

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is an author's version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/101027>

Please be advised that this information was generated on 2019-05-21 and may be subject to change.

Vindplaats: ‘Religieuze jongensbesnijdenis als mishandeling. De benadering van de Hoge Raad versus het oordeel van het Keulse *Landgericht*’, *Strafblad. Tijdschrift voor wetenschap en praktijk*, jaargang 10 (2012), nummer 6, p. 474-483.

Religieuze jongensbesnijdenis als mishandeling

De benadering van de Hoge Raad versus het oordeel van het Keulse Landgericht

Mikhel Timmerman¹

1. Inleiding

In Nederland is de vraag naar de strafrechtelijke toelaatbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis sinds enkele maanden weer uitdrukkelijk voorwerp van debat.² Directe aanleiding daarvoor is een in mei 2012 gewezen vonnis van het Keulse *Landgericht*, waarin werd geoordeeld dat een medisch niet-noodzakelijke besnijdenis van een vierjarig jongentje strafbare mishandeling oplevert, zelfs wanneer die vakkundig door een arts wordt uitgevoerd.³ Dat oordeel heeft veel stof doen opwaaien omdat de van groot belang geachte religieuze praktijk van jongensbesnijdenis daardoor praktisch leek te zijn verboden.⁴

Gezien de ophef over het Duitse vonnis is het opvallend dat een tien maanden vóór het Keulse vonnis door de Hoge Raad gewezen arrest over de vraag of een vakkundig uitgevoerde besnijdenis van een minderjarig⁵ jongentje mishandeling oplevert nauwelijks tot discussie heeft geleid. In dat arrest kwam de Hoge Raad duidelijk tot een ander eindoordeel dan de Duitse rechter.⁶ In tegenstelling tot het

¹ De auteur dankt Richard van Elst, Toni van Gennip, Piet Hein van Kempen, Dave van Toor en Jean-Pierre Wils voor hun bijdragen aan de totstandkoming van dit artikel.

² De in 2010 gepubliceerde notitie van artsenvereniging KNMG inzake religieuze jongensbesnijdenis gaf al eerder aanleiding tot debat, zie Notitie KNMG, 27 mei 2010, ‘Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens’ (te raadplegen via www.knmg.nl/jongensbesnijdenis). Zie voor een kleine greep uit het recenter gevoerde debat: B. Bouter, ‘Strafbaar stellen besnijdenis ontoelaatbare beperking godsdienstvrijheid’, *Reformatorisch Dagblad* 28 juni 2012, Y. Stein, ‘Wie blind is voor de voordelen van religie kan alleen maar boos worden over zoveel achterlijkheid’, *Volkskrant* 4 juli 2012, F. Furedi, ‘Het cultureel correcte paternalisme van de antibesnijdenislobby’, *NRC Handelsblad* 21 juli 2012, T. von der Dunk, ‘Jongensbesnijdenis en Shariaraad zijn zielsverwant’, *Volkskrant* 29 juli 2012, R. van der Wieken, ‘Hetze tegen besnijdenis toont botheid tijdgeest’, *Trouw* 20 augustus 2012.

³ Urteil Landgericht Köln 07.05.2012, Az. 151 Ns 169/11, overwegingen 7 en 14. Het vonnis is (deels) opgenomen in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2012, heft 8, p. 449 e.v. en *Neue Juristische Wochenschrift*, 29/2012, p. 2128 e.v.

⁴ Ter illustratie een greep uit het debat zoals dat in Duitsland is gevoerd: C. Türcke, ‘Einschneidende Gotteserfahrung’, *Süddeutsche Zeitung* 27 juni 2012, R. Spaemann, ‘Der Traum von der Schicksallosigkeit’, *Die Zeit*, nr. 28, 5 juli 2012, A. Zielcke, ‘Ich tu dir weh’, *Süddeutsche Zeitung* 6 juli 2012, H. Broder, ‘Wieviele Zivilcourage passt auf eine Vorhaut?’, *Die Welt* 7 juli 2012, en A. Cooper & I. Adlerstein, ‘Wir werden Widerstand leisten’, *Die Zeit*, nr. 34, 16 augustus 2012, H. Prantl, ‘Beschneidung soll straffrei bleiben’, *Süddeutsche Zeitung* 25 september 2012. Naar aanleiding van dit debat is in Duitsland inmiddels een wetsontwerp ingediend dat de voorwaarden regelt waaronder jongensbesnijdenis straffeloos kan zijn, zie ‘Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes’, BT Drs. 597/12.

⁵ Met name besnijdenis van minderjarige jongens onder de twaalf levensjaren leidt tot controverse en derhalve tot jurisprudentie, omdat de minderjarige zeker dan nog niet in staat wordt geacht zijn zelfbeschikkingsrecht te effectueren, zie artikel 7:447 lid 1 jo. 7:450 lid 2 BW. Zie nader H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, vijfde druk, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 170.

⁶ Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466.

Landgericht lijkt de Hoge Raad in genoemd arrest namelijk ruimte te laten voor een straffeloze besnijdenis van een minderjarige jongen, ook als daartoe enkel op religieuze gronden is overgegaan en de ingreep derhalve medisch niet noodzakelijk was. Dat het arrest weinig aandacht heeft gekregen is des te opvallender nu het debat van de afgelopen maanden blijk gaf van bij een groot aantal mensen bestaande negatieve opvattingen over religieuze jongensbesnijdenis.

Zowel het vonnis van het Keulse *Landgericht* als het daarna gevoerde debat over de toelaatbaarheid van die religieuze praktijk, vormen dan ook een goede aanleiding om de door de Hoge Raad gekozen benadering nader te bekijken. Aangezien het vonnis van het *Landgericht* de aanleiding voor deze bijdrage vormt zal dat oordeel allereerst kort worden besproken (paragraaf 2). Daarna komt het arrest van de Hoge Raad nader aan bod, waarbij ook het verschil in benadering van beide rechterlijke colleges aan de orde komt (paragraaf 3). Vervolgens zal worden getracht de benadering van de Hoge Raad in een breder perspectief te plaatsen door in te gaan op andere Nederlandse jurisprudentie waarin de toelaatbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis speelde (paragraaf 4). In paragraaf 5 zal dan worden gesteld dat de benadering in de Nederlandse jurisprudentie een gevolg is van de algemene acceptatie van religieuze jongensbesnijdenis door de Nederlandse overheid. In paragraaf 6 zal aan het feit dat de overheidsacceptatie van de praktijk van jongensbesnijdenis nog steeds op voldoende maatschappelijke steun lijkt te kunnen rekenen, de conclusie worden verbonden dat de juridische benadering van de Hoge Raad om die reden te prefereren is boven het vonnis van het Keulse *Landgericht*. Daarbij beoog ik inzichtelijk te maken dat de van de rechter verlangde terughoudendheid bij rechterlijke rechtsvorming in belangrijke mate bijdraagt aan de conclusie dat de benadering van de Hoge Raad de voorkeur verdient. Daarna zal worden betoogd dat ook belangrijke strafrechtelijke uitgangspunten, zoals het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel en de idee van strafrecht als *ultimum remedium*, die conclusie ondersteunen (paragraaf 7). Ter afsluiting stel ik dat de rechtsvorming op het gebied van strafbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis derhalve (vooralsnog) aan de wetgever moet worden overgelaten (paragraaf 8).

