdienst voldoet aan dit vereiste, aan de verdragsstaten een door het EHRM te respecteren beoordelingsmarge ('margin of appreciation') laat. Zoals de Raad in zijn advies inzake gelaatsbedekkende kleding in het onderwijs heeft aangegeven heeft deze beoordelingsmarge specifiek betrekking op de toetsing door de internationale rechter (het EHRM) van handelingen en maatregelen van de verdragsstaten.¹¹ Deze marge doet derhalve geen afbreuk aan de verplichting van de nationale wetgever om de dringende maatschappelijke behoefte van een dergelijke beperking aan de hand van de concrete situatie in de eigen staat en maatschappij aan te tonen en deugdelijk te motiveren.

Zoals de Afdeling in punt 1 al heeft opgemerkt, acht zij het, mede gezien in het licht van de ontoereikendheid van de argumenten die in de drie voorgaande wetsvoorstellen zijn aangevoerd, niet aannemelijk dat een algemeen wettelijk verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding noodzakelijk is. Argumenten als de gelijke behandeling en emancipatie van de boerka- en niqabdraagsters dienen niet tegen de eigen keuzes van de draagsters in stelling te worden gebracht. Subjectieve onveiligheidsgevoelens vormen geen zelfstandige, dragende motivering om een ingreep als de onderhavige te rechtvaardigen. Het met de maatschappelijke orde als principieel onverenigbaar aangemerkte karakter van gelaatsbedekkende kleding wordt niet nader gepreciseerd en gemotiveerd teneinde daarmee aan te tonen dat er een dringende maatschappelijke behoefte is aan een algemeen verbod. De regering toont ten slotte evenmin aan waarom thans niet meer kan worden volstaan met de bestaande regelingen en specifieke, eventueel aangescherpte bevoegdheden, ook van publieke en particuliere organisaties, om concrete problemen aan te pakken.

De Afdeling concludeert derhalve dat in toelichting bij dit wetsvoorstel niet is gemotiveerd waarom een algemeen strafrechtelijk verbod op gelaatsbedekkende kleding voorziet in een klemmende maatschappelijke noodzaak. Evenmin is beargumenteerd waarom niet zou kunnen worden volstaan met toepassing – en zo nodig een aanvulling – van de op de huidige regelingen gebaseerde specifieke verboden en bevoegdheden. Het voorgestelde algemene verbod op gelaatsbedekkende kleding is derhalve niet met artikel 9 van het EVRM verenigbaar.

¹¹ Advies van de Raad van 2 december 2009 inzake het voorstel van wet tot wijziging van onder meer de wetten voor de onderscheiden onderwijssectoren in verband met een verbod op gelaatsbedekkende kleding in het onderwijs (zaak W05.09.0501/1).

Ook uit dat oogpunt adviseert de Afdeling het voorgestelde algemene verbod op het dragen van gelaatbedekkende kleding te heroverwegen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft bezwaar tegen de inhoud van het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De vice-president van de Raad van State,