



## Hansko Broeksteeg

Mr. J.L.W. Broeksteeg is universitair hoofddocent staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.



# Over hallucinerende thee en de vrijheid van godsdienst

In mei 2014 deed het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) uitspraak in een opmerkelijke Nederlandse zaak.<sup>1</sup> Deze betrof de Santo Daimekerk<sup>2</sup>, waarvan de leden in de eredienst een hallucinerende thee gebruiken. Een bestanddeel daarvan is ayahwasca, ook bekend als DTM, een verdovend middel dat is opgenomen in lijst I bij de Opiumwet. Stel: u bent strafrechter en u behandelt een zaak waarin de verdachte, lid van de Santo Daimekerk, dit verdovende middel in bezit heeft. Hoe zou u oordelen over de volgende vragen? Zou, volgens u, het gebruik van ayahwasca onder de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst vallen? En zo ja, prevaleert deze godsdienstvrijheid (art. 6 Gw, art. 9 EVRM) dan boven het verbod deze 'drugs' te bezitten? Met andere woorden: hoe kunt u als rechter bepalen of het gebruik van verdovende middelen tot de godsdienstuitoefening behoort en kunt u dan, omdat het de religievrijheid betreft, 'zomaar' de Opiumwet passeren? Dat deze vragen niet eenvoudig te beantwoorden zijn, wordt bevestigd door de jurisprudentie. Daar waar de ene rechter het gebruik van dit verdovende middel tijdens erediensten in de Santo Daimokerk toestaat, verbiedt de andere rechter dit.

1. EHRM 6 mei 2014, no. 28167/07 (Fränklin-Been-tjes en Ceflu-Luz da Floresta t. Nederland).

2. De officiële naam is Ceflu-Luz da Floresta, maar omdat het kerkgenootschap beter bekend staat als Santo Daime, gebruik ik die benaming. Santo Daime is overigens de naam van het hallucinerende brouwsel in kwestie.

3. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 432-433.

4. A-G Franx in zijn conclusie bij het Zusters van Sint Walburga-arrest: HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173, m.nt. Van Veen.

5. Uitgebreid over deze interpretatie: B.P. Vermeulen, B. Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', in: A.J. Nieuwenhuis, C.M. Zoethout (red.), *Rechtsstaat en religie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 66-72; S. Philipsen, B.P. Vermeulen, 'De spanning tussen subjectieve interpretatie en objectieve rechtsorde bij de uitleg van de vrijheid van godsdienst in artikel 9 EVRM', in: H. Post, G. van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 27-32.

6. Zie noot 4 en over hetzelfde 'kerkgenootschap' ook: HR 22 maart 1989, BNB 1990, 161.

7. Rb. Almelo 9 september 2004, ECLI:NL:RBALM:2004:AO7379.

8. De Nederlandse rechter heeft zich over de rokerskerk nog niet uitgesproken, de Belgische wel. Zie Corr. Gent 30 oktober 2012, onuitgegeven. Hierover: J. Vriellink, 'Gentse rechtbank gelooft niet in rokerskerk', *De Juristenkrant* 21 november 2012, p. 1-2.

9. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 434.

10. Uitgebreid hierover: Vermeulen en Aarrass 2009, p. 62-65; J.A. Peters, G. Boogaard, 'De rechter en religieuze vragen', in: Nieuwenhuis en Zoethout 2009, p. 93-102; S. Philipsen, B.P. Vermeulen, 'De spanning tussen subjectieve interpretatie en objectieve rechtsorde bij de uitleg van de vrijheid van godsdienst in artikel 9 EVRM', in: H. Post, G. van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 32-41.

11. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 434-435.

12. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 436. Vgl. HR 15 april 1960, NJ 1960, 436, m.nt. Röling (AOW-gewetenbezwaren).