2. Het vonnis van het Keulse *Landgericht*

Het vonnis van het Keulse *Landgericht* is tot stand gekomen nadat het Duitse Openbaar Ministerie in hoger beroep was gegaan tegen het vonnis dat het Keulse *Amtsgericht* in eerste aanleg in de zaak had gewezen. In dat vonnis oordeelde het *Amtsgericht* dat de deskundig uitgevoerde besnijdenis van het minderjarige jongentje geen strafbare mishandeling was, omdat de uitdrukkelijke toestemming van beide ouders de ingreep rechtvaardigde.⁷ Het *Amtsgericht* kwam tot zijn oordeel nadat het nadrukkelijk in overweging had genomen dat de besnijdenis van jongetjes bij moslims een traditionele handeling is die het bewijs vormt van het lidmaatschap van de culturele en religieuze gemeenschap. Daardoor wordt de besnijdenis geacht eraan bij te dragen dat stigmatisering en buitensluiting van het

⁷ Urteil Amtsgericht Köln 21.09.2011, Az. 528 Ds 30/11, overweging 5.

jongentje (op latere leeftijd) wordt voorkomen.⁸ Hoewel de pijn en letsel veroorzakende ingreep medisch niet noodzakelijk was, wordt de ingreep op basis daarvan toch geacht het welzijn van het kind te bevorderen. Omdat de besnijdenis in de ogen van het *Amtsgericht* het welzijn van het kind bevordert, is een medische indicatie voor het uitvoeren van de ingreep niet vereist. Zodoende levert de toestemming van de ouders voldoende rechtvaardiging voor het uitvoeren van de besnijdenis op en is van strafbare kindermishandeling geen sprake.⁹

Als aangegeven heeft het Keulse *Landgericht* in mei 2012 over de strafbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis aanzienlijk anders geoordeeld. In tegenstelling tot het *Amstgericht* hecht het *Landgericht* minder waarde aan de toestemming die beide ouders voor de besnijdenis hebben gegeven en stelt het dat de strafbaarheid van de arts die de besnijdenis uitvoert daardoor in beginsel niet wordt opgeheven. Volgens de Duitse appelrechter is de gegeven toestemming – op basis van de uitdrukkelijke wens hun kind op godsdienstige gronden te laten besnijden – geen rechtvaardiging voor de ingreep, omdat het *Landgericht* het welzijn van het kind door die ingreep wel uitdrukkelijk benadeeld acht.¹⁰ Dat is het geval omdat de ingreep wordt gekwalificeerd als een significante inbreuk op de lichamelijke integriteit van het kind en zijn recht op zelfbeschikking.¹¹ De inbreuk op beide fundamentele rechten van het kind wordt zodanig ernstig geacht, dat aan het voorkomen daarvan voorrang moet worden gegeven ten opzichte van de in het geding zijnde fundamentele rechten van de ouders. Noch de godsdienstvrijheid van de ouders, noch hun opvoedingsrecht, zou volgens het *Landgericht* te verregaand worden beperkt wanneer besnijdenis strafbaar wordt geoordeeld, omdat de ouders daardoor enkel gehouden zijn met het volledig uitoefenen van hun rechten in dezen te wachten tot het kind zelf met de besnijdenis kan instemmen.¹² Omdat de rechten van het kind – en de benadeling van zijn welzijn – in hoger beroep van groter belang worden geacht dan de rechten van de ouders, is de louter vanuit religieuze motieven gemotiveerde besnijdenis bij een minderjarig jongentje gekwalificeerd als mishandeling indien die besnijdenis enkel met de toestemming van de ouders is verricht (en het jongentje daarmee dus niet heeft kunnen instemmen).

3. De benadering van de strafkamer van de Hoge Raad

Bijna een jaar vóór het vonnis van het Keulse *Landgericht* heeft de strafkamer van de Hoge Raad zijn arrest gewezen in de zaak waarin de vraag naar de strafbaarheid van jongensbesnijdenis wegens mishandeling een belangrijke rol speelde.¹³ In tegenstelling tot de Keulse zaak, was er in de zaak die

⁸ Zie over dat argument ook Notitie KNMG, 27 mei 2010, ‘Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens’, p. 13.

⁹ Urteil Amtsgericht Köln 21.09.2011, Az. 528 Ds 30/11, overwegingen 6, 7 en 9.

¹⁰ Urteil Landgericht Köln 07.05.2012, Az. 151 Ns 169/11, overweging 14.

¹¹ Urteil Landgericht Köln 07.05.2012, Az. 151 Ns 169/11, overweging 11.

¹² Urteil Landgericht Köln 07.05.2012, Az. 151 Ns 169/11, overweging 14. Zie voor een gelijksoortige redenering W.M. Limborgh, *Culturele vrijheid en het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 177.

¹³ Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466. Hoewel de feitelijke omstandigheden van de zaak die de aanleiding vormde voor het arrest van de Hoge Raad duidelijk verschilden van die van de Keulse zaak zijn er voldoende aanknopingspunten voor vergelijking van beide oordelen. Dit is het geval omdat in beide zaken de beoordeling van de mogelijke strafbaarheid van een medisch niet-noodzakelijke jongensbesnijdenis wegens mishandeling aan de orde is geweest.

de aanleiding vormde voor het arrest van de Hoge Raad echter geen sprake van een besnijdenis van een minderjarige jongen waarvoor beide ouders hun toestemming hadden gegeven. In de Nederlandse zaak staat namelijk vast dat de vader de besnijdenis op zijn twee minderjarige zoontjes had laten uitvoeren zonder de instemming van de moeder, terwijl juist zij uitsluitend met het ouderlijk gezag over de jongens was belast.¹⁴ Door zijn zoons op respectievelijk zes- en driejarige leeftijd te laten besnijden handelde de vader tegen de uitdrukkelijke wens van de moeder, aangezien hij met haar had afgesproken de jongens zelf over de ingreep te laten meebeslissen en ze daarom niet voor hun twaalfde levensjaar te laten besnijden.¹⁵ Na aangifte door de moeder, werd de vader voor zijn aandeel in het laten besnijden van zijn zoontjes (onder andere) vervolgd wegens (zware) mishandeling.¹⁶

De zaak kwam bij de Hoge Raad doordat het Openbaar Ministerie (hierna ook: OM) beroep in cassatie instelde tegen het arrest dat het Gerechtshof Amsterdam eerder in die zaak had gewezen. In het arrest van het gerechtshof werd de vader vrijgesproken van de ten laste gelegde (zware) mishandeling, omdat het hof van oordeel was dat een deskundig uitgevoerde besnijdenis niet valt aan te merken als (zware) mishandeling. Aan dat oordeel kon volgens het hof niet afdoen dat de besnijdenis had plaatsgevonden zonder toestemming van de moeder die over de zoontjes het (exclusief) gezag uitoefende.¹⁷ Daarmee lijkt het hof er impliciet¹⁸ van uit te gaan dat het vakkundig uitvoeren van jongensbesnijdenis geen gedrag is dat afkeuring verdient, waardoor het verrichten van die ingreep niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid zou kunnen leiden omdat de wederrechtelijkheid van dat handelen ontbreekt.¹⁹ De Hoge Raad lijkt dat uitgangspunt te delen,²⁰ maar acht het door het OM voorgestelde cassatiemiddel (desalniettemin) gegrond voor zover het opkomt tegen de overweging van het hof waarin is gesteld dat het uitblijven van de toestemming van de moeder niet ter zake doet. Omdat “[o]nder ‘mishandeling’ in de zin van de art. 300-301 Sr moet worden verstaan het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat, [...] heeft het hof door te overwegen dat niet ter zake doet dat de besnijdenis heeft plaatsgevonden zonder toestemming van de moeder die het ouderlijk gezag over de jongentjes

¹⁴ Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, r.o. 2.2.2.

