

Religie in het Wetboek van Strafrecht

Over strafrechtelijke bescherming en beperking van religie, rechtsgrondslagen, wederrechtelijkheid en de neutraliteit van de overheid

*Piet Hein van Kempen**

1. INLEIDING

In de strafwetgeving van sommige landen speelt religie zeer nadrukkelijk een rol en soms is daarbij zelfs sprake van religieus strafrecht.¹ In veel gevallen gaat het daarbij om staten die beperkt of zelfs niet als democratische rechtsstaat kwalificeren.² Dit roept de vraag op hoe het strafrecht zich tot religie dient te verhouden.³ Nu is in Nederland van religieus strafrecht geen sprake, terwijl evenmin ter discussie staat dat wij in een democratische rechtsstaat leven. Dat neemt niet weg dat toch ook het Nederlandse strafrecht niet vrij is van verwijzingen naar religie of van inmenging daarin. Dit kan wezenlijke gevolgen hebben voor de wijze waarop onderdelen van het strafrecht in de Nederlandse heterogene samenleving functioneren.

In deze bijdrage wordt daarom bezien in hoeverre het Wetboek van Strafrecht religie erkent, beschermt en beperkt.⁴ Meer in het bijzonder behandel ik daartoe de preambule van het wetboek, bepalingen inzake straffen en maatregelen, strafbaarstellingen die tot bescherming van religie strekken (o.a. godslastering, groepsbelediging en aanzetten tot haat, geweld en discriminatie, en verstoring

* Prof. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen is hoogleraar Straf- en strafprocesrecht (vaksectie Strafrecht) en daarnaast hoogleraar Rechten van de mens (vaksectie Internationaal en Europees recht) aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Zie bijv. J.M. Otto, A.J. Dekker & L.J. van Soest-Zuurdeeg (red.), *Sharia en nationaal recht in twaalf moslimlanden*, Den Haag/Amsterdam: WRR/Amsterdam University Press 2006, paragraaf 7 van elk hoofdstuk.

2 Zie bijv. J.M. Otto, *Sharia en nationaal recht. Rechtssystemen in moslimlanden tussen traditie, politiek en rechtsstaat*, Den Haag/Amsterdam: WRR/Amsterdam University Press 2006, p. 30, 102-107, 139, 168-169, 179-183; zie vooral ook de conclusies (i.h.b. p. 189-196, 201, 205, 214).

3 Religie en godsdienst worden in deze bijdrage in beginsel als synoniemen gebruikt, hoewel de laatste term strikt genomen iets enger is dan de eerste. Ter onderscheiding van religie wordt gesproken van levensovertuigingen, waarmee op fundamentele niet-religieuze geloofsovertuigingen wordt gedoeld, zoals atheïsme en agnosticisme. Het begrip geloofsovertuigingen dient als overkoepelende term voor religie en levensovertuigingen.

4 In het navolgende is uitgegaan van het Wetboek van Strafrecht zoals geldende op 1 februari 2011 volgens www.overheid.nl.

van religieuze plechtigheden), strafbaarstellingen die beperking van religie meebrengen (o.a. verbod religieus huwelijk zonder voorafgaand burgerlijk huwelijk, kwetsende uitingen door geestelijken, werving voor de jihad, onzedelijkheid door geestelijken in gezagsrelaties, schending geheimhoudingsplichten door geestelijken, polygamie en meisjesbesnijdenis) en waar nodig rechtsmacht- en verjaringsvoorschriften. Voor zover wezenlijk relevant is er bij de bespreking daarvan aandacht voor: welke betekenis de bepalingen voor religie hebben, welke rechtsbelangen eraan ten grondslag liggen, waarin de wederrechtelijkheid van de strafbaar gestelde gedragingen schuilt, of de bepalingen de rechter dwingen zich over theologische kwesties uit te laten en hoe de bepalingen zich verhouden tot het recht op vrijheid van religie en het beginsel van de scheiding van kerk en staat.

In de slotbeschouwing kom ik kort terug op de hoofdvraag die aan al deze subvragen ten grondslag ligt: is de interferentie van het wetboek met religie voldoende proportioneel, subsidiair en zo neutraal mogelijk? Het antwoord op die vraag zal blijken te zijn dat dit in verschillende opzichten niet het geval is. Om tot een afgewogen bespreking en analyse te kunnen komen, is het nu allereerst nodig nader in te gaan op de relatie tussen religie en strafrecht en het uitgangspunt dat het strafrecht zo geloofsovertuigingneutraal mogelijk zou moeten zijn.

2. VERHOUDING TUSSEN RELIGIE EN STRAFRECHT

Strafrecht en religie staan in een onlosmakelijke en ook gecompliceerde verhouding tot elkaar. Onlosmakelijk omdat het strafrecht, dat nu eenmaal over goed en kwaad gaat, in belangrijke mate het resultaat is van de morele geschiedenis van een staat. Die morele geschiedenis is meestal grotendeels bepaald door die geloofsovertuigingen die domineerde in de maatschappij of in elk geval door de heersers werden aangehangen. Dat geldt ook voor het Nederlands strafrecht, dat uit de joods-christelijke traditie voortkomt.⁵ Onlosmakelijk ook doordat het onmogelijk is om te voorkomen dat het strafrecht in aanraking met religie komt wanneer het functioneert in een maatschappij waarin religie een wezenlijke rol speelt. Daartoe is van belang dat reguliere strafbaarstellingen – zoals van moord, verkrachting en diefstal – evenzeer als voor ieder ander ook voor religieuze autoriteiten en volgelingen gelden en dus ook jegens hen toepassing vinden. Daarnaast geldt de paradox dat naar mate religie nadrukkelijker in een maatschappij aanwezig is, het strafrecht voor meer op religie gebaseerde manifestaties beperkingen zal impliceren naar mate dat strafrecht geloofsovertuigingneutraler en dus

5 Zie W.C. van Binsbergen, *Poenaal Panorama. Strafrechtshistorische verkenningen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986, passim. Zie voor verschillende religieuze c.q. mystieke visies op strafrecht Jacques Claessen, *Misdaad en straf. Een herbezinning op het strafrecht vanuit mystiek perspectief* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 313-419, waarbij aan bod komen: hindoeïsme, boeddhisme, jodendom en christendom, islam en spiritueel humanisme.

geseculariseerder van aard is. Het strafrecht kan dan immers religieuze extremiteiten minder gemakkelijk accommoderen. Wanneer in de maatschappij bovendien een grote variëteit van uiteenlopende religies ontstaat, zoals dat in Nederland inmiddels het geval is, zal het strafrecht onvermijdelijk met meer met elkaar conflicterende fundamenteel gevoelde waarden worden geconfronteerd. Het gevolg van dergelijke waardeheterogeniteit of zelfs -conflicten binnen de maatschappij is ook dat het voor het strafrecht moeilijker wordt om voor alle maatschappelijke geledingen adequaat en overtuigend te functioneren.

De gecompliceerde verhouding tussen strafrecht en religie bestaat niet alleen in dit laatste opzicht. Ook relevant is dat beperking door de overheid van religieuze gedragingen in beginsel steeds inbreuk zal maken op het recht op vrijheid van religie uit onder meer artikel 6 Grondwet, artikel 9 EVRM en artikel 18 IVBPR. De autoriteiten dienen te meer verantwoordelijk met dit recht om te gaan nu het zelfs als een van de fundamentele van een democratische samenleving wordt beschouwd.⁶ Daarnaast kan zowel beperking als bescherming van religie bezwaarlijk zijn vanuit een ander fundament van de democratische rechtsstaat: het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat (waarover verderop nader). Waar beperking of bescherming van religie door de overheid aldus reeds in het algemeen problematisch is, geldt dat nog eens in het bijzonder wanneer de autoriteiten daartoe het strafrecht aanwenden. Het strafrecht is immers het zwaarste middel dat een rechtsstaat in een toestand van vrede ter beschikking heeft. Dat is het onder meer doordat het gebruik ervan in hoge mate inbreuk maakt op fundamentele rechten en doordat reeds de aan het strafrecht inherente dreiging van strafprocessuele dwangmiddelen en materieelrechtelijke straffen en maatregelen de vrijheid van de burger krachtig onder druk zetten en begrenzen. Dit zijn belangrijke redenen waarom het strafrecht meer dan andere rechtsinstrumenten als een *ultimum remedium* geldt. Juist daar waar regulering door de overheid niet slechts de vrijheid in algemene zin beperkt, maar ook nog eens daadwerkelijk tot inbreuk op fundamentele rechten en beginselen leidt, moet de overheid een nog grotere terughoudendheid in het aannemen en toepassen van strafbaarstellingen betrachten dan anders. Dat is een kwestie van zowel subsidiariteit als proportionaliteit. Van zodanige inbreuk is bij beperking en mogelijk ook bescherming van religie gelet op het voorgaande sprake.

Dit betekent echter niet dat de overheid religie niet strafrechtelijk mag beperken of beschermen. Ervan afgezien dat het strafrecht zich zoals zojuist aan de orde kwam onmogelijk geheel aan religie kan onttrekken, is het soms gelet op bestaande maatschappelijke verhoudingen ook noodzakelijk om in relatie tot religie strafrechtelijk op te treden. Het is immers een kerntaak van de staat om

6 Zie bijv. EHRM (GK) 13 februari 2003, *Refah Partisi (the Welfare Party) v. Turkey*, Appl. 41340/98, par. 90.

haar burgers veiligheid te bieden.⁷ Dit wordt tegenwoordig zelfs als inherent aan staatssoevereiniteit erkend.⁸ Aldus kan het noodzakelijk zijn het strafrecht aan te wenden indien religiegebaseerde gedragingen ernstige schade toebrengen aan de belangen van anderen of wanneer anderen de mogelijkheid voor personen om hun geloof te belijden juist ernstig doorkruisen. Maar wanneer het wederrechtelijkheidsgehalte van een ter bescherming of beperking van religie verboden gedraging slechts gering is, hetgeen gemakkelijk het geval kan zijn indien deze niet tot schade voor andere personen of goederen leidt, zal de proportionaliteit van de strafbaarstelling van de gedraging gelet op de religievrijheid en het scheidingsbeginsel ten minste problematisch zijn.

3. WAARDEHETEROGENITEIT, RELIGIEVRIJHEID EN SCHEIDING KERK EN STAAT

Het voorgaande impliceert in feite al dat wanneer de overheid het strafrecht op religie betreft, zij dit in beginsel vanuit een zo geloofsovertuigingneutraal mogelijke invalshoek dient te doen. Daar waar het noodzakelijk is religie via het strafrecht te beschermen of beperken, lijkt die neutraliteit bovendien het best te worden gewaarborgd wanneer dit zoveel mogelijk gebeurt door geloofsovertuigingneutrale strafbaarstellingen, en dus onafhankelijk ervan of de te beschermen personen religieus of niet-religieus zijn en of het wederrechtelijk gedrag dat de strafwetgever beoogt tegen te gaan religie gebaseerd is of niet. Het voordeel daarvan is ook dat de strafrechter minder snel wordt gedwongen tot theologische interpretaties en afwegingen om de betekenis en reikwijdte van bestanddelen in een concrete zaak te bepalen.

Preciezer bekeken is zodanige neutraliteit ten eerste nodig wil het strafrecht in een waardeheterogene maatschappij adequaat en voor alle religieuze en niet-religieuze maatschappelijke geledingen overtuigend kunnen functioneren. Wanneer het strafrecht of de toepassing ervan door de autoriteiten niet onpartijdig en onafhankelijke ten opzichte van bepaalde geloofsovertuigingen opereert, ontstaat immers een reëel risico op ongelijke behandeling en zal het overheidsoptreden minder draagvlak door de maatschappij als geheel kunnen hebben. Dat laatste

7 Zie bijv. R.W. van Zuijlen, 'Veiligheid als begrip: fundering van de rechtsorde', in: E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 7-19.

8 Zie bijv. International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS), *The Responsibility to Protect. Report*, Ottawa: International Development Research Centre 2001, p. 13 (par. 2.15): 'Thinking of sovereignty as responsibility, in a way that is being increasingly recognized in state practice [...] implies that the state authorities are responsible for the functions of protecting the safety and lives of citizens and promotion of their welfare.' Dit komt onder meer tot uitdrukking in de 'responsibility to protect' als erkend in o.a. General Assembly, Resolution, 24 October 2005, *UN doc. A/RES/60/1*, § 138-139; Security Council, Resolution 1674, 28 April 2006, *UN doc. S/RES/1674*.

geldt ook wanneer het strafrecht zich eenzijdig voor of tegen bepaalde religies opstelt.

Voorts dwingt ook het recht op vrijheid van religie tot neutraliteit. Daartoe is van belang dat dit in artikel 6 Grondwet, artikel 9 EVRM en artikel 18 IVBPR opgenomen recht in beginsel gelijkelijk van toepassing is op alle godsdiensten en fundamentele levensovertuigingen – of om de overkoepelende term te gebruiken: op alle geloofsovertuigingen.⁹ Gelijke verzekering door de staat jegens een ieder die een of andere godsdienst of fundamentele levensovertuiging aanhangt, zal minder goed mogelijk zijn indien de staat zich binnen het strafrecht uitdrukkelijk met een bepaalde geloofsovertuiging identificeert of zich daartegen juist afzet.