## Valt het gebruik van ayahwasca onder de godsdienstvrijheid?

De reikwijdte van de godsdienstvrijheid is niet eenvoudig te bepalen: wat verstaan we onder een godsdienst of onder een levensovertuiging? De rechter zal die vraag niet graag willen beantwoorden. Hij is immers geen theoloog en hij zal dus meestal terughoudend zijn. Maar hoe terughoudend ook, hij ontkomt soms niet aan een oordeel over wat een uiting van een godsdienstige overtuiging is.<sup>3</sup> Duidelijk is "dat niet alles wat zich 'godsdienst' noemt, 'godsdienst' in de zin van art. 6 Grondwet is".<sup>4</sup> Daarom zal de rechter vaak op grond van een restrictief-objectieve interpretatie toetsen of een gedraging naar objectieve maatstaven uitdrukking geeft aan een godsdienst of levensovertuiging.<sup>5</sup> Het meest bekende voorbeeld is het arrest van de Zusters van Sint Walburga: een seksclub wil ontkomen aan regelmatige politiecontroles en stelt onderdeel te zijn van de kerk van Satan. De Hoge Raad oordeelt echter dat de activiteiten van deze 'kloosterorde' zich niet onderscheiden van een gewone seksclub en dat noch bij de betalende bezoekers, noch bij de 'zusters' enige religieuze ervaring was waar te nemen.<sup>6</sup> Een andere bekende zaak is die van de hennepkwekerij op zolder, die verdachte als onderdeel van zijn religie beschouwt. De rechtbank stelt vast dat "het lage zoldertje van verdachte, door hem ter zitting aangeduid als een plaats waar hij zijn geloofsovertuiging in het bijzonder beleeft, zich, afgezien van de beeltenis van de godheid Shiva aan de wand, bar weinig onderscheidt van de andere door de politie ontmantelde hennepplantages (...)"<sup>7</sup>. Een laatste voorbeeld is de rokerskerk: een café-eigenaar die het rookverbod wil ontduiken, bestempelt zijn café als een tempel. Van deze 'religie' zouden rook, vuur en as de belangrijkste elementen zijn. Het zal voor de rechter niet moeilijk zijn om vast te stellen dat hier, naar objectieve maatstaven, sprake is van een gewoon café.<sup>8</sup> Het nadeel van deze restrictief-objectieve interpretatie is dat zij uitgaat van herkenbare gedragspatronen van bekende religies, met andere woorden: van een vrij traditioneel concept van religie.<sup>9</sup> Ook in het geval van de Santo Daimekerk is deze interpretatie moeilijk toepasbaar: het is niet meteen duidelijk dat het drinken van de hallucinerende thee uitdrukking geeft aan de godsdienst in kwestie. Onaannemelijk is het echter ook niet.

De rechter kan dan uitgaan van een subjectieve interpretatie van godsdienst. Dat wil zeggen dat de rechter hetgeen het individu bestempelt als zijn godsdienst, ook als zodanig aanvaardt.<sup>10</sup> De rechter zal bijvoorbeeld de moslima die stelt dat het dragen van een hoofddoek voortvloeit uit haar religie, daarin volgen. De rechter zal bij toepassing van deze interpretatiemethode op zoek gaan naar een samenstel van principes, regels en tradities, met andere woorden: naar herkenbare gedragspatronen.<sup>11</sup> Op deze manier kan ook Scientology Church als een kerk worden gekwalificeerd. Hij zal deze subjectieve interpretatie echter voorzichtig toepassen: met een beroep op zijn godsdienstvrijheid zou men zich al te gemakkelijk aan wettelijke voorschriften kunnen onttrekken.<sup>12</sup> Een al te ruimhartige toepassing van

de subjectieve interpretatie zou immers betekenen dat de rokerskerk wel als een kerkgenootschap moet worden aangewezen.<sup>13</sup>

Terug naar de Santo Daimekerk. De rechter past in casu de subjectieve interpretatiemethode toe en merkt het drinken van de hallucinerende thee tijdens de eredienst aan als een godsdienstige uiting. Dat geldt (in verschillende zaken, in chronologische volgorde) voor zowel de Rechtbank Amsterdam<sup>14</sup>, de Hoge Raad<sup>15</sup>, de Rechtbank Haarlem<sup>16</sup> als het Hof Amsterdam.<sup>17</sup> Het EHRM lijkt, in de uitspraak genoemd in de inleiding, deze subjectieve interpretatie eveneens toe te passen: in par. 36 overweegt het Hof dat het is "prepared to accept" dat het ontzeggen van het bezit van ayahuasca in verband met het rituele gebruik daarvan een beperking vormt van de godsdienstvrijheid. Met andere woorden: het Hof is bereid te aanvaarden dat het rituele gebruik van ayahuasca onder de godsdienstvrijheid valt.