¹⁵ Annotatie N. Keijzer bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 1.

¹⁶ Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, r.o. 2.2.1.

¹⁷ Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, r.o. 2.2.2.

¹⁸ Het hof heeft immers enkel geoordeeld over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de vader die zijn kind oordeelkundig heeft laten besnijden en niet over de arts die de besnijdenis heeft uitgevoerd, zie Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, r.o. 2.2.2.

¹⁹ Dat leest ook Keijzer in de overweging van het hof, zie annotatie van N. Keijzer bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 4. Zie over het belang van de wederrechtelijkheid bij de interpretatie van het begrip ‘mishandeling’ D. Schaffmeister en A. Heijder, ‘Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht’, in: *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 453 en W.M. Limborgh, *Culturele vrijheid en het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 205. Zie over de wederrechtelijkheid als kernvoorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid J. De Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 184 en 185.

²⁰ Zie verderop in deze paragraaf waar het belang van de rechtvaardigende werking van een door een deskundige op oordeelkundige wijze uitgevoerde medische ingreep wordt benadrukt.

uitoefende, een onjuiste betekenis toegekend aan de in de tenlastelegging voorkomende term ‘mishandeld’ [...]’.²¹

Uit de motivering van zijn beslissing blijkt dat de Hoge Raad de toestemming van met het ouderlijk gezag belaste personen van belang acht voor het antwoord op de vraag of er voor het toebrengen van lichamelijk letsel of pijn een rechtvaardigingsgrond bestaat. Als er voor het toebrengen van letsel of pijn een rechtvaardigingsgrond bestaat is van mishandeling in de zin van de artikelen 300 en 301 Sr geen sprake,²² maar wanneer die rechtvaardigingsgrond afwezig is valt het bewezenverklaarde in beginsel als mishandeling te kwalificeren.²³ Derhalve lijkt de Hoge Raad uitdrukkelijk de mogelijkheid open te laten dat een oordeelkundig uitgevoerde, maar medisch niet-noodzakelijke, besnijdenis van een minderjarige jongen mishandeling oplevert. Tegelijkertijd lijkt de Hoge Raad ervan uit te gaan dat het strafbare karakter aan die besnijdenis wordt ontnomen door de uitdrukkelijke toestemming van de met het ouderlijk gezag belaste personen. De vrijheid die de ouders bij de opvoeding van hun kinderen toekomt, lijkt dan de rechtvaardigingsgrond voor het toebrengen van de pijn (en het letsel) aan hun zoontje op te leveren.²⁴

De onverdeelde en onbeperkte toestemming van het ouderlijk gezag tot het uitvoeren van een medisch niet-noodzakelijke besnijdenis bij een minderjarige jongen, levert echter niet per definitie *voldoende* rechtvaardiging voor de ingreep op. Hoewel de toestemming tot het toebrengen van pijn en/of letsel in de doctrine sinds jaar en dag van belang wordt geacht bij de beoordeling van de strafbaarheid van de mishandeling in het algemeen,²⁵ is de rechtvaardigende werking van die toestemming niet grenzeloos.²⁶ De rechtvaardigende werking van de toestemming op basis van het

²¹ Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, r.o. 2.4.2.

²² Zie in gelijke zin J. De Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 347 en A.J. Machielse in aantekening 1 bij artikel 300 Sr, in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer (bijgewerkt tot 27-07-2011).

²³ Zie T. Loenen, *Geloof in het geding. Juridische grenzen van religieus pluralisme in het perspectief van de mensenrechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 47. Zie in gelijke zin onder 3 van de annotatie van N. Keijzer bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466.

²⁴ Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Silvis bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 27. Dit lijkt ook te volgen uit de eerste twee leden van artikel 7:450 BW waarin is bepaald dat voor handelingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst de toestemming van de patiënt, of indien de patiënt minderjarig is van de ouders die het gezag over hem uitoefenen, is vereist. Een door een arts uitgevoerde medisch niet-noodzakelijke besnijdenis lijkt immers op basis van artikel 7:446 lid 2 onder b jo. lid 1 te vallen onder een behandelingsovereenkomst in de zin van dat artikel. Zie tevens J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 360.

²⁵ Zie J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 354, J. De Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 345 en A.J. Machielse in aantekening 7 bij artikel 300 Sr, in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, Deventer: Kluwer (bijgewerkt tot 27-07-2011). Zie tevens J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus voor professioneel uitgevoerde handelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 43 e.v. en de conclusie van A-G Silvis bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 29.

²⁶ Het recht op zelfbeschikking (en beschikking over de onder het ouderlijk gezag vallende minderjarigen) wordt begrensd door het zogenaamde beschermingsbeginsel, zie H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, vijfde druk, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 40. Zie in gelijke zin P.H. Banda, ‘Het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam’, in: A.K. Koekoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 256 en J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 354-356.

belang van (individuele) zelfbeschikking wordt immers (onder andere) beperkt door de goede zeden.²⁷ Op basis daarvan is tevens vereist dat de besnijdenis door een deskundige op oordeelkundige wijze is uitgevoerd.²⁸ De (religieuze en/of culturele) vrijheid van de ouders lijkt dan ook niet te legitimeren tot huis-tuin-en-keukenbesnijdenissen.

In tegenstelling tot het hof acht de Hoge Raad de onverdeelde toestemming van de met het ouderlijk gezag belaste personen tot de medisch niet-noodzakelijke ingreep bij hun minderjarige zoontjes dus van belang voor de strafbaarheid van de religieuze besnijdenis. Mede gelet op het belang van de godsdienstvrijheid lijkt de gegeven toestemming echter voldoende rechtvaardiging op te leveren voor de medisch niet-noodzakelijke besnijdenis, mits de ingreep tevens oordeelkundig wordt uitgevoerd. Van strafbare mishandeling lijkt derhalve geen sprake te zijn indien beide ouders hebben ingestemd met een *lege artis*²⁹ verrichte besnijdenis van hun minderjarige zoontje. Door bij de rechtvaardiging van de medisch niet-noodzakelijke besnijdenis aanzienlijk belang te hechten aan de onbeperkte en onverdeelde toestemming van het ouderlijk gezag, komt de benadering van de Hoge Raad sterk overeen met die van het Keulse *Amtsgericht* en wijkt die uitdrukkelijk af van die van het *Landgericht*. Ondanks dat de Hoge Raad in tegenstelling tot het Keulse *Landgericht* geen uitdrukkelijke afweging tussen het concrete belang van de rechten van het kind en die van de ouders heeft gemaakt, lijkt zijn benadering wel een gevolg te zijn van de algemene overheidsacceptatie³⁰ van de religieuze praktijk van jongensbesnijdenis hier te lande. Uit de benadering van de Hoge Raad blijkt echter ook duidelijk dat de algemene overheidsacceptatie van religieuze jongensbesnijdenis niet betekent dat een dergelijke besnijdenis in alle concrete gevallen van overheidswege wordt toegestaan.³¹

4. Overige Nederlandse jurisprudentie

Hoewel de Hoge Raad in het hierboven besproken arrest voor het eerst over de toelaatbaarheid van besnijdenis heeft geoordeeld, komt zijn benadering niet uit de lucht vallen. Vóór dat arrest is de

²⁷ J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus voor professioneel uitgevoerde handelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 42 en 43 en J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 354 en 355. Als gevolg daarvan is onverdeelde en onbeperkte toestemming van ouderlijk gezag, noch van volwassene zelf, voldoende voor straffeloosheid bij meisjesbesnijdenis, zie J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 360 en de annotatie van N. Keijzer bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 3.