Tot slot vraagt ook het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat om een neutrale opstelling. Historisch bezien liggen aan het scheidingsbeginsel verschillende rechtsbelangen ten grondslag, waarvan de volgende drie de belangrijkste zijn: bescherming van kerkgenootschappen en de autonomie van hun geloof tegen de staat; bescherming van de staat tegen kerkgenootschappen en religieuze krachten; en bescherming tegen de staat, de kerk of de samenwerking daartussen van het individu in zijn vrijheid om persoonlijk, vrijwillig en autonoom voor een bepaalde geloofsovertuiging te kiezen.¹⁰ Hoe minder geloofsovertuigingsneutraal het strafrecht is, hoe meer deze rechtsbelangen binnen dat strafrecht onder druk zullen staan, zoals ook navolgende besprekingen illustreren.¹¹

4. RELIGIE IN DE PREAMBULE VAN HET WETBOEK

Religie komt op verschillende wijzen in het Wetboek van Strafrecht naar voren. Al meteen refereert de preambule eraan met de woorden 'bij de gratie Gods' en ook

9 Wat betreft art. 6 Gw blijkt dit expliciet uit de tekst ervan. Voor art. 9 EVRM en art. 18 IVBPR geldt dat dit in de jurisprudentie is uitgemaakt. Zie wat betreft het EVRM: EHRM 25 mei 1993, *Kokkinakis v. Greece*, Appl. 14307/88, par. 31; EHRM 5 april 2007, *Church of Scientology Moscow v. Russia*, Appl. 18147/02, para 71-74. Zie voor het IVBPR: Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 22 'The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion (Article 18)', 30 juli 1993, par. 2; HRC 15 juli 2003, *Kang v. Republic of Korea*, Comm. 878/1999, par. 7.2. Zie verder Paul M. Taylor, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law in Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 128; Malcolm D. Evans, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 202-204, 213-214, 231-236, 250-252 en 289-293.

10 Zie John Witte, 'Facts and Fictions about the History of Separation of Church and State', *Journal of Church and State* vol. 48 (2006), p. 15-46. Witte onderkent uiteindelijk in totaal vijf aan het scheidingsbeginsel ten grondslag liggende belangen.

11 Piet Hein van Kempen, 'Freedom of Religion and Criminal Law. From the Principle of Separation of Church and State to the Principle of Pluralist Democracy?' in: J.A. van der Ven & H.-G. Ziebertz (Eds), *Tensions within and between Religions and Human Rights*, Leiden: Brill 2011, par. 2.2.

de preambules bij de wetten tot wijzigingen van het wetboek zijn deze woorden steeds achter de naam van onze Koning(in) gevoegd.¹² Deze verwijzing naar het Opperwezen heeft als zodanig geen juridische betekenis voor het wetboek of voor de toepassing van het strafrecht. De preambule strekt immers niet tot bescherming of beperking van het gedrag van personen of tot regulering van strafrechtelijke procedures. Niettemin geeft de verwijzing aan dat de wetgevende autoriteiten – in eerste instantie: ons Koninklijk staatshoofd – een monotheïstische religie aanhangen en in zoverre bijvoorbeeld polytheïstische religies, atheïsme en agnosticisme afwijzen. De zinsnede ‘bij de gratie Gods’ beoogt uit te drukken dat degene die de wet vaststelt in feite van Godswege, ingevolge Gods wil, volgens goddelijk gezag optreedt, en wellicht ook als plaatsvervanger van God op aarde.¹³ Het gebruik van de woorden is in gebruik geraakt ten tijde van de theocratische regeringsvorm, waarbij staat en kerk elkaar steunden.¹⁴ Aldus impliceert de verwijzing dat die autoriteiten niet aan alle geloofsovertuigingen dezelfde waarde hechten en zelfs onlosmakelijk met een bepaalde religie zijn verbonden. In zoverre representeren de woorden de verbondenheid van staat en kerk en staan ze aldus haaks op het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat. Vanuit het oogpunt dat de staat zich zo geloofsovertuigingneutraal mogelijk dient op te stellen zou het zuiver zijn ze af te schaffen.¹⁵ Tegelijkertijd moet echter worden toegegeven dat de woorden ‘bij de gratie Gods’ inmiddels veel meer een ‘reminiscentie’ aan het verleden¹⁶ zijn dan een symbool van hedendaagse opvattingen. Er bovendien op gelet dat ze geen juridische betekenis hebben, lijkt mij de noodzaak tot afschaffing niet groot.

5. STRAFFEN EN MAATREGELEN

Ook het wetboek zelf geeft uitdrukking aan het belang van religie. Het wetboek maakt in relatie tot straffen en maatregelen duidelijk dat de daaraan te verbinden voorwaarden de vrijheid van betrokkene om ‘de godsdienst of levensovertuiging te belijden’ niet mogen beperken; zie voor deze clausule de artikelen 14c, 15a, 38a, 38g, 38p, 77w en 77z Sr. Aan een straf of maatregel mag aldus bijvoorbeeld niet de voorwaarde worden verbonden dat betrokkene zich aansluit bij een bepaald kerkgenootschap, kerkelijke voorschriften naleeft of aan vlijtig kerkbezoek doet.¹⁷ De clausule kent een tamelijk neutrale formulering door zowel godsdienst als

12 Zie ook de bijdrage van Sillen in deze bundel (p. 23 e.v.).

13 Zie J.G.C. Joosting, *Bij de gratie Gods* (Openbare les Groningen), Leiden: Brill, 1912, p. 5.

14 *Idem*, p. 21-28 en 37.

15 Zie in soortgelijke zin Joosting 1912, p. 37.

16 Aldus Hermine Wiersinga, ‘Strafrecht en religie’, *Ars Aequi* 2003, p. 542.

17 J.W. Fokkens, ‘Aant. 9 bij art. 14c’ (suppl. 22 dec 2008), in: T.J. Noyon, G.E. Langemijer & J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, voortgezet door J.W. Fokkens & A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig).

levensovertuiging te waarborgen. Daarmee wordt aangesloten bij het recht op vrijheid van religie, uit onder meer artikel 6 Grondwet, artikel 9 EVRM en artikel 18 IVBPR, dat zoals opgemerkt ook op beide ziet. Nu de clause geloofsovertuigingen juist tegen inbreuken daarop door de overheid beoogt te beschermen, kan het fundamentele recht op vrijheid van religie ook als grondslag van de clause worden aangemerkt.

Interessant is ondertussen dat de genoemde bepalingen uit het wetboek verder alleen een clause ter bescherming van de staatkundige vrijheid bevatten. Aldus wordt aan geloofsovertuigingen – naast die staatkundige vrijheid – een bijzonder belang toegekend. Deze bepalingen erkennen immers niet ook expliciet het belang bij bescherming van andere hier relevante grondrechten, zoals het recht op onaantastbaarheid van het lichaam, het verbod van overige (psychische) onmenselijke behandeling en het verbod van dwangarbeid. Ook politieke, culturele en bijvoorbeeld ecologische overtuigingen, die evenzeer fundamenteel van aard kunnen zijn, worden niet nader beschermd. In dit specifieke opzicht zijn genoemde bepalingen niet strikt neutraal; geloofsovertuigingen hebben daarin een preferente positie ten opzichte van andere fundamentele overtuigingen.

Die disneutraliteit is overigens ook in praktisch opzicht nogal beperkt. Voorzamelde clause betekent immers niet dat op zichzelf legitieme straffen en maatregelen geen toepassing zouden kunnen vinden indien die toepassing een beperking van het uitoefenen van een geloofsovertuiging meebrengt. Dit reduceert de toch al geringe kans dat de rechter zich vanwege de clause met theologische vragen moet bezighouden (dat wil zeggen de vraag: beperkt een voorwaarde betrokkene in zijn geloofsovertuigingbelijdenis) nog eens aanzienlijk. Dat bijvoorbeeld een vrijheidsstraf impliceert dat de gestrafte gedurende de duur van de straf niet het gebedshuis van zijn voorkeur kan bezoeken is op zichzelf niet in strijd met deze of een andere bepaling. Juist doordat het wetboek in dit opzicht gelovigen niet als een bijzondere categorie aanmerkt is het in zoverre geloofsovertuigingneutraal. In de uiteindelijke uitvoering van de straf of maatregel kan dat overigens anders liggen doordat aanvullende bescherming van religie of juist beperking daarvan dan onvermijdelijk kan zijn.¹⁸ Verder blijkt uit de literatuur en de parlementaire geschiedenis dat de bijkomende straf van ontzetting uit de uitoefening van het beroep in de zin van artikel 28 lid 1 sub 5 Sr ook de bedienaar van de godsdienst kan en mag treffen.¹⁹ Aldus kan de rechter onder omstandig-

18 Zie art. 41 Penitentiaire beginselenwet. Zie voorts Marieke Post, *Detentie en culturele diversiteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 149-213; P.J.P. Tak, 'Muslims and non-Christian religious minorities in Dutch prisons', in: Peter J.P. Tak & Manon Jendly (ed.), *Minorities and cultural diversity in prison*, Publication of the International Penal and Penitentiary Foundation, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 73-95.

19 Zie *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 386, 3, p. 10 (MvT), in navolging van J.W. Fokkens, 'Aant. 19 bij art. 31' (suppl. 1 jul 2000), in: Noyon/Langemijer/Remmelink. Zie ook *Handelingen II* 2008-2009, 20 januari 2009, 43-3796, en de discussies in *Handelingen II* 2008-2009, 14 januari 2009, 41-3651 e.v.

heden ook onder meer priesters, dominees, rabbi's en imams voor bepaalde duur verbieden hun geestelijke taken beroepsmatig uit te oefenen.²⁰ Hun kerkrechtelijke of geestelijke status kan en mag hen echter niet worden ontnomen.

6. STRAFBAARSTELLINGEN TER BESCHERMING VAN RELIGIE

Van een zekere preferente positie van religie blijkt ook op andere wijze uit het wetboek. Daarin komen immers verschillende strafbepalingen voor die uitdrukkelijk bescherming beogen te bieden aan godsdiensten, levensovertuigingen, religieuze autoriteiten en/of gelovigen. De vraag is ook nu weer of deze interferenties met religie voldoende proportioneel, subsidiair en neutraal zijn.

6.1 Godslastering, bespottig bedienaren en beschimping relikwieën

Artikel 147 Sr bevat strafbaarstellingen van kort gezegd: het zich in het openbaar door smalende godslasteringen op voor godsdienstige gevoelens krenkende wijze uitlaten (sub 1), het bespotten van een bedienaar van de godsdienst (sub 2) en het beschimpen van voorwerpen aan een eredienst gewijd (sub 3). In aanvulling op deze misdrijven beschermt het misdrijf van artikel 147a Sr tegen de verspreiding van smalend godslasterlijke geschriften of afbeeldingen die voor de godsdienstige gevoelens krenkend zijn, terwijl de overtreding van artikel 429bis Sr betrekking heeft op het van de openbare weg zichtbare plaats smalend godslasterlijke woorden of afbeeldingen stellen of gesteld houden die voor godsdienstige gevoelens krenkend zijn.

Reikwijdte strafbaarstellingen

De bescherming tegen godslastering in de artikelen 147 sub 1, 147a en 429bis Sr strekt zich in elk geval niet uit over niet-religieuze levensovertuigingen of de vertegenwoordigers, de symbolen en relikwieën of de aanhangers daarvan. Maar ook vallen niet alle religies binnen de reikwijdte van deze strafbaarstellingen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de god waar om het in deze bepalingen gaat God van het christelijk geloof is.²¹ Inmiddels lijkt de heersende opvatting in de literatuur te zijn dat deze bepalingen zijn toegesneden op de monotheïstische godsdiensten, waarin een duidelijk Opperwezen bestaat.²² Aldus zou godslaste-

²⁰ Zie hierna ook vooral paragrafen 7.2 en 7.5.

²¹ B.A.M. van Stokkom, H.J.B. Sackers & J.-P. Wils, *Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers/WODC 2007, i.h.b. p. 96.

²² Zie A.L.J. Janssens & A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2008, p. 238, en voorts Van Stokkom, Sackers & Wils 2007, i.h.b. p. 96-97. Maar zie anders G.A.M. Strijards, 'Van bamzaaien, haatzaaien en uitingsdelicten', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen:

ring in de zin van deze bepalingen mogelijk zijn ten aanzien van het Hoogste Opperwezen van het christelijk geloof (God), het joods geloof (JHWH) en ook het islamitisch geloof (Allah). Bovendien is godslastering ook mogelijk ten opzichte van Christus als behorende tot de Goddelijke Drie-eenheid, maar niet jegens Maria, de apostelen, aartsengelen, Mohammed en andere profeten. De genoemde beperkingen volgen overigens niet per se uit de tekst van de bepalingen, waarin het immers gaat om het voor meerderlei uitleg vatbare begrip 'godslastering'. De opvatting dat Christus wel als onderdeel van God geldt en bijvoorbeeld Mohammed niet, laat intussen zien dat ook deze bepaling de rechter niet in alle gevallen van theologische stellingname zal vrijwaren.