**"Ook in het geval van de Santo Daimekerk is deze interpretatie moeilijk toepasbaar: het is niet meteen duidelijk dat het drinken van de hallucinerende thee uitdrukking geeft aan de godsdienst in kwestie."**

### **Voorrang voor de godsdienstvrijheid of het verbod op ayahuasca?**

In de vorige paragraaf zagen wij dat de rechters die zich over de diverse ayahuasca-zaken bogen, eensgezind concludeerden dat het gebruik van dit verdovende middel in casu tot de godsdienstuitoefening behoort. Wij komen dan toe aan de vervolgvraag: prevaleert dan de godsdienstvrijheid of de Opiumwet op grond waarvan het bezit en gebruik van ayahuasca verboden is? Dan lopen de rechterlijke opvattingen uiteen.

De Rechtbank Amsterdam, de Rechtbank Haarlem en het Hof Amsterdam toetsen in concreto of in casu de bescherming van de gezondheid – het motief van de Opiumwet – de beperking van het grondrecht rechtvaardigt. De Rechtbank Amsterdam overweegt in eerdergenoemde zaak uit 2001 onder meer dat de religieuze context meebrengt dat het produceren en gebruik van ayahuasca tijdens de religieuze bijeenkomsten strikt is gereguleerd, dat het is gekoppeld aan rituelen en dat het brouwsel altijd in aanwezigheid van anderen wordt gebruikt. De gezondheidsrisico's zijn volgens de Amsterdamse rechtbank niet noemenswaardig, en zeker in het rituele gebruik schuilt geen gevaar voor de volksgezondheid. Deze rechtbank concludeert dat het verbod van ayahuasca een zodanige inbreuk vormt op de vrijheid van godsdienst, dat deze inbreuk niet beschouwd kan worden als noodzakelijk in een democratische samenleving. De rechtbank weegt vervolgens de godsdienstvrijheid zoals vervat in het EVRM af tegen het verbod zoals neergelegd in het Verdrag inzake Psychotrope Stoffen en kent aan de godsdienstvrijheid het grootste gewicht toe, wat ertoe leidt dat art. 2 Opiumwet in dit concrete geval buiten toepassing moet blijven. De Rechtbank Haarlem past in 2009 exact dezelfde redenering toe; het Hof Amsterdam gebruikt in 2012 andere bewoordingen, maar komt tot dezelfde conclusie.

Daar staat het arrest van de Hoge Raad uit 2007 tegenover. De Hoge Raad overweegt dat het concrete (rituele) gebruik binnen de eredienst er niet toe leidt dat art. 2 Opiumwet buiten toepassing gelaten moet worden. Het geringe gevaar voor de volksgezondheid vindt hij, zo volgt uit het arrest, niet relevant. Daarbij overweegt de Hoge Raad – en ook dat is een verschil met de eerdergenoemde zaken – dat het kerklid heeft verklaard dat het gebruik van ayahuasca niet noodzakelijk is voor het belijden van haar godsdienst. Het arrest is kritisch ontvangen. De Hoge Raad zou in de eerste plaats te veel waarde toekennen aan de enkele uitspraak van klagster dat

13. Heel soms trapt de rechter in de val van de subjectieve interpretatie. De rites van de Church of the New Song schrijven voor dat de leden van deze kerk (gedetineerden) om vijf uur 's middags sherry en een steak geserveerd krijgen. Een Amerikaanse rechter oordeelde dat sprake is van een religie. Zie B.P. Vermeulen, B. Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', in: A.J. Nieuwenhuis, C.M. Zoethout (red.), *Rechtsstaat en religie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 69.

14. Rechtbank Amsterdam 21 mei 2001, ECLI:ML:RBAMS:2001:AB1739, AB 2001, 342, m.nt. Vermeulen.

15. Hoge Raad 9 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2497, AB 2007, 181, m.nt. Groen en Vermeulen.

16. Rechtbank Haarlem 26 maart 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9844.

17. Hof Amsterdam 24 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888.

18. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 174.

zij ook zonder gebruik van ayahuasca haar godsdienst kan belijden. In de tweede plaats en veel principiëler is het verwijt dat de Hoge Raad hier in abstracto toetst, terwijl art. 94 Gw ("deze toepassing") concrete toetsing voorschrijft.<sup>18</sup> Met andere woorden: de Hoge Raad had niet in algemene termen de Opiumwet aan art. 9 EVRM moeten toetsen, maar het concrete gebruik aan het gevaar voor de volksgezondheid (het doel van de Opiumwet en een doelcriterium in art. 9 lid 2 EVRM). Dan had hij, net zoals de hiervoor genoemde rechtbanken, kunnen vaststellen dat van een werkelijk gevaar voor de volksgezondheid geen sprake is en dat de beperking van de Opiumwet in casu disproportioneel is.