²⁸ Zie artikel 7:453 BW, zie nader H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, vijfde druk, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 186. Zie in gelijke zin J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus voor professioneel uitgevoerde handelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 46, J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, vijftiende druk, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 355, J. De Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 346 en de annotatie van N. Keijzer bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 3.

²⁹ J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus voor professioneel uitgevoerde handelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 3.

³⁰ W.J.M. Dekkers, C.B.M. Hoffer en J-P. Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme. Een empirische en normatief-ethische studie*, Budel: Damon 2006, p. 63. Zie nader paragraaf 5 van dit artikel.

³¹ Dat ligt voor de hand, aangezien de overheid toezicht houdt op de uitvoering van (religieuze) jongensbesnijdenissen en ten aanzien daarvan kwaliteitseisen stelt. Zie tevens H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, vijfde druk, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 186.

concrete toelaatbaarheid van besnijdenis van minderjarige jongens in civiel- en bestuursrechtelijke jurisprudentie namelijk al verschillende keren aan de orde geweest. De benadering van de strafkamer van de Hoge Raad komt zelfs sterk overeen met de benadering uit de civiel- en bestuursrechtelijke jurisprudentie en het is niet ondenkbaar dat de Hoge Raad daarbij aansluiting heeft gezocht. In eerdere zaken is door verschillende rechters namelijk reeds de nadruk gelegd op zowel de deugdelijkheid van de feitelijke besnijdenis,³² als het belang van onverdeelde en onbeperkte toestemming van het ouderlijk gezag.

Het belang van een *onverdeelde* toestemming van de ouders blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit een in 2002 gewezen arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch waarin het verzoek tot besnijdenis van een vijfjarige zoon wordt afgewezen als gevolg van een conflict tussen de gezamenlijk met het ouderlijk gezag belaste ex-echtgenoten over de wenselijkheid van die besnijdenis. Het hof overwoog daar dat hoewel besnijdenis van jongentjes van vijf jaar gebruikelijk is in de Islam, het moslimgeloof dat op die leeftijd niet gebiedt en derhalve gewacht kan worden tot een later moment zodat het kind in staat is daarover zelf te beslissen.³³ Omdat het gaat om een onherstelbare fysieke ingreep waarvoor geen medische noodzaak is, wordt het verzoek van de moeder om het kind te laten besnijden afgewezen.³⁴ Het ontbreken van de onverdeelde toestemming van het ouderlijk gezag stond derhalve aan het laten uitvoeren van de besnijdenis in de weg.

Naast het belang van de onverdeelde toestemming is ook het belang van de *onbeperkte* toestemming tot een medisch niet-noodzakelijke besnijdenis in een civiele procedure aan de orde geweest.³⁵ In een beschikking uit 2007 heeft de Rechtbank Zutphen namelijk de afwijzing van Bureau Jeugdzorg om uitvoering te geven aan het verzoek tot besnijdenis, afkomstig van de met het ouderlijk gezag belaste moeder, in stand gelaten. De moeder had medewerking van Jeugdzorg nodig, omdat ze in de uitoefening van haar gezag was beperkt door de ondertoezichtstelling van haar zoontje. In haar beschikking gaf de rechtbank aan dat zij de ingreep niet in het belang van de minderjarige achtte, omdat die medisch niet noodzakelijk is, onomkeerbaar en daartoe altijd nog door de minderjarige kan worden besloten wanneer hij zich daarover zelf een oordeel kan vormen. Afgewogen tegen het feit dat het verzoek van de met het ouderlijk gezag belaste moeder niet op religieuze motieven, maar enkel op culturele en hygiënische gronden berustte, terwijl het kind in een pleeggezin opgroeit waar culturele gronden geen aanleiding tot besnijdenis zijn, werd de door de moeder gewenste besnijdenis niet in het belang van het kind geacht.

³² Al in 2006 heeft het Gerechtshof Amsterdam een arrest gewezen waaruit volgt dat een ondeugdelijke besnijdenis die door een tot het uitvoeren van die ingreep onbevoegde arts is verricht niet alleen tuchtrechtelijke consequenties heeft, maar tevens als strafbare mishandeling kan worden gekwalificeerd (Gerechtshof Amsterdam 2 juni 2006, NJFS 2006, 266). Dat ligt ook voor de hand aangezien daardoor inbreuk wordt gemaakt op artikel 11 van de Grondwet, zie ook P.H. Banda, 'Het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam', in: A.K. Koekoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 255.

³³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 november 2002, LJN: AF2955, r.o. 4.4.

³⁴ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 november 2002, LJN: AF2955, r.o. 4.5. Zie tevens de conclusie van A-G Silvis bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 24.

³⁵ Rechtbank Zutphen 31 juli 2007, Prg. 2007, 146. Zie tevens de conclusie van A-G Silvis bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 25.

De benadering van de civiele rechter ten aanzien van de toelaatbaarheid van jongensbesnijdenis lijkt ook te zijn gevolgd door de hoogste bestuursrechter. In 2007 heeft de Raad van State voor de toelaatbaarheid van jongensbesnijdenis namelijk ook uitdrukkelijk belang gehecht aan de onverdeelde toestemming tot die ingreep door de ouders van een minderjarig jongentje. In hoger beroep tegen een uitspraak van de Rechtbank Den Haag oordeelde hij dat bij het ongegrond verklaren van het beroep tegen de afwijzing van een verblijfsvergunning van appellante, de rechtbank ten onrechte niet heeft gemotiveerd waarom een tegen de wil van de moeder verrichte besnijdenis van haar zoons niet kan worden gezien als een ernstige vorm van mishandeling.³⁶ De Raad van State lijkt daardoor voor mogelijk te houden dat een onvrijwillige besnijdenis van minderjarige jongens – waarvoor ook door de ouders geen toestemming is gegeven – een aantasting van de lichamelijke integriteit is die een ernstige vorm van mishandeling of aantasting van het menselijk lichaam oplevert.³⁷

5. Algemene overheidsacceptatie

Zowel uit het arrest van de Hoge Raad van 5 juli 2011, als uit de overige Nederlandse jurisprudentie, valt op te maken dat de medisch niet-noodzakelijke besnijdenis van een minderjarige jongen enkel *in concreto* toelaatbaar is indien de ingreep *lege artis* is uitgevoerd en met de onverdeelde en onbeperkte toestemming van het ouderlijk gezag is verricht. Dat een dergelijke besnijdenis onder die voorwaarden *in concreto* toelaatbaar wordt geacht kan worden toegeschreven aan de algemene overheidsacceptatie van religieuze jongensbesnijdenis en de benadering van de Nederlandse rechtspraak geeft daaraan uitdrukking. Als hierboven reeds kort aangestipt, is de religieuze praktijk van het besnijden van (jonge) jongens in Nederland namelijk algemeen geaccepteerd en dat heeft (mede) zijn grond in het “[..] respect voor de vrije keuze van godsdienst en de religieuze zingeving [..]”.³⁸ Op basis van de grondwettelijk gewaarborgde godsdienstvrijheid acht de overheid religieuze besnijdenissen in het algemeen voldoende gelegitimeerd en derhalve acht zij zich in beginsel enkel verantwoordelijk voor de regulering van, en controle op, de medische aspecten van die ingreep. De algemene acceptatie van deze praktijk leidde er eind vorige eeuw zelfs toe dat zorgverzekeraars religieuze besnijdenissen van jongens uit het pakket van de ziekenfondsverzekering vergoedden.³⁹

Hoewel in 2005 aan die standaardvergoeding uitdrukkelijk een einde is gemaakt,⁴⁰ lijkt de algemene overheidsacceptatie van religieuze jongensbesnijdenis daardoor echter niet gewijzigd. Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige tweede lid van artikel 247 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek stelde de minister van Justitie dat buiten twijfel. Hoewel de toevoeging van genoemd artikellid ertoe strekte een bijdrage te leveren aan het voorkomen van het gebruik van (lichamelijk)

³⁶ Raad van State 23 mei 2007, LJN: BA6061, r.o. 2.2.