Niet geheel duidelijk is of ook de bescherming van bedienaren van de godsdienst (art. 147 sub 2 Sr) en voorwerpen aan een eredienst gewijd (art. 147 sub 3 Sr) tot het christelijk geloof, het joods geloof en wellicht het islamitisch geloof is voorbehouden. Wanneer men het tweede en derde subonderdeel van artikel 147 Sr slechts beziet in het licht van de 'godslastering' uit het eerste subonderdeel, lijkt een dergelijke beperkte invalshoek te moeten gelden.²³ Die zienswijze veronachtzaamt echter dat de bepalingen inzake bedienaren en eredienstvoorwerpen van meet af aan onderdeel van het huidige – uit 1886 stammende – wetboek uitmaken en sindsdien ook geen tekstuele veranderingen hebben ondergaan, terwijl het delict godslastering uit het eerste subonderdeel met de zogenoemde 'Lex Donner' pas in 1932 aan het wetboek is toegevoegd. In zoverre is er geen reden het huidige artikel 147 sub 2 en 3 Sr met een beroep op het later toegevoegde eerste subonderdeel beperkt uit te leggen. Relevant is dan verder dat bij de invoering van het wetboek al wel werd aangenomen dat de bepalingen inzake bedienaren en eredienstvoorwerpen van toepassing zijn op godsdiensten in het algemeen en niet alleen voor zover het daarbij gaat om de christelijke religie.²⁴ Los daarvan ligt het vanuit een systematisch-consistente uitleg van het wetboek ook voor de hand om het bestanddeel 'godsdienst' in artikel 147 sub 2 Sr hetzelfde uit te leggen als bij onder meer de artikelen 137c-137f, 145 en 146 Sr (zie volgende paragraaf) gebeurt. De bepalingen zouden zich in zoverre dan uitstrekken over de bedienaren van alle religies die het bestaan van een bovennatuurlijke macht aanvaarden. Daarmee zien de bepalingen echter nog niet per se op alle religies. Door de wijze waarop 'bedienaren' wordt uitgelegd lijken sommige religies namelijk toch nog buiten de reikwijdte van artikel 147 sub 2 Sr te blijven. Onder het bestanddeel bedienaren (dat ook voorkomt in artikel 449 Sr; zie verderop) wordt veelal verstaan: aangestelde geestelijken en hun helpers die door een kerkelijke

Wolf Legal Publishers 2005, p. 573: 'Of Allah, de ten principale ongrijpbare, daar ook onder zou kunnen vallen is beslist betwifelbaar'.

²³ Zie aldus Strijards 2005, p. 573.

²⁴ Zie B.J. Polenaar & Th. Heemskerk, *Het Wetboek van Strafrecht. In doorlopende aantekeningen verklaard*, tweede deel, Amsterdam: A. Akkeringa 1890, p. 130-131.

macht zijn geroepen tot de bediening.²⁵ Doordat sprake moet zijn van een 'kerkelijke macht' impliceert deze definitie dat de godsdienst een zekere organisatie- en machtsstructuur kent. Aldus is het de vraag of hieronder ook meer ongeorganiseerde religies kunnen worden begrepen.

Rechtsgrondslagen

Voor de beoordeling van de hiervoor besproken strafbaarstellingen dient ook naar de grondslag ervan te worden gekeken. Relevant is dan dat al deze bepalingen in het wetboek zijn gekwalificeerd als delicten 'tegen de openbare orde'.²⁶ Gelet daarop lijkt de ratio van deze strafbaarstellingen niet in de bescherming tegen bijvoorbeeld krenking van de godsdienstige gevoelens als zodanig te zijn gelegen, maar in bescherming tegen verstoring van de openbare orde die als gevolg daarvan zou kunnen ontstaan (147, 147a en 429bis Sr; dit geldt ook voor de hierna te bespreken artt. 137c-137f, 429quater). Hierbij past dat de delicten alleen op grond van territoriale rechtsmacht in de zin van artikel 2 Sr vervolgbaar zijn. Hoewel deze delicten gelet op de maximum straffen die erop staan niet als zeer ernstige delicten gelden, zodat extraterritoriale rechtsmacht reeds om die reden minder voor de hand ligt,²⁷ benadrukt die beperkte rechtsmacht toch ook dat het hier in elk geval niet primair gaat om bescherming van god(sdienst), religieuze gevoelens of de vrijheid van religie als zodanig, waarvoor het immers veel minder van belang is waar een delict is gepleegd.

Wat betreft de godslasteringsbepaling in artikel 147 sub 1 Sr merkt De Roo niettemin op dat het in de delictomschrijving opgenomen bestanddeel 'op voor de godsdienstige gevoelens krenkende wijze' tot uitdrukking brengt dat de strafbaarstelling ook het godsdienstig gevoel van gelovigen beoogt te beschermen (de Gefühlsschutztheorie).²⁸ Deze bevinding lijkt mij niet juist. Juist omdat gevaar voor de openbare orde als gevolg van antireligieuze uitingen eerst zal kunnen ontstaan wanneer deze uitingen tot krenking van godsdienstige gevoelens leiden, heeft de wetgever er goed aan gedaan de reikwijdte van de strafbaarstelling door opneming van dit bestanddeel te beperken. Opneming van voormeld bestanddeel komt bovendien aan het legaliteitsbeginsel tegemoet. Die opneming betekent op zichzelf echter nog niet ook dat de ratio van de strafbaarstelling ook in de bescherming tegen zodanige krenking bestaat.

Daarentegen blijkt wel impliciet uit deze bepalingen dat de grondslag ervan niet louter de bescherming van de openbare orde is. Waarom immers refereren

25 E.J. de Roo, *Godslastering. Rechtsvergelijkende studie over blasfemie en andere religiedelicten* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1970, p. 94; J.W. Fokkens, 'Aant. 3 bij art. 147' (suppl. 1 jan 2000), in: Noyon/Langemijer/Rommelink.

26 Zie voor de misdrijven Tweede Boek, Titel V, en voor de overtredingen Derde Boek, Titel II.

27 Vgl. A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht*, z.pl.: WODC/Maastricht University 2010, p. 117-119.

28 De Roo 1970, p. 200 i.v.m. p. 31.

deze strafbaarstellingen uitdrukkelijk aan godsdienst en religieuze waarden, terwijl politieke voorkeuren of bijvoorbeeld de liefde voor een voetbalclub daarin geen bescherming vinden? Dat duidt op een – overigens niet per se onterecht – verschil in waardering van deze verschillende belangen. Strikt vanuit het oogpunt van de bescherming van de openbare orde valt dat immers niet goed te begrijpen: confrontaties tussen politieke demonstranten en tegendemonstranten alsmede voetbalrellen tonen dat belediging, discriminatie, beschimping en bespotting aan het adres van aanhangers van politieke stromingen of voetbalclubs eveneens gemakkelijk inbreuken op de openbare orde kunnen veroorzaken. Wel is het zo dat bescherming van politieke overtuigingen tegen dergelijke meningsuitingen het politieke debat zou kunnen verstoren. Maar in wezen is dat niet anders wanneer het om godsdienst gaat: ook voor zover deze bepalingen op religie zien beperken ze de vrijheid van meningsuiting. Over de band van de openbare orde genieten bepaalde vormen van religie dus een ruimere bescherming die niet geheel vanuit het belang bij bescherming van de openbare orde valt te verklaren.

Wat is dan de grondslag van die specifieke waardetoekenning aan religie die uit deze bepalingen volgt? De Roo onderkent verschillende potentiële gronden: de Religionsschutztheorie, de Gefühlsschutztheorie, bescherming van de godsdienst als cultuurobject en de verzekering van de vrijheid van religie.²⁹ De eerste grondslag, die ziet op de bescherming van de persoon of de eer van God, lijkt niet door de wetgever te zijn aanvaard.³⁰ In elk geval past die ook niet bij een neutrale opstelling van de wetgever tegenover godsdiensten en levensovertuigingen. Erkenning van deze grondslag zou immers niet alleen impliceren dat de wetgever zich met een bepaalde god identificeert, zoals in de preambule van het wetboek gebeurt; het zou zelfs betekenen dat de wetgever zich als beschermer van die god opwerpt, en dat zal vaak slechts mogelijk zijn ten koste van andere geloofsovertuigingen. Dat probleem bestaat niet per definitie bij de tweede grondslag: de bescherming van godsdienstige gevoelens. Althans wanneer andere fundamentele gevoelens evenzeer zouden worden beschermd, maar dat is zoals opgemerkt in veel mindere mate het geval. Niettemin blijkt uit de parlementaire geschiedenis over het godslasteringsverbod in artikel 147 sub 1 Sr dat deze bepaling ook los van de bescherming van de openbare orde de godsdienstige gevoelens beoogt te beschermen.³¹ Tegelijkertijd komt ook de vrijheid van religie als aanvullende grondslag van deze bepaling in de kamerstukken naar voren.³² Inmiddels wordt die door sommigen zelfs tamelijk nadrukkelijk opgevoerd.³³

29 *Idem*, p. 23-44.

30 Vgl. bijv. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, tweede deel, Haarlem: Tjeenk Willink 1881, p. 94-96 (artt. 145-147); voor art. 147 sub 1 Sr zie De Roo 1970, p. 98.

31 Stokkom, Sackers & Wils 2007, i.h.b. p. 92-93.

32 De Roo 1970, p. 98.

33 Zie *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 203, nr. 5, p. 3, 5, 7 en 11 (Verslag).

De vraag is echter in hoeverre het recht op religie het godslasteringsverbod kan rechtvaardigen. Relevant daarvoor is de jurisprudentie van vooral het VN Mensenrechtencomité (Human Rights Committee, HRC), dat toeziet op het IVBPR. Weliswaar acht het godslasteringsverboden als zodanig niet in strijd met dit verdrag, maar het staat er wel sterk afwijzend tegenover.³⁴ Dat geldt ook voor westerse staten die dergelijke verboden kennen, zelfs wanneer godslastering slechts als overtreding strafbaar is gesteld.³⁵ Daarnaast dient te worden bedacht dat godslastering als zodanig niet de mogelijkheid voor anderen belemmert om hun religie in vrijheid te belijden, althans niet meer dan dat soortgelijke lastering ten aanzien van de godsdienst als zodanig dat uiteindelijk kan doen. Dit roept de vraag op in welk opzicht en in welke mate godslastering wederrechtelijk is.

Wederrechtelijkheid

Wederrechtelijkheid komt niet als uitdrukkelijk bestanddeel voor in de artikelen 147 sub 1, 147a en 429bis Sr, maar ligt besloten in het bestanddeel 'smalende godslasteringen'. Wat betreft artikel 147 sub 2 en 3 gaat het respectievelijk om 'bespot' en 'beschimp't' en om de versterking van de dienst als gevolg daarvan. Nu de primaire grondslag van deze strafbaarstellingen bestaat in de bescherming tegen versterking van de openbare orde die door godslastering (of bespottig respectievelijk beschimping) zou kunnen ontstaan, zijn deze bepalingen abstracte gevaarzettingsdelicten. Voor zover ze materieel toch ook de godsdienstige gevoelens als zodanig beogen te beschermen, zijn het subsidiair ook krenkingsdelicten, omdat mag worden aangenomen dat openlijke godslastering altijd dergelijke gevoelens zal kwetsen. Subsidiair ligt de wederrechtelijkheid dus ook in dat kwetsen. Maar die gevoelens kunnen ook reeds – in elk geval de facto – via de hierna te bespreken artikelen 137c-137f en 429quater Sr inzake onder meer belediging van religieuze groepen worden beschermd. Hoeveer de bescherming van die bepalingen feitelijk strekt, is uiteraard afhankelijk van de juridische reikwijdte die de rechtspraak eraan geeft,³⁶ maar artikel 147 sub 1 Sr hoeft niet per se ruimere mogelijkheden voor zodanige bescherming te bieden. Hetzelfde geldt voor de artikelen 147a en 429bis Sr. In zoverre is dus geen behoefte aan zelfstandige godslasteringsverboden. De mogelijke aanvullende betekenis van de verboden zit hem er dan ook in dat daarmee het Opperwezen als zodanig rechtstreeks – en dus niet slechts via de groep die erin gelooft – bescherming kan krijgen.³⁷ De wederrechtelijkheid van godslastering bestaat in dat geval dus niet in de gevaarzetting van de open-

34 HRC, Concluding Observations, *Ireland*, CCPR A/48/40 (1993), par. 587 en 607; HRC, Concluding Observations, *Canada*, CCPR/C/103/Add.5 (1997), par. 196. De positie van het EHRM is veel minder duidelijk; zie nader Van Kempen 2011, par. 5.1.

35 HRC, Concluding Observations, *The United Kingdom – the Crown Dependencies of Jersey, Guernsey and the Isle of Man*, CCPR A/55/40 vol. I (2000), Zie sectie IV onder H.

36 Zie in dit verband o.a. HR 10 maart 2009, LjN BF0655, NJ 2010, 19, m.nt. Mevis ('Stop het gezwel dat Islam heet'); vgl. HR 23 november 2010, LjN BM9135 ('Combat 18'), r.o. 2.7.

37 Zie aldus ook de SGP in *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 203, nr. 5, p. 4 (Verslag).

bare orde of de krenking van godsdienstige gevoelens, maar direct in de krenking van het Opperwezen.

Slotsom

Het op die wijze ook tot 'Religionsschutz' laten strekken van artikel 147 sub 1 Sr strookt niet met de oorspronkelijke bedoeling van het delict.³⁸ Bovendien valt dat vanuit de primaire grondslag van de bepaling (bescherming van de openbare orde) niet te onderbouwen. Tot slot is het ook bezwaarlijk vanuit de scheiding tussen kerk en staat, omdat de overheid het Opperwezen daarmee zou erkennen en zelfs als beschermer daarvan zou optreden. De implicatie daarvan is de kennelijke afwijzing door de overheid van bijvoorbeeld atheïsme en niet monotheïstische religies. Wanneer zij zich beperkt tot bescherming van individuen die geloven is dat niet per definitie het geval. In zoverre bescherming van gelovigen wenselijk is dient deze ook daarom volledig via de artikelen 137c-137f en 429quater Sr plaats te hebben. De wetgever dient daarom de artikelen 147 sub 1, 147a en 429bis Sr te laten vervallen. Hoewel ook de strafbaarstellingen in artikel 147 sub 2 en 3 Sr niet geheel neutraal ten opzichte van alle geloofsovertuigingen zijn, is de noodzaak tot afschaffing daarvan veel geringer. Doordat de reikwijdte van deze strafbaarstellingen zich beperkt tot de dienst, zijn het in feite slechts species van de – nu mede te bespreken – artikelen 143-146 Sr.