## "Met andere woorden: het Hof is bereid te aanvaarden dat het rituele gebruik van ayahuasca onder de godsdienstvrijheid valt."

Bijzonder is dat de latere uitspraken van de Rechtbank Haarlem en het Hof Amsterdam deze kritiek op de Hoge Raad ook bevatten. De lagere rechter durft hier degelijk stelling te nemen tegen de Hoge Raad. De Rechtbank Haarlem overweegt dat de casus van de Hoge Raad anders is dan de casus die haar is voorgelegd, vanwege de uitlatingen van klagster, en: "Bovendien is een toetsing in concreto achterwege gebleven". De Haarlemse rechter concludeert dan ook dat de Opiumwet op grond van art. 94 Gw in dit concrete geval buiten toepassing moet blijven. Het Hof Amsterdam overweegt iets soortgelijks: "Het hof ziet, met de rechtbank, in genoemd arrest van de Hoge Raad dan ook geen beletsel voor een toetsing in concreto", en neemt aan dat ook uit de rechtspraak van het EHRM "volgt dat een beoordeling van de noodzaak van de inbreuk in concreto niet achterwege kan blijven".

Helaas, dat is wel het geval: die concrete beoordeling blijft afwezig in de recente uitspraak van het Hof. Het stelt vast dat de beperking als doel heeft de bescherming van de openbare orde en de gezondheid en het overweegt dat beperkingen op grond van de bescherming van de gezondheid gerechtvaardigd zijn. Het Hof oordeelt vervolgens dat de Nederlandse autoriteiten konden overwegen dat een verbod op het bezit van ayahuasca noodzakelijk is in een democratische samenleving voor de bescherming van de gezondheid, gezien de gezondheidseffecten die ayahuasca mogelijk kan hebben.

### Tot slot

In zekere zin hadden de klagers bij het Hof 'pech'. Zij stelden beroep in bij het Hof naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad. Het Straatsburgse Hof noemt de 'margin of appreciation' niet met name, maar die beoordelingsruimte voor de nationale autoriteiten – dus ook voor de Hoge Raad – heeft, gezien de formuleringen die het Hof gebruikt ("de Nederlandse autoriteiten konden overwegen"), wel een rol gespeeld. Het EHRM heeft bovendien geen rekening te houden met art. 94 Gw. Een andere uitkomst was wellicht denkbaar geweest als niet de (te bekritisieren) redeneerwijze van de Hoge Raad, maar de redeneerwijze van de genoemde rechtbanken en gerechtshof voor het Hof centraal hadden gestaan. Toch blijft de vraag staan waarom het EHRM hier voor een algemene toetsing kiest en niet voor een concrete. Zo'n toetsing zou, zoals gezegd, vermoedelijk een andere uitkomst tot gevolg hebben gehad en was vanuit een oogpunt van grondrechtenbescherming te prefereren.

Voor het kerkgenootschap is deze EHRM-uitspraak op het eerste gezicht wellicht teleurstellend. De uitspraak laat echter, door 's Hofs algemene toetsing, voor de nationale rechters nog steeds ruimte voor een concrete toetsing die art. 94 Gw voorschrijft. De rechter kan mijns inziens nog steeds, zonder het arrest van de Hoge Raad en de uitspraak van het EHRM geweld aan te doen, het gebruik van ayahuasca in het concrete geval van ritueel gebruik in de eredienst toestaan door de Opiumwet buiten toepassing te laten. ●

"Met andere woorden: de Hoge Raad had niet in algemene termen de Opiumwet aan art. 9 EVRM moeten toetsen, maar het concrete gebruik aan het gevaar voor de volksgezondheid (het doel van de Opiumwet en een doelcriterium in art. 9 lid 2 EVRM)."