³⁷ Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Silvis bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 11.

³⁸ W.J.M. Dekkers, C.B.M. Hoffer en J-P. Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme. Een empirische en normatief-ethische studie*, Budel: Damon 2006, p. 63.

³⁹ W.J.M. Dekkers, C.B.M. Hoffer en J-P. Wils, *Besnijdenis, lichamelijke integriteit en multiculturalisme. Een empirische en normatief-ethische studie*, Budel: Damon 2006, p. 64 en 65.

⁴⁰ Zie *Kamerstukken II*, 2004/2005, 29 800, XVI, nr. 97, p. 1 en 2.

geweld tegen, of van enige andere vorm van vernederende behandeling van, kinderen in de opvoeding, was er volgens de minister van Justitie “[..] geen enkele goede reden of noodzaak [..]”⁴¹ om (jongens)besnijdenis in verband met dat artikellid te brengen: “Artikel 11 van de Grondwet geldt uiteraard ook voor kinderen en door kindermishandeling wordt de integriteit van het lichaam inderdaad geschonden. Het onderwerp van besnijdenis (en dan met name van jongens) is echter van geheel andere orde [..]”⁴².

Aangezien aan uitingen gedaan in het wetgevingsproces bijzonder gewicht kan worden toegekend indien deze door de deelnemers in dat proces zijn begrepen als een nadere toelichting op de bedoeling van de wet,⁴³ lijkt dit niet-betwiste antwoord van de minister, waarin verduidelijking van de wet ten opzichte van jongensbesnijdenis wordt gegeven, de conclusie te rechtvaardigen dat de overheidsacceptatie van religieuze jongensbesnijdenis vandaag de dag in Nederland in het algemeen voldoende aanwezig is.⁴⁴ Dit is met name het geval omdat het standpunt van de minister in 2005 geen krachtige politieke oppositie opgeroepen en ook op een later moment niet is gebleken dat de wetgever “[..] de kenbare bedoeling [heeft] gehad om een oordeelkundig uitgevoerde jongensbesnijdenis die met onverdeelde toestemming van ouderlijk gezag is verricht op te vatten als lichamelijk geweld of als vernederende behandeling in de verzorging en opvoeding”⁴⁵.

6. Rechtsvorming en rechterlijke terughoudendheid

Vanwege het feit dat de wetgever vandaag de dag nog steeds volledig lijkt te accepteren dat een religieuze jongensbesnijdenis in het algemeen toelaatbaar is, lijkt op de benadering in de Nederlandse jurisprudentie in het algemeen, en op die van de Hoge Raad in het bijzonder, juridisch weinig aan te merken. Dat is het geval omdat zijn staatsrechtelijke positie de rechter noopt tot terughoudendheid bij het bepalen dat gedrag dat (in ieder geval vóór het nieuwe rechterlijk oordeel) duidelijk niet onder een bepaalde strafbepaling te scharen viel, vanaf dat oordeel onder die strafbepaling strafbaar geacht wordt. Hoewel dergelijke rechtsvorming tot de taak van de Hoge Raad behoort en dus niet per definitie problematisch is, spelen de beperkingen die de positie van de rechter met zich meebrengt

⁴¹ *Kamerstukken II*, 2005/2006, 30 316, nr. 6, p. 9.

⁴² *Kamerstukken II*, 2005/2006, 30 316, nr. 6, p. 9.

⁴³ P.P. Rijkema, *Rechttersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 198.

⁴⁴ Overigens is opmerkelijk dat door de wetgever omtrent de toelaatbaarheid van meisjesbesnijdenis, ook (onder omstandigheden) in de niet mutilerende vorm van de ‘symbolische’ besnijdenis, uitdrukkelijk een ander standpunt is ingenomen door daarvoor strafrechtelijke extraterritoriale rechtsmacht te vestigen, zie *Kamerstukken II*, 2003/2004, 28 484, nr. 41, p. 2. Zie over de strafwaardigheid van ‘symbolische’ en andere vormen van besnijdenis bij meisjes, W. Limborgh, ‘Dient meisjesbesnijdenis op culturele gronden te worden getolereerd?’, *NJB* 2008, 1970, p. 2514 e.v. Zie voor de vergelijking tussen de minst ingrijpende vorm van meisjesbesnijdenis en jongensbesnijdenis tevens M. Siesling, *Multiculturaliteit en verdediging in strafzaken. Een onderzoek naar de manieren waarop in het Nederlandse strafrecht ruimte wordt gevonden voor het verwerken van de culturele achtergrond van de verdachte*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 37 en W. van der Burg, ‘Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat’, in: W. van der Burg, C.J.M. Schuyt en J.H. Nieuwenhuis, *Multiculturaliteit en recht (Preadviezen Nederlandse Juristenvereniging 2008)*, Kluwer: Deventer 2008, p. 50.

⁴⁵ Conclusie van A-G Silvis bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466, onder 13.

daarbij wel degelijk een rol.⁴⁶ Dat zijn staatsrechtelijke positie de rechter noopt tot terughoudendheid – en hem dus beperkt in zijn autonomie – is een consequentie van het feit dat de Nederlandse rechter zijn taak heeft te vervullen in een democratische rechtsstaat.

Naast rechtsstatelijke beginselen die de rechterlijke autonomie begrenzen (e.g. grondrechten moeten door de rechter worden gerespecteerd) spelen derhalve ook democratische beginselen een rol bij de beperking van de rechterlijke autonomie: de democratisch gelegitimeerde wetgever heeft dan ook in beginsel⁴⁷ het primaat bij het opstellen van de voornaamste regels.⁴⁸ Immers: “[i]n onze staatsinrichting stelt de wetgever de belangrijkste gedragsvoorschriften op, en niet het bestuur of de rechter”.⁴⁹ In verschillende arresten heeft de Hoge Raad zich uitdrukkelijk bewust getoond van de beperkingen die zijn positie met zich meebrengt en de bezwaren die zijn verbonden aan de al te actief rechtsvormende rechter.⁵⁰ Hij heeft dan ook regelmatig geoordeeld dat het nemen van een bepaalde beslissing zijn rechtsvormende taak te buiten zou gaan, zodat de rechtsvorming in die gevallen (vooralsnog) aan de wetgever diende te worden overgelaten.⁵¹