6.2 Belediging, discriminatie en haat, en verstoren plechtigheden

Van een minder vergaande eenzijdige bescherming is sprake bij de artikelen 137c-137f Sr (misdrijven) en artikel 429quater Sr (overtreding). Deze bepalingen stellen onder meer verschillende vormen strafbaar van openbare belediging van een groep mensen wegens hun godsdienst of levensovertuiging, het aanzetten tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen vanwege hun godsdienst of levensovertuiging en het op die grond discrimineren van mensen. Verder beschermen de artikelen 145 en 146 tegen verhindering respectievelijk verstoring van geoorloofde openbare samenkomsten tot het belijden van 'godsdienst of levensovertuiging' of van geoorloofde 'godsdienstige of levensbeschouwelijke plechtigheden'.

Deze bepalingen zijn in zoverre neutraal dat deze niet alleen aan de christelijke of joodse godsdienst bescherming beogen te bieden, maar aan alle religies die het bestaan van een bovennatuurlijke macht aanvaarden, zoals de islam, boeddhisme, hindoeïsme en taoïsme.³⁹ Deze ruime definitie voorkomt bovendien in de meeste gevallen dat de rechter theologisch getinte uitspraken zal moeten doen

³⁸ De Roo 1970, p. 98.

³⁹ Zie met verdere literatuurverwijzingen Stokkom, Sackers & Wils 2007, p. 119; en voorts J.W. Fokkens, 'Aant. 2 bij art. 139' (suppl. 1 mei 2007), in: Noyon/Langemijer/Remmelink.

over de gelding als godsdienst van in Nederland minder gebruikelijke geloofstromingen. Haarscherp is ook deze definitie echter niet, zodat de rechter in sommige gevallen toch niet aan het doen van dergelijke uitspraken zal kunnen ontkomen. Zo is bijvoorbeeld onzeker of ook de scientology kerk, andere sekten en zelfs de satanskerk binnen de reikwijdte van de bepaling vallen.⁴⁰

Wat betreft het bestanddeel 'levensovertuigingen' geldt dat het daarbij lijkt te moeten gaan om een voor de betrokkenen 'heilige en existentiële opvatting' over de betekenis van het menselijke bestaan en de wijze waarop dat moet worden geleefd.⁴¹ Aldus zouden daar bijvoorbeeld atheïsme, agnosticisme en humanisme onder kunnen worden begrepen. Politieke overtuigingen en waarschijnlijk ook culturele overtuigingen alsmede opvattingen van bijvoorbeeld dierenbeschermers, ecologen en natuurgenezers genieten geen bescherming onder al deze bepalingen,⁴² hoewel ook dergelijke opvattingen fundamenteel van aard kunnen zijn en betrokkenen deze als onderdeel van hun wezen kunnen voelen.

Bij de artikelen 145 en 146 Sr komt de ongelijkheid in bescherming uiteindelijk overigens in een iets ander opzicht naar voren. Relevant is immers dat de artikelen 143 en 144 zien op verhindering en verstoring van bijeenkomsten in het algemeen, waardoor ook bijeenkomsten van politieke, culturele of ideologische aard bescherming in het wetboek vinden. Bij een vergelijking van deze bepalingen met de artikelen 145 en 146 Sr blijkt echter dat de wetgever hogere straffen bedreigt tegen verhindering en verstoring van bijeenkomsten van godsdienstige of levensbeschouwelijke aard dan wanneer het daarbij gaat om gewone vergaderingen of betogingen. Dat is een bewuste keuze.⁴³ De de facto bescherming van geloofsovertuigingen is hier dus niet ruimer maar slechts zwaarder.

Wat betreft de grondslag van de artikelen 137c-137f en 429quater Sr en de artikelen 145 en 146 geldt grotendeels hetzelfde als hiervoor is opgemerkt over 147, 147a en 429bis Sr. Die grondslag is de bescherming van de openbare orde tegen verstoring die wordt veroorzaakt door de gedragingen in de artikelen 145 en 146 Sr (aldus: krenkingsdelicten) of als gevolg van de gedragingen in de artikelen 137c-137f en 429quater Sr zou kunnen ontstaan (aldus: algemene gevaarzettingdelicten). Vooral wat betreft laatstgenoemde, meer recente bepalingen geldt dat die daarnaast toch ook op de vrijheid van religie en in mindere mate op de Gefühlsschutztheorie berusten.⁴⁴

Met die bescherming impliceren de artikelen 137c-137f en 429quater Sr een beperking van de vrijheid van meningsuiting wat betreft de mogelijkheid zich

40 *Idem.*

41 *Idem*, met verdere literatuurverwijzingen.

42 J.W. Fokkens, 'Aant. 4 bij art. 137c' (suppl. 1 aug 2005), in: Noyon/Langemijer/Remmelink.

43 Smidt II, p. 95 (artt. 143-146).

44 Stokkom, Sackers & Wils 2007, i.h.b. p. 113-114.

over gelovigen en mogelijk ook over religies uit te laten.⁴⁵ Wat eerder in feite al in relatie tot de vrijheid van religie werd verondersteld, moet ook gelden voor de vrijheid van meningsuiting: bij een inbreuk door het strafrecht daarop zal het wederrechtelijkheidsgehalte van de verboden gedraging in beginsel wezenlijke substantie moeten hebben wil de strafbaarstelling proportioneel zijn. Relevant is dan ook dat de wederrechtelijkheid bij deze delicten niet alleen in de krenking of gevaarstelling jegens deze rechtsbelangen schuilt. Ook op zichzelf drukken in deze bepalingen voorkomende gedragsbestanddelen als beledigen, aanzetten tot haat en discriminatie immers een zekere mate van wederrechtelijkheid uit. Het beschermen van burgers daartegen is als zodanig weinig problematisch, ook niet wanneer het daarbij om burgers gaat die vanwege hun geloofsovertuigingen bescherming vereisen.

Niettemin moet voor ogen worden gehouden dat deze bepalingen primair gevaarzettingsdelicten zijn. De proportionaliteit komt dan ook meer onder druk te staan naarmate deze strafbaarstellingen breder worden uitgelegd en toegepast. In dat geval wordt het bereik van de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting immers ruimer, terwijl het daadwerkelijke wederrechtelijkheidsgehalte van de meer in de marge verboden uitingen marginaler wordt. Daarom is het mijns inziens wenselijk het toepassingsbereik van de bepalingen te beperken tot die situaties waarin sprake is van een reëel risico op verstoring van de openbare orde. Daarbuiten – ook wanneer nog slechts via de artikelen 137c-137f en 429quater Sr tegen bijvoorbeeld smalende godslastering zou worden beschermd – dient geen strafrechtelijke aansprakelijkheid te bestaan.

7. STRAFBAARSTELLINGEN TER BESCHERMING TEGEN RELIGIE

In het Wetboek van Strafrecht komt slechts één strafbaarstelling voor die onder uitdrukkelijke verwijzing naar godsdienst een beperking van religieuze manifestatie inhoudt: artikel 449 Sr. Veel talrijker zijn de strafbaarstellingen die niet expliciet aan religie refereren maar die er wel toe strekken bepaalde religieuze of religie-culturele gedragingen te beperken of op andere wijze bijzondere relevantie hebben voor religies, religieuze autoriteiten of gelovigen. Ook deze komen hierna aan de orde. Overigens valt deze categorie bepalingen, mede doordat ze niet expliciet aan religie refereren, niet hard te omlijnen. Ik bespreek de bepalingen die het meest relevant lijken in dit opzicht.

⁴⁵ Zie wat betreft het laatste nogmaals HR 10 maart 2009, *LJN* BF0655, *NJ* 2010, 19, m.nt. Mevis ('Stop het gezwel dat Islam heet'); vgl. HR 23 november 2010, *LJN* BM9135 ('Combat 18'), r.o. 2.7.

7.1 Verbod religieus huwelijk zonder voorafgaand burgerlijk huwelijk

Artikel 449 Sr stelt als overtreding strafbaar de ‘bedienaar van de godsdienst die, voordat partijen hem hebben doen blijken dat hun huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken, enige godsdienstige plechtigheid daartoe betrekkelijk verricht’. Daarmee vormt deze bepaling de strafrechtelijke waarborging van het civielrechtelijke verbod uit artikel 1:68 BW.

Reikwijdte strafbaarstelling

Artikel 449 Sr strekt zich niet in gelijke mate uit over alle religies en levensovertuigingen. Ten eerste moet het gaan om een huwelijksvoltrekkingen door middel van een godsdienstige plechtigheid. Straffeloos is dan ook de rituele of culturele huwelijksvoltrekking die geen godsdienstige plechtigheid is, ongeacht door wie deze wordt verricht.⁴⁶ Bijvoorbeeld traditonele Roma- en Sinti-huwelijken – voor zover deze cultuur al als een levensovertuiging zou worden aangemerkt – hoeven dan ook niet door een burgerlijk huwelijk vooraf te worden gegaan. Een en ander maakt duidelijk dat artikel 449 Sr godsdiensten meer beperkt dan andere levensovertuigingen of levenswijzen, maar tegelijkertijd lijkt dit te impliceren dat de wetgever een hogere status toekent aan godsdienstige dan aan andere rituele huwelijksvoltrekkingen. Ondertussen laat het zojuist opgemerkte zien dat bij uitlegging en toepassing van het bestanddeel ‘goddienstige plechtigheid’ de rechter soms niet geheel aan theologische interpretaties en afwegingen zal kunnen ontkomen.⁴⁷ Dat gaat trouwens ook op bij de tweede voorwaarde voor strafbaarheid. Daarvoor is vereist dat de huwelijksvoltrekking plaatsvindt door een bedienaar van de godsdienst, zodat huwelijksvoltrekkingen door anderen buiten het bereik van de bepaling liggen. Hiervoor kwam het bestanddeel ‘bedienaar van de godsdienst’ al aan de orde.⁴⁸ Uit het daar opgemerkte volgt dat bijvoorbeeld katholieke priesters, dominees, rabbi’s en imams er onder vallen.

Toch is het de vraag of de sluiting van bijvoorbeeld een islamitisch huwelijk voorafgaand aan een burgerlijk huwelijk strafbaar is. Ten eerste hoeft daartoe volgens de traditie namelijk geen huwelijksinzegening of andere plechtigheid door een imam plaats te vinden en blijft het bij een overeenkomst tussen de betrokken partners.⁴⁹ Dat geldt ook voor huwelijken volgens de sharia.⁵⁰ In zoverre vallen islamitische huwelijken de facto dus buiten het bereik van artikel 449 Sr.

46 A.J. Machielse, ‘Aant. 1a bij art. 449’ (suppl. 1 apr 2000), in: Noyon/Langemijer/Remmelink.

47 Zie ook HR 22 juli 1850, W 1144, waarin de plechtigheid in casu wordt getoetst aan canoniek recht.

48 Zie paragraaf 6.1.

49 Sussan Rutten, ‘Protection of spouses in informal marriages by human rights’, *Utrecht Law Review* 2010, p. 80.

50 Zie M.S. Berger, *Klassieke sharia en vernieuwing*, Den Haag/Amsterdam: WRR/Amsterdam University Press 2006, p. 38.

Maar zelfs ingeval bij het huwelijk wel een imam is betrokken – in de praktijk blijken vooral Turkse imams wel informele huwelijken te sluiten⁵¹ – rijst de vraag of deze bepaling van toepassing is. Nu de betrokkenheid van een imam voor een islamitisch huwelijk niet nodig is en zelfs geen islamitisch gebruik betreft,⁵² kan zijn betrokkenheid niet als een constitutief element van de huwelijksluiting gelden. Weliswaar vereist artikel 449 Sr slechts dat de bedienaar van de godsdienst een handeling tot het huwelijk ‘betrekkelijk verricht’, zodat de handeling niet per se in de huwelijksvoltrekking zelf hoeft te bestaan,⁵³ maar de handeling moet nog wel een met die huwelijksvoltrekking noodzakelijk in verband staande ‘godsdienstige plechtigheid’ betreffen. Omdat de islamitische godsdienst geen enkele betrokkenheid van een imam bij huwelijksluiting verlangt, maar zodanige betrokkenheid kennelijk slechts als niet in strijd met de islam geldt,⁵⁴ lijkt het hier niet om een godsdienstige plechtigheid te gaan maar om een niet-godsdienstige plechtigheid door een bedienaar van een godsdienst. Het laatste ligt buiten het bereik van artikel 449 Sr.⁵⁵ Het is daardoor zeer twijfelachtig of deze bepaling zich juridisch uitstrekt over betrokkenheid van een imam bij een islamitisch huwelijk. Indien dat inderdaad niet het geval is impliceert dit een ongelijke werking van deze bepaling ten aanzien van de verschillende godsdiensten.

Verder is voor de reikwijdte van artikel 449 Sr nog van belang dat het bestanddeel huwelijk, in afwijking van alle andere bepalingen in het wetboek waarin deze term voor komt, niet tevens het geregistreerd partnerschap omvat (zie art. 90octies Sr; vgl. art. 80a lid 6 BW). Dat betekent naar de letter van artikel 449 Sr dat een geregistreerd partnerschap niet de uit deze bepaling volgende plicht kan

51 L.G.H. Bakker e.a., *Sharia in Nederland. Een studie naar islamitische advisering en geschilbeslechting bij moslims in Nederland*, z.pl.: WODC/Radboud Universiteit Nijmegen 2010, p. 55-57.

52 Bakker e.a. 2010, p. 56-57. Zie ook met verdere literatuurverwijzingen Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding, *Informeel islamitische huwelijken. Het verschijnsel en de (veiligheids)risico's*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006, p. 11-12.

53 Zie P. Kleene, ‘Nogmaals artikel 449 Wetboek van Strafrecht’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1940, p. 440-441; zie ook p. 431 over het onderscheid bij het katholieke huwelijk tussen ‘forma juridica’ en ‘forma liturgica’; en met verdere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen A.J. Machielse, ‘Aant. 1a en 2 bij art. 449’ (suppl. 1 apr 2000), in: Noyon/Langemijer/Rommelink. Dat de religieuze handeling niet per se in de huwelijksluiting als zodanig hoeft te bestaan wordt wel miskend; dat lijkt bijvoorbeeld het geval te zijn in Joanne van der Leun & Avalon Leupen, *Informeel huwelijken in Nederland; een exploratieve studie*, Leiden: Universiteit Leiden 2009, p. 42.

54 Bakker e.a. 2010, p. 56.

55 Daarop duidt overigens ook het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord, waarin wordt gesteld dat ‘het huwelijk bij de Israëlieten [...] niet eene godsdienstige plechtigheid in den strikten zin des woords’ is en vervolgens blijkt dat dit huwelijk buiten de reikwijdte van het verbod valt; zie Smidt III, p. 248-249; zie ook p. 250 (art. 449).

vervullen dat voor de voltrekking van een religieus huwelijk de partijen de bedienaar van de godsdienst moeten 'hebben doen blijken dat hun huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken'. Het sluiten van een religieus huwelijk is dus ook strafbaar indien de betrokkenen voor (of trouwens ook na) dat huwelijk een geregistreerd partnerschap met elkaar zijn aangegaan,⁵⁶ zelfs indien de huwelijkspartners voor de voltrekking bewijs van een geregistreerd partnerschap overleggen. Loonstein betoogt echter dat artikel 1:80a BW buiten twijfel lijkt te willen stellen dat (aanstaande) geregistreerde partners geen last hebben van de verbodsbepaling van artikel 1:68 BW.⁵⁷ Waarop deze bevinding steunt wordt niet helemaal duidelijk, al lijkt het erop dat hij dit afleidt uit het feit dat artikel 1:80a BW niet artikel 1:68 BW noemt. Dat is op zichzelf juist, maar ligt – anders dan Loonstein kennelijk meent – ook voor de hand: dat er eerst een religieus huwelijk is aangegaan is immers geen beletsel voor het sluiten van een burgerlijk huwelijk of geregistreerd partnerschap (art. 1:68 BW en art. 449 Sr impliceren juist en alleen het omgekeerde), zodat het in art. 1:80a BW opnemen van de eis dat aan art. 1:68 BW moet zijn voldaan onbegrijpelijk zou zijn. Wat wel denkbaar zou zijn geweest, is dat de wetgever onder 'huwelijk' in de zin van het verbod van art. 1:68 BW en art. 449 Sr ook 'geregistreerd partnerschap' zou hebben verstaan, in welk geval het sluiten van een religieus huwelijk na zo'n partnerschap buiten het bereik van het verbod zou zijn gebleven. Maar daarvan is nu juist uitdrukkelijk afgezien, zoals artikel 90octies Sr onmiskenbaar duidelijk maakt. Tegen die achtergrond is er mijns inziens geen ruimte voor de strafrechter om in geval van een religieus huwelijk na een geregistreerd partnerschap via een enge delictsinterpretatie tot ontslag van alle rechtsvervolgning te komen wegens niet-kwalificeerbaarheid van het feit, laat staan dat de rechter dan tot het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid zou kunnen concluderen. Zonder wetswijziging blijft artikel 449 Sr dus een beletsel om het religieus huwelijk in meer moderne samenlevingsvormen in te passen.

Rechtsgrondslagen

Aanvankelijk was de ratio van de strafbepaling te voorkomen dat het kerkelijk huwelijk in de plaats zal treden voor het burgerlijke.⁵⁸ Inmiddels zijn er meer belangen die in feite door het verbod worden beschermd. Zo helpt het verbod te voorkomen dat de indruk ontstaat dat een religieus huwelijk in burgerrechtelijke zin gevolgen heeft terwijl dat niet het geval is, hetgeen tegenwoordig vooral nog van belang kan zijn voor uit andere dan de Nederlandse cultuur afkomstige per-

56 Zie anders A.J. Machielse, 'Aant. 2 bij art. 90octies' (suppl. 1 okt 2000), in: Noyon/Langemijer/Remmelink.

57 H. Loonstein, 'Geregistreerd partnerschap en het kerkelijk huwelijk', *FJR* 2005, 44, p. 126-127.

58 A.J. Machielse, 'Aant. 3 bij art. 449' (suppl. 1 apr 2000), in: Noyon/Langemijer/Remmelink; H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, derde deel, Haarlem: Tjeenk Willink, 1882, p. 248 (art. 449).

sonen.⁵⁹ Daarnaast ondersteunt het verbod een ander verbod, namelijk dat van polygamie uit de artikelen 237-238 Sr (zie daarover nader verderop). Doordat een religieus huwelijk slechts kan plaatsvinden na sluiting van een burgerlijk huwelijk, terwijl een persoon naar Nederlands recht tegelijkertijd slechts met één ander persoon door het huwelijk verbonden kan zijn (art. 1:33 BW) en ambtenaren van de burgerlijke stand aldus geen huwelijken in strijd daarmee mogen voltrekken (art. 1:57 BW en art. 379 lid 1 Sr), sluit het Nederlands recht juridisch de mogelijkheid van het voltrekken van polygame religieuze huwelijken in Nederland uit. Op dezelfde wijze ondersteunt het verbod van artikel 449 Sr enkele voorschriften, waaronder de aan huwelijken verbonden leeftijdsvereisten (zie de artt. 1:31, 1:35-36 BW) en beperkingen in verband met familieverbandschap (zie art. 1:41 BW), terwijl het een extra drempel opwerpt tegen schijnhuwelijken en gedwongen huwelijken. Dit alles geldt althans voor zover een religieus huwelijk binnen de reikwijdte van artikel 449 Sr valt, want dat is zoals hiervoor bleek lang niet altijd het geval. Tot slot gaat van het verbod ook in ander opzicht een zekere bescherming van de vrouw uit: waar een burgerlijk huwelijk naar Nederlands recht van gelijke rechten en plichten voor beide huwelijkspartners uitgaat, is dat bij religieuze huwelijken in veel gevallen niet of veel minder duidelijk gegarandeerd. Doordat eerst een burgerlijk huwelijk moet worden gesloten, geniet een vrouw die vervolgens in een religieus huwelijk treedt dus toch volledige burgerlijk rechtelijke bescherming.⁶⁰ Dat is vooral wanneer het gaat om culturen waarin van een geëmancipeerde positie van vrouwen nog niet wezenlijk sprake is geen theoretisch argument. Juist de presumptie dat een huwelijksverbintenis wordt aangegaan tussen gelijkwaardige partners zal dan vaak niet meer dan een fictie zijn.

Wederrechtelijkheid

De vraag is in welk opzicht de in artikel 449 Sr strafbaar gestelde gedraging wederrechtelijk is, waarin het onrecht bij die gedraging bestaat. De bepaling kent niet het bestanddeel wederrechtelijk en bevat ook overigens geen bestanddelen die reeds op zichzelf onrechtmatigheid uitdrukken (zoals in andere strafbepalingen voorkomende termen als belediging, aanzetten tot haat en discriminatie, lastering en verstoren dat wel doen). Formeel ligt de onrechtmatigheid in overtreding van het verbod dat ook is opgenomen in artikel 1:68 BW. In zoverre is artikel 449 Sr een krenkingsdelict.

Materieel bestaat het onrecht echter in doorkruising van de rechtsbelangen die aan het verbod ten grondslag liggen. Maar dit geldt wel slechts in bepaald opzicht. De bepaling ziet immers alleen op de bedienaar van de godsdienst en

⁵⁹ Zie J. de Boer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 161.

⁶⁰ Zie M.J.A. van Maurik, 'Wettelijke en contractuele vormgeving van affectieve relaties', in: *Recht met sfeer. Bloemlezing uit eigen werk*, Deventer: Kluwer 2008 (artikel oorspronkelijk uit 1999), p. 151, die stelt dat dit argument geen stand houdt 'in een maatschappij van volwassen burgers'.

niet ook op degenen die het religieuze huwelijk aangaan. De wederrechtelijkheid schuilt dan ook niet in het religieuze huwelijk als zodanig of in het feit dat daaraan voorrang wordt gegeven door de huwelijkspartners. Het gaat erom dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bedienaar van de godsdienst – door een huwelijk te sluiten waaraan geen burgerlijk huwelijk vooraf is gegaan of zelfs al door niet te toetsen of dit het geval is – het primaat van het burgerlijk huwelijk, burgerrechtelijke rechtszekerheid, het verbod van polygamie en de rechten van vrouwen onvoldoende mee helpt te verzekeren.

Daarbij hoeven deze belangen niet daadwerkelijk te zijn geschaad. Vaak zal dat ook niet het geval zijn. Goed denkbaar is immers dat twee personen met kennis van de juridische onwaarde van het religieuze huwelijk, op basis van gelijkwaardigheid exclusief voor elkaar kiezen en de religieuze plechtigheid daarbij als niet meer zien dan een gepaste bezegeling van die keuze. Daarbij is zelfs mogelijk dat met medeweten van de bedienaar van de godsdienst betrokkenen vooraf of achteraf een geregistreerd partnerschap sluiten of kort na de religieuze plechtigheid een burgerlijk huwelijk aangaan omdat zij meteen al inzagen dat dit juridisch – maar niet spiritueel – het primaat heeft. Van krenking van de belangen die artikel 449 Sr beoogt te beschermen hoeft bij overtreding van deze bepaling dus geen sprake te zijn. Materieel bezien is artikel 449 Sr daarom in de eerste plaats een abstract gevaarzettingsdelict.

Verzet de vrijheid van religie zich tegen het verbod?

Volgens sommigen is artikel 1:68 BW en a fortiori artikel 449 Sr in strijd zijn met het recht op vrijheid van religie.⁶¹ Echter, volgens HR 22 juni 1971, NJ 1972, 31, geldt dat de beperking die artikel 449 Sr aan de bedienaar van de godsdienst oplegt geen schending oplevert van artikel 9 EVRM. Weliswaar maakt de beperking die van artikel 449 Sr uitgaat inbreuk op de vrijheid van religie, maar nu die beperking bij de wet is voorzien en nodig is in een democratische samenleving met het oog op de openbare orde is deze volgens de Hoge Raad toelaatbaar. Of de beperking ook nu nog noodzakelijk – en proportioneel – is lijkt mij betwistbaar. Artikel 449 Sr impliceert dat een religieus huwelijk nog altijd slechts mogelijk is na een burgerlijk huwelijk en niet ook in het verlengde van andere erkende samenlevingsvormen zoals het geregistreerd partnerschap. Bovendien betekent handhaving van de bepaling de vervolging van een geestelijk leider vanwege een religieuze handeling die als zodanig overigens volstrekt niet als wederrechtelijk wordt aangemerkt. Daarmee lijkt mij sprake te zijn van een wezenlijke beperking van de vrijheid van religie. De vraag is of die beperking proportioneel is gelet op de rechtsbelangen achter artikel 449 Sr.

61 Zie aldus Van Maurik, p. 151.

Wat betreft de bescherming van het burgerlijk huwelijk tegen het religieuze huwelijk geldt dat de behoefte daaraan tegenwoordig nogal gering lijkt.⁶² Het burgerlijk huwelijk heeft maatschappelijk immers evident het primaat verworven boven het religieus huwelijk. Daarmee is duidelijk dat de maatschappij algemeen doordrongen is van de verhouding tussen het burgerlijk en religieus huwelijk en de status van elk van deze. Weliswaar is denkbaar dat dit onder bepaalde culturele minderheden in Nederland nog minder het geval is, maar doordat onder meer het islamitisch – inclusief het sharia – huwelijk doorgaans de facto en overigens waarschijnlijk ook juridisch buiten de reikwijdte van artikel 449 Sr valt, kan deze bepaling ten aanzien van een belangrijk deel van die minderheden geen effect hebben. Bovendien kan de bepaling juist dan dus ook niet bijdragen aan de belangen van burgerrechtelijke rechtszekerheid, het verbod van polygamie en de rechten van vrouwen. In feite komt het erop neer dat artikel 449 Sr vooral nog beschermt tegen de mogelijkheid dat het burgerlijk huwelijk weer ooit het primaat aan het religieus huwelijk zou verliezen. Het gevolg daarvan is dat tegenover een serieuze inbreuk op het recht op vrijheid van religie de facto slechts een nogal beperkt en abstract rechtsbelang staat. Daarmee zal ook het wederrechtelijkheidsgehalte van overtreding van deze bepaling doorgaans nogal laag zijn. In mijn ogen valt dan ook moeilijk overtuigend te verdedigen dat het strafrechtelijke verbod van artikel 449 Sr zoals dit thans luidt in de Nederlandse democratische samenleving noodzakelijk is.

Toch is voormeld ongeveer veertig jaar oude arrest van de Hoge Raad waarschijnlijk in overeenstemming met recente jurisprudentie van het Straatsburgse Hof.⁶³ Die jurisprudentie houdt ten eerst in dat staten religieuze huwelijken in het geheel niet hoeven te erkennen. Daarnaast blijkt eruit dat staten een behoorlijke ruimte hebben om het huwelijk naar eigen inzicht juridisch te regelen. In het arrest-*Şerife Yiğit tegen Turkije* wordt bovendien nadrukkelijk duidelijk dat het EHRM er veel waarde aan hecht wanneer huwelijkswetgeving mede strekt tot het tegengaan van polygame huwelijken en het beschermen van de rechten van vrouwen.⁶⁴ Hoewel het Hof niet nadrukkelijk concludeert dat verboden als uit artikel 449 Sr in beginsel zijn toegestaan, lijkt die conclusie toch wel uit het arrest te volgen. Daartoe telt dat dergelijke verboden aan de zojuist genoemde bescherming kunnen bijdragen, hetgeen overigens in ruimere mate lijkt op te gaan voor het Turkse artikel 230 Sr dan voor het enger geformuleerde Nederlandse

62 Overigens werd dit standpunt al in 1900 verdedigd door A.C.M. Schaepman, *Het burgerlijk huwelijk der Rooms-Katholieken in Nederland. Aantekening op art. 449 van het Wetboek van Strafrecht*, Utrecht: Van Rossum 1900, p. 13-15, en was het in 1880 voorwerp van parlementair debat; zie Smidt III, p. 251-253 (art. 449).