Het is dan ook in de eerste plaats het primaat van de wetgever bij rechtsvorming dat een argument oplevert om de benadering van de Hoge Raad juridisch sterk te achten. Had de Hoge Raad namelijk net als het Keulse *Landgericht* geoordeeld dat een met de toestemming van de ouders uitgevoerde, medisch niet-noodzakelijke, besnijdenis van een minderjarige jongen strafbaar is, dan zou hij met zijn interpretatie van de in de wet voorkomende term ‘mishandeling’ zijn afgeweken van hetgeen tot dan toe (door wetgever en literatuur) als geldend recht werd beschouwd. In dat geval lijkt sprake te zijn van rechterlijke rechtsvorming, omdat de rechterlijke beslissing in die situatie niet volledig bepaald lijkt te zijn door het geldende recht,⁵² althans (tenminste) niet door hetgeen algemeen en sinds geruime tijd, maar ook nog recent, als het geldende recht is beschouwd. Als aangegeven is dat niet per definitie problematisch, maar dat kan anders worden wanneer het bij het opstellen van gedragsvoorschriften

⁴⁶ Dat de rechter in het algemeen, en de Hoge Raad in het bijzonder, (ook) een rechtsvormende taak heeft wordt in ieder geval sinds 1984 algemeen erkend, zie S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *Nederlands Juristenblad* afl. 14, 2000, p. 748 en 749 en B.M.J. van Klink en E-J. Broers, ‘Ten geleide: rechtsvorming door de rechter’, in: B.M.J. van Klink en E-J. Broers, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 1 en 2.

⁴⁷ Het vormt volgens Rijkema geen algemeen beletsel voor rechterlijke rechtsvorming contra legem, zie P.P. Rijkema, *Rechtensrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 192.

⁴⁸ J.L.M. Gribnau, ‘De rechter tussen bevel en norm’, in: B.M.J. van Klink en E-J. Broers, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 125 en C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, tweede herziene druk, p. 43. Martens schrijft over ‘het primaat van de politiek’, zie S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *Nederlands Juristenblad* afl. 14, 2000, p. 751.

⁴⁹ C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, tweede herziene druk, p. 24.

⁵⁰ Zie over die bezwaren ook S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *Nederlands Juristenblad* afl. 14, 2000, p. 748. Kritisch over het feit dat de Hoge Raad zich überhaupt een rechtsvormende taak permitteert, om vervolgens (middels rechtsvorming) zelf de grenzen daarvan aan te geven C.A.J.M. Kortmann, ‘De rechtsvormende taak van de Hoge Raad’, in: W.M.T. Keukens en M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, met name p. 35 en 36.

⁵¹ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 12 oktober 1984, NJ 1985, 230, r.o. 5, Hoge Raad 23 september 1988, NJ 1989, 740, r.o. 3 en uitgebreid Hoge Raad 12 mei 1999, BNB 1999, 271, r.o. 3.14, 3.15 en 3.18. Specifiek voor het strafrecht van belang is HR 7 januari 1997, NJ 1997, 361, r.o. 4.3.2.

⁵² Dit is de definitie van rechtsvorming die Groenewegen hanteert, zie F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming. Een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 39 en 43.

gaat om kwesties waarover in de samenleving verdeeldheid bestaat, zodat publiek debat en politieke besluitvorming voor het bepalen van strafbaarheid van bepaald gedrag nodig zijn. In het publieke debat als onderdeel van (of voorafgaande aan) de politieke besluitvorming is in die gevallen duidelijk een normatieve stellingname ten opzichte van bepaald gedrag nodig (e.g. religieuze jongensbesnijdenis beneden een bepaalde leeftijd moet strafbaar zijn) en daartoe is de wetgever beter in staat dan de rechter.⁵³ Met Rijkema kan worden geconstateerd dat de wetgever door zijn democratische legitimatie en zijn politieke positie namelijk bij uitstek is “[...] toegerust om leiding te geven aan de ontwikkeling van maatschappelijke rechtsovertuigingen. Het wetgevingsproces biedt voldoende mogelijkheden om richting te geven aan het publieke debat en zo bij te dragen aan de ontwikkeling van een maatschappelijk draagvlak voor omstreden normatieve kwesties”⁵⁴.

Het primaat van het wetgevingsproces als middel voor de ontwikkeling van maatschappelijke rechtsovertuigingen op het gebied van omstreden normatieve kwesties wordt nog belangrijker indien de maatschappelijke verdeeldheid ten opzichte van de strafwaardigheid van die kwestie betrekkelijk recent is, zoals duidelijk het geval bij religieuze jongensbesnijdenis.⁵⁵ In dergelijke gevallen kan de rechterlijke terughoudendheid bij rechtsvorming namelijk bijdragen aan de kwaliteit van het te vormen recht. Door het oordeel over de vormen van voorheen breed geaccepteerd gedrag, ten aanzien waarvan desalniettemin in snel tempo een steeds luider wordende maatschappelijke roep om strafrechtelijke sanctivering plaatsvindt, zoveel mogelijk over te laten aan democratische beslissingsprocedures kan dat oordeel worden vertraagd. Die vertraging kan temperend werken waardoor de betrokken belangen op een hoger niveau van abstractie, uitgebreider en grondiger kunnen worden afgewogen dan in geval van een rechterlijk oordeel. Een rechterlijk oordeel komt doorgaans immers sneller tot stand dan wetgeving waardoor het wellicht de neiging heeft nauwer aan te sluiten bij de (misschien slechts tijdelijk) luider klinkende roep om strafrechtelijke sanctivering.⁵⁶

Indien de Hoge Raad bij deze stand van zaken de religieuze besnijdenis van minderjarige jongens wegens mishandeling strafbaar had geoordeeld, zou de Hoge Raad over die praktijk een nieuw normatief oordeel uitspreken (i.e. die religieuze praktijk is onwenselijk, ontoelaatbaar en dient derhalve strafbaar te zijn). Het rechterlijk oordeel zou dan problematisch kunnen worden geacht, omdat sprake zou zijn van een uitdrukkelijke normatieve stellingname, terwijl een dergelijke stellingname de rechter in dit soort gevallen in beginsel niet toekomt. Met Rijkema kan gesteld

⁵³ Zie tevens Hoge Raad 12 mei 1999, BNB 1999, 271, r.o. 3.15.

⁵⁴ P.P. Rijkema, *Rechttersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 50. In gelijke zin: N. Rozemond, ‘Strafrechtelijke belangenafweging in de risicosamenleving’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2006, afl. 4, p. 167.

⁵⁵ Zie over de recente maatschappelijke verdeeldheid over de aanvaardbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis W.M. Limborgh, *Culturele vrijheid en het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 173 en punt 14 van de conclusie van A-G Silvis bij Hoge Raad 5 juli 2011, NJ 2011, 466. Zie tevens de in de inleiding genoemde krantenartikelen die aan de maatschappelijke verdeeldheid uitdrukking geven en de uitgesproken en goed gedocumenteerde afwijzing van de aanvaardbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis door artsenfederatie KNMG, Notitie KNMG, 27 mei 2010, ‘Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens’, p. 14.