63 Zie EHRM (GK) 2 november 2010, *Şerife Yiğit v. Turkey*, Appl. 3976/05, par. 81-88 en 93-103; en voorts bijv. EHRM 9 december 2010, *Savez crkava 'Riječ života' v. Croatia*, Appl. 7798/08, par. 56 en 58; EHRM 6 juli 2010, *Green and Farhat v. Malta*, Appl. 38797/07, par. 1.

64 EHRM (GK) 2 november 2010, *Şerife Yiğit v. Turkey*, Appl. 3976/05, par. 81-88 en 93-103.

artikel 449 Sr.⁶⁵ Verder is van belang dat het Hof ook in zijn overwegingen verwijst naar die Turkse evenknie van het artikel 449 Sr-verbod.⁶⁶ Van enige afkeuring door het Hof van het verbod blijkt daarbij volstrekt niet. Daarmee miskent het EHRM in mijn ogen wat al te gemakkelijk de spanning tussen het verbod en de vrijheid van religie, en gaat het bovendien ten onrechte voorbij aan de vraag of het concrete verbod de daaraan ten grondslag liggende belangen in de staat in kwestie daadwerkelijk mee kan helpen verwezenlijken. Wel laat de Straatsburgse jurisprudentie zien dat huwelijkswetgeving in beginsel niet mag discrimineren tussen verschillende religies.⁶⁷ Daarbij betreft het Hof echter niet dat het verbod niet voor alle godsdiensten dezelfde consequenties heeft. Religieuze huwelijken en culturele huwelijken mogen daarentegen overigens wel verschillend worden behandeld.⁶⁸

Verzet de scheiding van kerk en staat zich tegen het verbod?

Ook het principe van de scheiding van kerk en staat wordt wel als beletsel voor het artikel 449-verbod opgeworpen.⁶⁹ Aanvankelijk werd het verbod echter juist ook als een toepassing van het beginsel gezien.⁷⁰ Bij de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht bleek dat de regering het beginsel nog altijd niet als een obstakel beschouwt voor het verbod van artikel 449 Sr.⁷¹ Toch lijkt mij het verbod zeker niet onproblematisch vanuit het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat.⁷² Ten eerste maakt het verbod inbreuk op het aan het beginsel ten grondslag liggende rechtsbelang bij bescherming tegen de staat van kerkgenootschappen en de autonomie van hun geloof. Dit is vooral het geval doordat het verbod de mogelijkheden voor denominaties om religieuze huwelijken te sluiten aanzienlijk beperkt doordat deze slechts na een burgerlijk huwelijk kunnen plaatsvinden. Verder verplicht artikel 449 Sr de bedienaar van de godsdienst te controleren of een burgerlijk rechtelijk huwelijk is gesloten, waarmee deze in feite tot verlengstuk van de staat in de handhaving van het burgerlijk

65 Art. 230 Sr-Turkije luidt (vertaling ontleend aan par. 22 van voormeld arrest): *'Any person who solemnises a religious marriage without having seen the document certifying that a marriage ceremony was performed in accordance with the law shall be liable to a term of imprisonment of between two and six months.'*

66 EHRM (GK) 2 november 2010, *Şerife Yiğit v. Turkey*, Appl. 3976/05, par. 22, 62 en vooral 84.

67 EHRM 9 december 2010, *Savez crkava 'Riječ života' v. Croatia*, Appl. 7798/08, par. 85-93.

68 EHRM 8 december 2009, *Muñoz Díaz v. Spain*, Appl. 49151/07, par. 80.

69 Bijvoorbeeld door A.P.H. Meijers, 'Art. 1:68 BW en art. 449 Sr: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk bezien vanuit Rooms-katholiek standpunt', *NJB* 2002, 38, p. 1897-1898.

70 Schaepman 1900, p. 11. Maar overigens niet door iedereen: zie Smidt III, p. 249 (art. 449).

71 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 078, nr. 1, p. 9-10 (Brief; Burgerlijk huwelijk en kerkelijk huwelijk).

72 Ook zo Meijers 2002, p. 1897-1898.

recht wordt gemaakt.⁷³ Wat betreft het evenzeer aan het beginsel ten grondslag liggende rechtsbelang van bescherming van de staat tegen kerkgenootschappen en tegen religieuze krachten, lijkt het Nederlands recht verder te gaan dan in elk geval thans noodzakelijk is. Bij dit rechtsbelang past dat de staat het religieuze huwelijk niet erkent. Het is dan ook als zodanig niet in strijd met het scheidingsbeginsel dat het burgerlijk recht boven religieus recht of gewoonte gaat. In zoverre dat het geval is moet dat ook voor burgers duidelijk zijn. Maar niet erkennen is – ook gelet op het eerste rechtsbelang van bescherming van kerkgenootschappen tegen de staat – iets anders dan beperken of verbieden. Het strafrechtelijk verbod van artikel 449 Sr doet dat wel, terwijl dat voor de vereiste duidelijkheid niet nodig lijkt. Ook omdat deze bepaling zich de facto en overigens juridisch lang niet over alle religieuze huwelijke uitstrekt, zou goede voorlichting door de staat aan de burger in dit opzicht niet alleen aan het subsidiariteitsbeginsel tegemoet komen maar zelfs ook een effectiever middel kunnen zijn. Ten slotte bleek hiervoor al dat ook het individuele recht op vrijheid van religie, dat een derde rechtsbelang achter het beginsel is, zich in beginsel tegen het verbod verzet.

Slotsom

Het voorgaande brengt mij tot de conclusie dat artikel 449 Sr niet in de huidige vorm dient te worden gehandhaafd. Een oplossing is in grofweg twee richtingen denkbaar: aanpassen of afschaffen. Ingeval men voor aanpassing kiest, zou de reikwijdte van de bepaling zodanig moeten worden verruimd dat in beginsel alle religieuze huwelijken er onder vallen opdat het verbod daadwerkelijk het primaat van het burgerlijk huwelijk, burgerrechtelijke rechtszekerheid, het verbod van polygamie en de rechten van vrouwen kan ondersteunen. In dat geval blijft er spanning met de vrijheid van religie en de scheiding tussen kerk en staat bestaan, al is dat dan gelet op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit wel gemakkelijker te aanvaarden. Onvermijdelijk zal het verbod dan echter ook zeer ruim worden, wil het effectief zijn. Al gauw zal het zich dan moeten uitstrekken over een ieder die bij de religieuze huwelijksvoltrekking is betrokken (vgl. art. 504 Oorspronkelijk Regeringsontwerp Sr⁷⁴ en voormeld art. 230 Sr-Turkije) en zullen er ook allerlei plechtigheden die geen eigenlijke godsdienstige plechtigheden zijn onder komen te vallen. Dit zet de proportionaliteit dan toch weer onder druk. Bovendien lijken de zojuist genoemde belangen door onder meer goede voorlichting aan burgers zelfs beter te beschermen dan door een verbod. Artikel 449 Sr verdient naar mijn mening daarom afschaffing.

⁷³ Zie aldus ook zo Meijers 2002, in de uitgebreide versie van de bijdrage op >www.njb.nl< (2002/38).

⁷⁴ Smidt III, p. 247-248 (art. 449).

7.2 Belediging, discriminatie en haat in het beroep van geestelijke

Van de bepalingen in het wetboek die mede tot bestrijding van bepaalde onwenselijk geachte manifestaties van religie strekken, maar zonder daarbij expliciet aan religie te refereren, verdient allereerst het beroepsverbod in artikel 137h Sr vermelding. Deze bepaling biedt de mogelijkheid tot ontzetting uit het beroep van degene die in zijn beroep de strafbare feiten pleegt als omschreven in de artikelen 131-134 Sr (opruiing), de artikelen 137c-137g (o.a. groepsbelediging en aanzetten tot haat, discriminatie en geweld) of artikel 147a (verspreiding van smalend godslasterlijke geschriften of afbeeldingen). Zoals hiervoor al aan de orde kwam in relatie tot artikel 28 lid 1 sub 5 Sr, kunnen ook onder meer priesters, dominees, rabbi's en imams als beroepbeoefenaars worden aangemerkt.

Interessant is dat de hiervoor in het kader van de bescherming van religie besproken artikelen 137c-137g en 147a Sr aldus tegelijkertijd impliciet – maar bedoeld – tot een zekere beperking van religieuze uitingen strekken.⁷⁵ Ze beperken de ruimte tot uitoefening van het recht op religie onder artikel 9 EVRM en het recht op vrijheid van meningsuiting onder artikel 10 EVRM. Daarmee handhaven ze tot op zekere hoogte de status quo die tussen en zelfs binnen religies in Nederland bestaat. Religies genieten onder deze bepaling dus niet alleen bijzondere bescherming maar ook een bijzondere beperking. Deze bestaat mede erin dat voor geestelijken een zwaardere aansprakelijkheid geldt doordat zij zelfs in hun religieuze beroepsuitoefening kunnen worden bestraft wanneer zij zich richten tegen andere religies.

Die aansprakelijkheid is echter niet breder dan anders. Integendeel. Discriminerende, beledigende en haatzaaiende uitingen zijn immers minder snel strafbaar wanneer deze op een religie zijn gegrond dan wanneer dat niet het geval is.⁷⁶ De religieuze achtergrond van uitingen kan met andere woorden tot op zekere hoogte het potentieel wederrechtelijke gehalte ervan oplossen. Deze ruimere bescherming van uitingen onder de vrijheid van religie dan onder de vrijheid van meningsuiting is mijns inziens – ook gelet op de openbare-ordegrondslag van de strafbaarstellingen waarnaar artikel 137h Sr verwijst – in zijn algemeenheid moeilijk verdedigbaar; in concreto kan dat anders zijn. Dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor religie-uitingen minder ruim is dan voor andere uitingen, neemt niet weg dat de bepalingen waarnaar artikel 137h Sr verwijst nog altijd ook een wezenlijke beperking van het recht op vrijheid van religie kunnen inhouden. Reeds wanneer de uitingen tot gevaarzetting leiden – in plaats van krenking – kunnen ze immers verboden zijn. Ook hier geldt daarom dat het toepassingsbe-

⁷⁵ Zie hiervoor paragraaf 6.

⁷⁶ Zie Janssens & Nieuwenhuis 2008, p. 155; G. Spong, 'Het Geloof in Discriminerend Recht: van het Paard van Troje tot 9/11 en onze polder', in: *Strafrechtelijk prikkeldraad*, Deventer: Kluwer 2007, p. 3-16 (i.h.b. p. 3-6 en 11-12); J.W. Fokkens, 'Aant. 10 bij art. 137c' (suppl. 1 aug 2005), in: Noyon/Langemijer/Remmeling.

reik van de bepalingen in elk geval niet verder dient te gaan dan voor zover sprake is van een reëel risico op verstoring van de openbare orde.

7.3 Rekrutering ten behoeve van de jihad

Relevant als het gaat om het instigieren van gewelddadigheden is ook artikel 205 Sr, welke bepaling strafbaarstelling inhoudt van werving voor de vreemde krijgsmacht en sinds 2004 met het oog op de bestrijding van terrorisme ook van werving voor de gewapende strijd.⁷⁷ Onder het kopje 'Rekrutering ten behoeve van de Jihad' laat de Regering er geen misverstand over bestaan dat het gewijzigde artikel 205 Sr buiten twijfel beoogt te stellen 'dat elk aanwerven voor een «jihad» (islamistische strijd) strafbaar is'.⁷⁸ De strafbepaling is dus uitdrukkelijk bedoeld om islamistisch extremisme te bestrijden. Hoewel de strafbepaling op zichzelf neutraal is ten opzichte van religies – en dat is het belangrijkste – is de toelichting erop dat allerm minst. Dat is mijns inziens op zichzelf nog niet per se bezwaarlijk. Los van de vraag of de bepaling noodzakelijk en qua reikwijdte wenselijk is, kan het doel ervan – te weten: het bestrijden van oorlogsachtige gewelddadigheden – moeilijk als problematisch worden beschouwd. Dat is niet wezenlijk anders bezien vanuit de scheiding tussen kerk en staat en het recht op vrijheid van religie. De gewapende jihad is immers zelf daarmee in strijd nu die opheffing van het onderscheid tussen kerk en staat nastreeft en geen wezenlijke ruimte laat voor niet- en anders-gelovigen. De wederrechtelijkheid van de aanwerving bestaat dan ook zowel in de oppositie tegen de democratische rechtstaat als in de gewelddadigheid die men beoogt te verwezenlijken als zodanig. Juist omdat een strafbepaling duidelijk en qua reikwijdte niet ruimer dan noodzakelijk behoort te zijn, is het bovendien van belang het wederrechtelijke gedrag dat de bepaling beoogt tegen te gaan helder naar voren te brengen, ook wanneer dat te bestrijden gedrag door een bepaalde religie is geïnspireerd. Het bezwaar is eerder dat de toelichting niet ook aandacht heeft voor andere vormen van aanwerven voor de gewapende strijd en zich daarmee ten onrecht eenzijdig tot de islam beperkt.

7.4 Geestelijken in gezagsrelaties bij zedenmisdrijven

Van heel andere orde zijn uiteraard de zedenmisdrijven in de artikelen 248 lid 2, 248a, 249 lid 1 en lid 2 sub 3, 250 lid 1 sub 1 en 251 Sr. Daarbij gaat het mij hier niet om de eventueel religieuze oorsprong van deze strafbaarstellingen, maar om de vraag naar de betekenis die daarin toekomt aan bestanddelen die gezags- en afhankelijkheidsrelaties aanduiden. Door onder meer de vele onthullingen over

⁷⁷ *Stb.* 2004, 290. Inwerkingtreding: 10 augustus 2004 (*Stb.* 2004, 373). *Kamerstukken* 28 463.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 463, nr. 8, p. 4 (Tweede nota van wijziging).

misbruik van minderjarige jongens door katholieke geestelijken is deze kwestie al heel wat jaren actueel.⁷⁹

Bij een nadere blik op deze bestanddelen blijkt dat ook geestelijken, zoals priesters, dominees, rabbi's en imams, kunnen gelden als: personen die een 'van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht' hebben (art. 248a Sr inzake het minderjarigen opzettelijk bewegen ontuchtige handelingen te plegen of het hen doen dulden daarvan);⁸⁰ personen aan wier 'zorg, opleiding of waakzaamheid' minderjarigen zijn 'toevertrouwd' (art. 248 lid 2 Sr inzake strafverhoging voor de in de artikelen 240b, 242-247 en 248a-248e genoemde delicten; art. 249 lid 1 Sr inzake ontucht plegen met minderjarige; art. 250 lid 1 sub 1 Sr over opzettelijk teweegbrengen of bevorderen van ontucht door minderjarigen);⁸¹ en functionarissen 'werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg' wanneer zij geestelijke zorg verlenen (art. 249 lid 2 sub 3 Sr inzake ontucht met minderjarigen).⁸² Ingevolge artikel 251 Sr telt bovendien dat genoemde geestelijken, indien zij zich in hun beroep van geestelijke schuldig maken aan een zedenmisdrif genoemd in de artikelen 240b-247 en 248a-250 omschreven, uit de uitoefening van dat beroep kunnen worden ontzet.⁸³

Deze zwaardere en veelal ook bredere aansprakelijkheden hangen samen met de gezags- of afhankelijkheidsrelatie die de geestelijke met de minderjarige heeft. In zoverre staan ze geheel los van de religie die hij dient en zijn ze gezien vanuit de scheiding van kerk en staat en het recht op vrijheid van religie nauwelijks of niet problematisch. Dat geldt ook wanneer men erbij betreft waarin zich het wederrechtelijke van de strafbaar gestelde gedraging schuilt: meer direct betreft dat het misbruik maken van of zich onverantwoordelijk gedragen vanuit een gezagspositie en voorts gaat het uiteindelijk ook om het onrecht dat pornografie, ontucht en verkrachting mede gelet op de gevolgen ervan voor het slachtoffer inhouden. Dat de religieuze aard van de gezagsrelatie als zodanig irrelevant is voor de strafbaarheid, neemt niet weg dat de formele en feitelijke status die een geestelijke binnen zijn godsdienst heeft, mede relevant kunnen zijn voor de vraag of van een gezags- of afhankelijkheidsrelatie sprake is. Tot diepgaande theologische

79 Zie reeds Teunis van Kooten & Jan Willem Sap, 'Het optreden tegen seksueel misbruik door kerkelijke ambtsdragers', *Ars Aequi* 2002, i.h.b. p. 515-516.

80 Dit bestanddeel wordt ruim uitgelegd; zie o.a. Gerechtshof Arnhem 25 maart 2010, *LJN* BL9478, par. 5.3.2 (grote leeftijdsverschil tussen verdachte en slachtoffer omstandigheid die tot overwicht op slachtoffer leidde) en Rechtbank Zutphen 1 maart 2006, *LJN* AV3246 (gedragingen verdachte via zijn webcam aangemerkt als misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht).

81 Hieronder vallen bijvoorbeeld ook gezinsvoogden, jeugdleiders, sporttrainers, kinderoppassers en personen die minderjarigen te logeren hebben; zie A.J. Machielse, 'Aant. 4 bij art. 249' (suppl. 1 okt 2008), in: Noyon/Langemijer/Remmelink.

82 Zie A.J. Machielse, aant. 8 bij art. 249 (suppl. 1 okt 2008), in: Noyon/Langemijer/Remmelink.

83 Zie hiervoor paragraaf 5.

beschouwingen zal dit de rechter echter niet dwingen, omdat dit vooral ook feitelijk dient te worden bekeken.

7.5 Schending van geheimen door geestelijken

Een voor religies interessant delict is ook het in artikel 272 Sr opgenomen verbod tot opzettelijke schending van een geheim waarvan men weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat men het uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren. Hiervoor kwam al herhaaldelijk aan de orde dat de beroepsmatige uitoefening van de positie als geestelijke als beroep in de zin van het beroepsverbod kan worden beschouwd.⁸⁴ Reeds in zoverre ligt het voor de hand onder beroep in de zin van artikel 272 Sr ook de beroepsuitoefening als bijvoorbeeld priester, dominee, rabbi en imam te laten vallen. Verder wijst Machielse er terecht op dat het bestanddeel beroep daarvoor ook meer geschikt is dan het bestanddeel ambt, nu kerkgenootschappen in Nederland in de privaatrechtelijke sfeer vertoeven.⁸⁵

Of een aan een geestelijke toevertrouwd geheim in concreto ook een geheim is dat hij 'uit hoofde van' zijn 'beroep verplicht is het te bewaren', zal mijns inziens niet alleen kunnen afhangen van de concrete feitelijke omstandigheden maar ook van de taken en verplichtingen die de geestelijke volgens zijn religie heeft. Van vervulling van dit bestanddeel is dan ook veel eerder sprake wanneer het tot de regels of gebruiken van de godsdienst behoort dat gelovige bepaalde informatie in vertrouwen aan geestelijke openbaren – zoals bijvoorbeeld in het katholieke geloof voor wat betreft de biecht het geval is – dan wanneer een zodanige informatie-uitwisseling atypisch voor de desbetreffende religie is.

Dit heeft ten minste twee gevolgen. Ten eerste dat de rechter ook bij deze bepaling er niet geheel aan zal kunnen ontkomen te beoordelen of de mededeling van het geheim een bepaalde theologische inbedding heeft. Daarnaast impliceert dit dat artikel 272 Sr niet alleen leidt tot bescherming van religieuze volgelingen tegen schending van geheimen door geestelijke leiders, maar ook tot bescherming van de regels of gebruiken van de religie zelf. Tegelijkertijd is duidelijk dat dit niet de achterliggende gedachte van de bepaling is; het gaat erom dat een ieder – religieus of niet-religieus – erop moet kunnen vertrouwen dat in vertrouwen gegeven informatie ook geheim blijft. De wederrechtelijkheid ligt in de schending van dat vertrouwen en niet in de schending van een religieuze regel als zodanig. In die zin dient de uitleg en toepassing van artikel 272 Sr wat betreft geestelijken ook niet te rechtstreeks afhankelijk te worden gemaakt van de achterliggende religie maar vooral contextueel te worden bepaald. Anders zou deze bepaling wel

⁸⁴ Zie hiervoor vooral paragraaf 5.

⁸⁵ A.J. Machielse, 'Aant. 8 bij art. 272' (suppl. 1 jul 2007), in: Noyon/Langemijer/Remmelink. Machielse merkt onder verwijzing naar literatuur op dat sommigen echter verdedigen dat de beroepsuitoefening als geestelijke onder het bestanddeel ambt valt.

te nadrukkelijk als strafrechtelijke sanctionering van religieuze regels gaan fungeren. Dat past niet bij de scheiding van kerk en staat.

7.6 Polygamie

Relevant hier zijn ook verschillende strafbepalingen die – evenals het al besproken artikel 449 Sr – het huwelijk tot onderwerp hebben: de artikelen 237 Sr en 379 lid 1 Sr. Deze bevatten strafbaarstellingen rondom het verbod van polygamie, dat strekt tot bescherming van het monogame huwelijk als belangrijke pijler van het Nederlandse familierecht⁸⁶ en het belang dat de burgerlijke staat van huwelijkspartners en kinderen zeker moet zijn.⁸⁷ Tegenwoordig wordt ook aangenomen dat het polygame huwelijk haaks op de gelijkheid tussen man en vrouw staat, en daarom onverenigbaar is met de Nederlandse rechtsorde.⁸⁸ Het verbod strekt er aldus ook toe tegen te gaan dat echtgenoten rechtens in een ongelijke positie komen te verkeren. Hoewel de ratio van het verbod dus primair bestaat in onze culturele historie, de rechtszekerheid en de bescherming van vrouwen – in de oorspronkelijke toelichtingen op de artikelen 237 Sr en 379 Sr komt religie zelfs niet ter sprake⁸⁹ – heeft het voor sommige religies of religieus gebaseerde gebruiken wel belangrijke consequenties. Een vorm van polygamie – te weten: polygynie, waarbij het om twee of meer vrouwen bij een man gaat – wordt immers als legitiem erkend en komt nog altijd op serieuze schaal voor in vooral de islam en in bepaalde afsplitsingen van het mormoons geloof.⁹⁰ Deze religies worden aldus beperkt door artikel 237 Sr, dat strafbaarstelling inhoudt van het opzettelijk een dubbel huwelijk aangaan of een huwelijk aangaan wetende dat de ander daardoor een dubbel huwelijk aangaat (zie ook artt. 1:33, 1:42 en 1:80a lid 1 en lid 2 BW). Artikel 379 lid 1 Sr ondersteunt het verbod van polygamie verder door te bepalen dat de ambtenaar van de burgerlijke stand die meewerkt aan een huwelijksvoltrekking wetende dat daardoor een polygaam huwelijk ontstaat strafbaar is (zie ook art. 1:57 BW).

In zowel artikel 237 Sr als artikel 379 Sr wordt onder huwelijk tevens het geregistreerd partnerschap verstaan (zie art. 90octies Sr). Daarnaast kunnen onder het bestanddeel huwelijk ook in het buitenland – maar niet in Nederland – gesloten religieuze huwelijken vallen. Bepalend is kort gezegd of het huwelijk naar het recht van de staat waar het gesloten is als een rechtsgeldig huwelijk geldt, hetgeen in elk geval zo is wanneer het conform de door het recht van die staat voor-

86 Zie Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner & Wendy Schrama, *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag/Utrecht: WODC/Universiteit Utrecht 2009, p. 20.

87 Smidt II, p. 269-270 (art. 137).

88 *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 123 VI, nr. 83, p. 1-2 (Brief, Kabinetsreactie onderzoek polygame huwelijken).

89 Smidt II, p. 269-272 (artt. 237); Smidt III, p. 93-94.

90 Zie Boele-Woelki, Curry-Sumner & Schrama 2009, p. 13-16.

geschreven vormen is aangegaan⁹¹ en dus volgens artikel 5 van de Wet conflictenrecht huwelijk in beginsel voor erkenning in aanmerking zou komen in Nederland. Nu veel staten religieuze huwelijken als rechtsgeldig erkennen, kunnen ook deze derhalve binnen het bereik van artikel 237 Sr en artikel 379 Sr vallen.⁹² Wat betreft Nederland heeft dit niets te maken met de erkenning van religieuze huwelijken, maar alles met de erkenning van conform buitenlands recht geldig tot stand gekomen rechtshandelingen.

De wederrechtelijkheid van polygamie hangt tamelijk rechtstreeks samen met de hiervoor genoemde rechtsbelangen achter de strafbaarstelling: de Nederlandse culturele historie, burgerrechtelijke rechtszekerheid en de bescherming van vrouwen. Dat wil echter niet per se zeggen dat polygamie deze belangen altijd daadwerkelijk doorkruist. Het cultuurhistorisch argument is in zoverre van beperkt gewicht dat polygame samenlevingscontracten wel zijn toegestaan en bovendien weer wel bij de Nederlandse vrijzinnige tolerantie lijken te passen. Voor rechtszekerheid over de burgerrechtelijke positie van personen in het polygame samenlevingsvorm geldt dat die er in een concreet geval heel goed kan zijn en dat die voor het overige deels valt te verschaffen door voorlichting. En ook van juridische of feitelijke ongelijkwaardigheid van vrouwen in een polygaam huwelijk hoeft niet altijd sprake te zijn. Waar artikel 237 Sr formeel gezien een krenkingsdelict inhoudt (schending van het polygamieverbod) betreft het materieel gezien een gevaarzettingsdelict (gevaarstelling jegens de zojuist genoemde rechtsbelangen). Anders dan bij artikel 449 Sr lijkt mij de strafbaarstelling van die gevaarstelling ook te rechtvaardigen.

Daartoe telt ten eerste dat het verbod gelijk geldt voor een ieder, van zeer orthodoxe gelovigen tot uiterst liberale ongelovigen. Het verbod strekt zich bijgevolg ook uit over die groepen in de samenleving waarin polygamie het meest voorkomt. Juist omdat het verbod in geval van religieuze polygamie de vrijheid van religie in voorkomende gevallen wezenlijk beperkt en dus een ingrijpen van de staat in religie meebrengt, moeten daarvoor goede argumenten bestaan. Het cultuurhistorisch argument lijkt mij in dit opzicht op zichzelf te willekeurig en subjectief, ook omdat er materieel niet meer gewicht aan kan toekomen dan wanneer groepen zich ten faveure van polygamie of bijvoorbeeld vrouwenbesnijdenis op hun culturele historie beroepen. Van meer gewicht lijkt mij dat erkenning van polygame huwelijken het Nederlandse rechtstelsel zou doorkruisen, aangezien de wetgeving die rechten en plichten aan het huwelijk verbindt –

91 Zie HR 1 december 2009, *LJN BJ2779*, *NJ* 2010, 118, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 3.3; zie ook de conclusie van A-G Machielse (punt 3.6) en de noot van Wortmann (punt 2 en 3).