⁵⁶ N. Rozemond, ‘Strafrechtelijke belangenafweging in de risicosamenleving’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2006, afl. 4, p. 161 en 167.

worden dat “[...] normatieve stellingname ten aanzien van een kwestie waarover binnen de samenleving (nog) verdeeldheid bestaat, onverenigbaar met de van de rechterlijke macht verlangde onpartijdigheid [is]”⁵⁷. Een nieuwe normatieve stellingname op het gebied van religieuze jongensbesnijdenis zou in dit geval een potentiële bedreiging voor de positie van de Hoge Raad opleveren, omdat hem verweten zou kunnen worden dat hij in een politiek gevoelige zaak de, uit zijn staatsrechtelijke positie voortvloeiende, terughoudendheid bij rechtsvorming niet in acht heeft genomen. Omdat het politiek gevoelige karakter van een dergelijke beslissing mede het gevolg is van het feit dat de zaak de (problematische) relatie tussen religie en strafrecht betreft,⁵⁸ zou het rechterlijke oordeel – met name door de gelovigen wier religieuze praktijk wordt beperkt – kunnen worden opgevat als een machtsspreuk.⁵⁹ De grens van aanvaardbare rechterlijke rechtsvorming lijkt dan te zijn overschreden, aangezien gesteld kan worden dat de rechter dus wel aan rechtsvorming mag doen, maar hij niet “[...] zoals het heet, ‘op de stoel van de wetgever [mag] gaan zitten’ in zaken die uitdrukkelijk politiek van aard zijn”.⁶⁰

7. Rechterlijke terughoudendheid bij rechtsvorming ter verruiming grenzen strafrechtelijke aansprakelijkheid

Gelet op bovengenoemde constatering dat er wat betreft de aanvaardbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis sprake is van maatschappelijke verdeeldheid, terwijl dat pas sinds kort het geval is, lijkt het voor de hand te liggen dat de rechter zich terughoudend opstelt met rechtsvorming op dat terrein. Zolang over de toelaatbaarheid van religieuze besnijdenis van minderjarige jongens in de Nederlandse samenleving nog uitdrukkelijk meningsverschil bestaat, ontbreekt immers een duidelijke meerderheidsopvatting waar de Hoge Raad aansluiting bij kan zoeken. Daarom past hem bescheidenheid bij het innemen van een nieuw normatief standpunt in deze kwestie.⁶¹ Zowel het feit

⁵⁷ P.P. Rijkema, *Rechttersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 49.

⁵⁸ Zie daarover P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Religie in het Wetboek van Strafrecht. Over strafrechtelijke bescherming en beperking van religie, rechtsgrondslagen, wederrechtelijkheid en de neutraliteit van de overheid’, in: J.L.W. Broeksteeg & A.B. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 163.

⁵⁹ Vorming van recht betekent altijd het stellen (of het bevestigen) van een norm en het transformeren van die norm naar een juridisch afdwingbaar bevel. Wanneer enkel sprake is van een juridisch bevel, maar de onderliggende norm ontbreekt, zal het bevel als een (willekeurig) machtswoord worden ervaren en maar moeilijk (of niet) worden geaccepteerd. Dat zou het geval zijn indien de Hoge Raad de religieuze praktijk van jongensbesnijdenis strafbaar had geacht (i.e. bevel), terwijl de onderliggende norm waarop dat bevel zou moeten steunen (op dit moment) ontbreekt (i.e. er is geen maatschappelijke noch politieke overeenstemming over de toelaatbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis). Zie over rechtsvorming en het spanningsveld van de normatieve (i.e. norm) en de imperatieve (i.e. bevel) dimensie J.L.M. Gribnau, ‘De rechter tussen bevel en norm’, in: B.M.J. van Klink en E-J. Broers, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 127.

⁶⁰ C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, tweede herziene druk, p. 47. De Hullu lijkt eenzelfde opvatting toegedaan waar hij schrijft dat “[a]lgemene rechtsvormende keuzes in beginsel door de wetgever [moeten] worden gemaakt”, zie J. De Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 106.

⁶¹ Dat is het geval omdat, in de woorden van Rozemond, het “[...] immers de taak van de rechter [is] om het strafrecht te laten aansluiten bij de morele opvattingen van de samenleving waarin het strafrecht functioneert”, N. Rozemond, ‘Strafrechtelijke belangenafweging in de risicosamenleving’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2006, afl. 4, p. 164. Rijkema lijkt een vergelijkbare opvatting toegedaan waar hij schrijft: “[...] rechtsvorming [dient] in overeenstemming te zijn met of althans aan [...] te sluiten bij de binnen de samenleving levende rechtsovertuigingen [...]”, zie P.P. Rijkema, *Rechttersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 191.

dat de wetgever de praktijk van religieuze jongensbesnijdenis vandaag de dag nog steeds integraal lijkt te accepteren, als de (staatsrechtelijke) stelregel dat het primaat op het terrein van rechtsvorming bij de wetgever ligt, vragen daar om. Wanneer de rechter in een dergelijk geval te snel normatief stelling zou nemen zou dat oordeel opgevat kunnen worden als een machtspreuk. Dat het strafbaar achten van religieuze jongensbesnijdenis zou kunnen verworden tot een machtspreuk is, naast de hierboven reeds genoemde factoren die de ruimte voor rechterlijke rechtsvorming *in casu* inperken, het gevolg van twee nadere omstandigheden die de mogelijkheid van rechterlijke rechtsvorming in dit concrete geval begrenzen.

Ten eerste is er het belang van de rechtszekerheid. Dat kan als algemene reden voor rechterlijke terughoudendheid bij rechtsvorming worden gezien.⁶² De waarde van rechtszekerheid als argument voor terughoudendheid bij rechterlijke rechtsvorming krijgt in dit concrete geval echter groter gewicht, omdat rechtsvorming ertoe zou leiden dat de reikwijdte van een wettelijke strafbepaling wordt vergroot, terwijl over de strafwaardigheid van dat gedrag maatschappelijke verdeeldheid bestaat en dat ook nog eens pas sinds kort. Dit is problematisch gelet op het grote belang van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht,⁶³ en niet enkel in een puur legistische opvatting daarvan.⁶⁴ Ook wanneer een meer hermeneutische benadering wordt gepropageerd blijft immers vooropstaan dat “[v]ervolging en bestraffing slechts [zijn] gerechtvaardigd ter handhaving van de rechtsnormen van de huidige samenleving [...]”.⁶⁵ In “gevallen die naar de letter wel onder een delictsomschrijving vallen, maar waarin de concrete strafwaardigheid (nagenoeg) afwezig lijkt te zijn”,⁶⁶ kan dan ook worden gesteld dat strafrechtelijke aansprakelijkheid achterwege dient te blijven. Hoewel Borgers constateert “dat de Hoge Raad het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel niet beschouwt als een structurele belemmering voor extensieve wetsuitleg”,⁶⁷ lijkt het legaliteitsbeginsel als regulatief ideaal in dit geval desalniettemin de vrijheid bij rechterlijke rechtsvorming te begrenzen.⁶⁸

Daarnaast is ook de *ultimum remedium-gedachte* van belang bij het bepalen van de ruimte voor rechterlijke rechtsvorming bij het kwalificeren van religieuze jongensbesnijdenis als mishandeling.⁶⁹

⁶² Zie tevens P.P. Rijpkema, *Rechtsrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 191.

⁶³ Zie bijvoorbeeld J. De Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 80 en 82 en M.J. Borgers, ‘De communicatieve strafrechter. Over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in het materiële strafrecht, de beslissingsvrijheid van de rechter en de interactie tussen wetgever en rechter’, in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers en C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie (Preadviezen Nederlandse Juristenvereniging 2011)*, Kluwer: Deventer 2011, p. 105.

⁶⁴ Zie over strafrechtelijk legisme en de hermeneutische kritiek daarop M.J. Borgers, ‘Legaliteit en wetsinterpretatie in het materiële strafrecht’, in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante Waarden. Liber Amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, met name p. 195-199.

⁶⁵ N. Rozemond, ‘De rechtsvindingsleemte in het strafrecht’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2008, afl. 1, p. 17.

⁶⁶ J. De Hullu, *Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 96.

⁶⁷ M.J. Borgers, ‘De communicatieve strafrechter. Over de actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel in het materiële strafrecht, de beslissingsvrijheid van de rechter en de interactie tussen wetgever en rechter’, in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers en C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie (Preadviezen Nederlandse Juristenvereniging 2011)*, Kluwer: Deventer 2011, p. 114.

⁶⁸ Zoals ook in HR 7 januari 1997, NJ 1997, 361 het geval lijkt te zijn geweest.

⁶⁹ Zie over het belang van het strafrecht als *ultimum remedium* bijvoorbeeld C. Kelk, ‘Humaniteit als strafrechtelijk principe’ in: K. Boonen, C.P.M. Cleiren, R. Foqué, Th. A. de Roos (red.), *De weging van ‘t Hart. Idealen, waarden en taken van het*

Omdat het strafrecht doorgaans het zwaarste middel is dat een rechtsstaat kan aanwenden dient überhaupt terughoudend te worden omgesprongen met de inzet van dat middel.⁷⁰ Waar terughoudendheid bij toepassing van het strafrecht algemeen als uitgangspunt geldt, is dit sterker het geval wanneer de toepassing van het strafrecht daadwerkelijk tot inbreuk op fundamentele rechten leidt,⁷¹ zoals het geval zou zijn bij het strafbaar achten van religieuze jongensbesnijdenis. Door een dergelijk oordeel zou immers inbreuk worden gemaakt op de (grondwettelijk beschermde) godsdienstvrijheid van de ouders van het minderjarige jongentje, aangezien het uitoefenen van een belangrijk religieus ritueel daardoor strafbaar zou zijn geworden. Daartoe mag gelet op de *ultimum remedium*-idee enkel worden overgegaan indien het religieuze ritueel evident strafwaardig is en er geen lichtere middelen zijn om de (uitwassen van) de religieuze praktijk aan banden te leggen. Als aangegeven maakt de maatschappelijke verdeeldheid over de aanvaardbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis, terwijl die aanvaardbaarheid daarvoor juist lange tijd buiten twijfel stond, het bezwaarlijk het religieuze ritueel als evident strafwaardig te kwalificeren. Het uit het *ultimum remedium*-karakter van het strafrecht voortvloeiende uitgangspunt van terughoudende toepassing van het strafrecht geldt dan ook onverkort en dat is zeker ook het geval voor de rechter die in een concreet geval over de strafbaarheid van bepaald gedrag heeft te oordelen. In een arrest uit 1997 heeft de Hoge Raad dat benadrukt door bij de interpretatie van een delictsbestanddeel voorop te stellen dat bij bepalingen die een strafbaarstelling inhouden in het algemeen restrictieve uitleg geboden is.⁷² Zowel het legaliteitsbeginsel als de idee van strafrecht als *ultimum remedium* lijken de ruimte voor rechterlijke rechtsvorming op het terrein van religieuze jongensbesnijdenis derhalve nader te limiteren.

8. Afsluiting

Als gevolg van het belang van rechterlijke terughoudendheid bij rechtsvorming in het algemeen, en gelet op de specifieke omstandigheden die bij het oordeel over de strafbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis tot terughoudendheid nopen in het bijzonder, is de benadering van de Hoge Raad op juridische gronden te verkiezen boven die van het Keulse *Landgericht*. Naast juridisch wenselijk is de benadering van de Hoge Raad ook maatschappelijk opportuun, mits de algemene overheidsacceptatie een gevolg is van de maatschappelijke tolerantie van religieuze jongensbesnijdenis, zodat het

strafrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 73, C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 10 en J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum?', *Ars Aequi*, Januari 2012, p. 11.

⁷⁰ P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Religie in het Wetboek van Strafrecht. Over strafrechtelijke bescherming en beperking van religie, rechtsgrondslagen, wederrechtelijkheid en de neutraliteit van de overheid', in: J.L.W. Broeksteeg & A.B. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 163.

⁷¹ P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Religie in het Wetboek van Strafrecht. Over strafrechtelijke bescherming en beperking van religie, rechtsgrondslagen, wederrechtelijkheid en de neutraliteit van de overheid', in: J.L.W. Broeksteeg & A.B. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 163.

⁷² HR 2 december 1997, NJ 1998, 306, r.o. 5.3.

uiteindelijk de maatschappelijke tolerantie is die doorwerkt in de strafrechtelijke beoordeling.⁷³ Bij verschuivende maatschappelijke opvattingen over de aanvaardbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis komt de legitimatie van de algemene overheidsacceptatie van die praktijk echter op de tocht te staan en als gevolg daarvan wordt ook de juridische benadering in de rechtspraak aan kritiek onderhevig.⁷⁴ Dat de maatschappelijke opvattingen over de aanvaardbaarheid van jongensbesnijdenis de laatste jaren daadwerkelijk aan het verschuiven zijn, blijkt niet alleen duidelijk uit de discussie die het vonnis van het Keulse *Landgericht* in de media heeft uitgelokt,⁷⁵ ook de uitgesproken afwijzing van die praktijk door artsenfederatie KNMG gaf daar reeds uitdrukking aan.⁷⁶ Vooralsnog hebben de bewegende maatschappelijke opvattingen echter niet geleid tot een duidelijk normatief standpunt ten aanzien van religieuze jongensbesnijdenis. Zolang geen sprake is van een maatschappelijk breed gedragen normatieve stellingname, dient de rechter zich in beginsel van een rechtsvormend oordeel te onthouden. Op dit moment ligt het dan ook voor de hand om het aan de wetgever over te laten van zijn politieke positie gebruik te maken om leiding te geven aan de ontwikkeling van de maatschappelijke rechtsovertuigingen op dit terrein. Vanwege de uitgebreide media-aandacht die het vraagstuk de afgelopen maanden heeft genoten, lijkt dit een goed moment om de maatschappelijke rechtsovertuigingen op dit terrein te vormen en te evalueren of dat gevolgen voor de strafbaarheid van religieuze jongensbesnijdenis moet hebben. Ongeacht de uitkomst zou een dergelijke evaluatie recht doen aan de ontstane maatschappelijke ophef. Met een duidelijk antwoord op de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, religieuze jongensbesnijdenis als strafbare mishandeling moet gelden, wordt daarnaast de rechtszekerheid gediend. Gezien het aanzienlijke belang van het in artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht neergelegde legaliteitsbeginsel is ook dat reden genoeg voor activiteit van de wetgever. Het ijzer is heet, tijd om duidelijk te maken waarom het al dan niet gesmeed zal worden.

⁷³ Zie daarover ook D. Schaffmeister en A. Heijder, 'Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 458, 465 en W. Limborgh, 'Dient meisjesbesnijdenis op culturele gronden te worden getolereerd?', *NJB* 2008, 1970, p. 2520.

⁷⁴ Zie over de mogelijkheid bij de invulling van de wederrechtelijkheid rekening te houden met veranderde maatschappelijke opvattingen D. Schaffmeister en A. Heijder, 'Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 472.

⁷⁵ Zie de inleiding van dit artikel.

⁷⁶ Notitie KNMG, 27 mei 2010, 'Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens', p. 14.