92 Uit een door de Raad van Europa onder zesendertig Europese staten verricht rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat verschillende vormen van religieuze huwelijken worden erkend door veertien daarvan, te weten: Cyprus, Tsjechië, Denemarken, Finland, Griekenland, Ierland, Italië, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Portugal, Spanje en het Verenigd Koninkrijk; zie EHRM (GK) 2 november 2010, *Şerife Yiğit v. Turkey*, Appl. 3976/05, par. 41.

burgerlijk recht, belastingrecht, bestuursrecht – in beginsel uitgaat van een huwelijk bestaande uit twee personen. Maar omdat dit stelsel zo nodig zou kunnen worden aangepast, al zou dat een grootschalige en fundamentele ingreep erin vereisen, komt het mijns inziens vooral aan op het derde rechtsbelang: bescherming van gelijkheids- en andere rechten van vrouwen. De praktijk laat zien dat die rechten ernstig kunnen worden geschaad, onder meer door de minderwaardige positie in het huwelijk, huwelijks- en erfrechtelijke achterstelling, financiële afhankelijkheid, geweld en/of bedreiging van de gezondheid.⁹³ Onder meer een grote hoeveelheid rapporten en concluding observations van VN-mensenrechtenorganen die landen van de over de hele wereld betreffen laten zien dat daarvan in veel situaties van religie gebaseerde polygamie ook sprake van is.⁹⁴ Ook omdat het een taak is van de staat om veiligheid aan haar burgers te bieden, lijkt mij het belang van vrouwen de inbreuk van het polygamieverbod op het scheidingsbeginsel en op het religierecht te rechtvaardigen.

7.7 Meisjesbesnijdenis

In sommige culturen worden bij meisjes de schaamlippen en/of de clitoris geheel of gedeeltelijk weggesneden in de – volgens veel deskundigen onjuiste – aannahme dat dit is voorgeschreven door de sharia.⁹⁵ Het Nederlandse wetboek kent geen uitdrukkelijk verbod van zogenoemde vrouwelijke genitale verminking, maar wel is het als mishandeling strafbaar gesteld in de artikelen 300-303 Sr⁹⁶ en zal het onder omstandigheden ook als verkrachting en/of seksueel misbruik in de zin van de artikelen 242-250 Sr kunnen worden aangemerkt. Niettemin maakt het wetboek wel expliciet melding van ‘genitale verminking van een persoon van het vrouwelijke geslacht, en gepleegd ten aanzien van een persoon die de leeftijd van

93 Zie met verdere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen: Shayna M. Sigman, ‘Everything Lawyers Know About Polygamy Is Wrong’, 16 *Cornell Journal of Law and Public Policy* 101 (2006), p. 169-174; Vanessa von Struensee, ‘The Contribution of Polygamy to Women’s Oppression and Impoverishment: An Argument for its Prohibition’, 12 *Murdoch University Electronic Journal of Law* 1 (2005); Van der Leun & Leupen 2009, p. 15-16 en 19-20.

94 Zie, als willekeurige illustratie, HRC, Concluding Observations, *Yemen*, CCPR, par. 83 (onder: 9). Zie ook HRC, *General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (Article 3)*, 29 March 2000, par. 24; Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW): *General Recommendation No. 21. Equality in marriage and family relations*, 13th session, 1994, par. 14 en 39; CEDAW, *General Recommendation No. 24. Article 12: Women and health*, 20th session, 1999, par. 18; en CEDAW, *Concluding Observations, The Netherlands*, CEDAW A/56/38 (2001), par. 207.

95 Zie Berger 2006, p. 81, 83, 86-87 (zie ook zijn voetnoot 6); Bakker e.a. 2010, p. 36-37; zie ook het rapport *Womankind Worldwide, Female Genital Mutilation: Religious and Legal Perspectives*, London: Womankind 2007, p. 16-19.

96 Zie *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 386, 3, p. 2 (MvT).

achttien jaren nog niet heeft bereikt'. Dit gebeurt sinds 1 februari 2006⁹⁷ in de artikelen 5 en 5a Sr, welke rechtsmacht voor genitale verminking van minderjarige vrouwen ingevolge respectievelijk het actief nationaliteitsbeginsel en het actief domiciliebeginsel vestigen, en sinds 1 juli 2009⁹⁸ in artikel 71 Sr, dat bepaalt dat de verjaringstermijn voor dit feit pas aanvangt op de dag na die waarop het slachtoffer van het feit achttien jaren is geworden.

De strafbaarstelling, rechtsmachtregeling en verjaringstermijn terzake genitale verminking van minderjarige meisjes lijkt mij vanuit zowel de scheiding van kerk en staat als het recht op vrijheid van religie weinig problematisch. De wederrechtelijkheid van vrouwenbesnijdenis is evident nu die tot levenslange verminking van vrouwelijke betrokkene leidt en op een leeftijd wordt toegepast waarop die betrokkene nog niet in staat kan worden geacht daarover zelf een afgewogen en definitieve beslissing te nemen. Zelfs wanneer men meisjesbesnijdenis als een uitvloeisel van religie beschouwt, vormt die toch een ernstige schending van de vrijheid van religie. Dat geldt in elk geval bezien vanuit de horizontale verhouding tussen slachtoffer en haar geloofsgenoten, aangezien hier een religieuze keuze voor betrokkene door die geloofsgenoten wordt gemaakt die zij later feitelijk nooit meer kan wijzigen. Voor zover men het verbod van meisjesbesnijdenis verder al als een inbreuk op het scheidingsbeginsel ziet, lijkt mij die zonder meer gerechtvaardigd, gelet op het belang bij religievrijheid voor het betrokken meisje en gezien de kerntaak van de staat om haar burgers tegen aantastingen van hun fysieke integriteit te beschermen.

Natuurlijk is deze argumentatie minder dwingend wanneer de besnijdenis is beperkt tot incisie, waarbij het gaat om het aan brengen van een prik of sneetje in de voorhuid van de clitoris met als doel enkele druppels bloed te laten vloeien.⁹⁹ Toch lijkt mij ook een dergelijk ritueel als strafbaar te moeten worden aange merkt, gelet op de inbreuk op de religievrijheid die gepaard gaat met een inbreuk op fysieke integriteit van de minderjarige en op de risico's die ook dit handelen met zich brengt.¹⁰⁰ Daarbij zou er mijns inziens in het vervolgingsbeleid van vrouwenbesnijdenis wel van tevoren doordachte ruimte moeten zijn om in bepaalde gevallen van vervolging af te zien.

97 *Stb.* 2006, 23.

98 *Stb.* 2009, 263.

99 Zie *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 484, 41, p. 2 (Gewijzigd amendement).

100 Het niet voor strafbaar houden van incisie wordt als mogelijkheid erkend door W. van der Burg, 'Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat', in: *Multiculturaliteit en Recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2008-1), Deventer: Kluwer 2008, p. 50.

Ook in een heterogene samenleving als de Nederlandse kan het strafrecht onmogelijk volstrekt geloofsovertuigingneutraal zijn. Dat in het voorgaande vele bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht aan bod kwamen die uitdrukkelijke of impliciete erkenning, bescherming of beperking van religie inhouden is in zoverre niet verwonderlijk. Over de aanvaardbaarheid van die bepalingen zegt dat echter nog weinig. Verschillende fundamentele stelregels impliceren immers dat inmenging in religie door de overheid via het strafrecht proportioneel en subsidiair dient te zijn en vanuit een zo neutraal mogelijke invalshoek behoort plaats te vinden. De belangrijkste daarvan zijn besproken: het recht op vrijheid van geloofsovertuiging (religie en levensovertuiging), het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat, het principe dat strafrecht *ultimum remedium* is en het uitgangspunt dat het strafrecht ook in een waardeheterogene maatschappij adequaat en overtuigend dient te functioneren.

Die neutraliteit veronderstelt een onpartijdige, onafhankelijke en zo gelijk mogelijke benadering door de overheid van de verschillende religies, levensovertuigingen en eventueel zelfs andere fundamenteel gevoelde opvattingen. In beginsel valt dit het best te waarborgen door zelfs wanneer het noodzakelijk is religie via het strafrecht te beschermen of beperken, dit zoveel mogelijk via geloofsovertuigingneutrale strafbaarstellingen te doen. Dit betekent dus niet dat strafbepalingen nooit aan religieus gedrag mogen refereren. Relevant is immers dat de overheid ook met andere belangen rekening moet houden. Zo dient het strafrecht tot op zekere hoogte een weerspiegeling te zijn van morele waarden die maatschappelijk breed worden gedragen en als fundamenteel worden beschouwd. Bovendien impliceert het *ultimum remedium* principe ook dat strafbaarstellingen niet ruimer dan noodzakelijk dienen te zijn, terwijl het legaliteitsbeginsel vereist dat deze precies worden geformuleerd. Dit kan betekenen dat het nuttig of zelfs nodig is in een strafbaarstelling expliciet naar religie, religieuze autoriteiten of gelovigen te verwijzen. De bestanddelen 'godsdienst' en 'levensovertuiging' in de artikelen 137c-137f, 145-146 Sr en 429quater Sr en de bestanddelen 'godsdienstige gevoelens' in de (voor het overige problematische) artikelen 147 sub 1, 147a en 429bis Sr zijn in dit opzicht functioneel.

Alles overziend is het Nederlandse Wetboek van Strafrecht als geheel genomen behoorlijk geloofsovertuigingneutraal. Het ademt niet nadrukkelijk religiositeit of antireligiositeit uit, terwijl er ook geen hoogst problematische strafbaarstellingen als van proselitisme, apostasie en homoseksualiteit in voor komen, laat staan straffen als steniging, amputatie of geseling. Maar ook de bepalingen die wel in het wetboek voorkomen kunnen in veel gevallen de neutraliteitstoets in voldoende mate doorstaan. Dat geldt in elk geval voor de bepalingen inzake werving voor de gewapende jihad (art. 205 Sr), polygamie (art. 237 en 379 Sr), onzedelijkheden door geestelijken in gezagsrelaties (artt. 248 lid 2, 248a, 249 lid 1 en lid 2 sub 3, 250 lid 1 sub 1 en 251 Sr), het ook voor geestelijken geldende verbod om geheimen te schenden (art. 272 Sr) en meisjesbesnijdenis (artt. 5, 5a en 71

Sr jo art. 300-303 en/of 242-250 Sr). Zelfs wanneer deze strafbaarstellingen een wezenlijke beperking van religie gebaseerde gedragingen impliceren, zijn ze zonder meer acceptabel qua vormgeving en verder bovendien noodzakelijk. Dat is mede het geval omdat ze alle geloofsovertuigingneutraal zijn geformuleerd, terwijl de rechtsbelangen die eraan ten grondslag liggen en de wederrechtelijkheid van de daarin strafbaar gestelde gedragingen van wezenlijk gewicht zijn.

Evenmin wezenlijk problematisch is de clausule dat aan straffen en maatregelen te verbinden voorwaarden de vrijheid van betrokkene om 'de godsdienst of levensovertuiging te belijden' niet mogen beperken (artt. 14c, 15a, 38a, 38g, 38p, 77w en 77z Sr). Deze bepalingen beschermen gelovigen. Dat geldt ook voor de strafbaarstellingen in de artikelen 137c-137f en 429quater Sr, waarin het gaat om onder meer belediging en aanzetten tot haat, discriminatie en geweld wegens 'godsdienst' of 'levensovertuiging'. Omdat deze bepalingen de vrijheid van meningsuiting beperken, terwijl ze reeds gevaarzetting in plaats van slechts krenking van de openbare orde strafbaar beogen te stellen, dient het bereik ervan te worden beperkt tot die situaties waarin sprake is van een reëel risico op verstoring van de openbare orde. Vanuit de scheiding tussen kerk en staat zijn ze als zodanig weinig problematisch, onder meer omdat de overheid ook tot taak heeft haar burgers te beschermen. Dat geldt eveneens voor de strafbaarstelling van verhindering of verstoring van godsdienstige of levensbeschouwelijke samenkomsten in de artikelen 145 en 146 Sr, zij het dat de bescherming daartegen strikt genomen ook in voldoende mate mogelijk is via de artikelen 143 en 144 Sr. Maar zolang het maatschappelijk gevoel lijkt te zijn dat verhindering van een godsdienstige bijeenkomst ernstiger is dan van een gewone bijeenkomst, lijkt mij het niet kwalijk dat de overheid voor het eerste geval in iets zwaardere straffen voorziet. In zoverre zijn ook de artikelen 147 sub 2 en sub 3 Sr, inzake het tijdens de dienst bespotten van godsdienstbedienaren en beschimpen van erediensvoorwerpen, acceptabel. Wel kan men tegen al deze bepalingen inbrengen dat ze naast geloofsovertuigingen niet ook andere fundamentele opvattingen beschermen. Mijns inziens is ook dat op zichzelf geen groot bezwaar. Soms is het noodzakelijk dat de overheid in aanvullende strafrechtelijke bescherming voor de meest kwetsbare groepen voorziet en het trekken van grenzen is dan onvermijdelijk. Die grenzen kunnen worden aangepast wanneer er maatschappelijk draagvlak en urgentie ontstaat om bijvoorbeeld ook dierenbeschermers, ecologen en natuurgenezers specifieke strafrechtelijke bescherming te bieden.

Het zojuist gestelde neemt niet weg dat enkele in het wetboek voorkomende bepalingen of de toepassing daarvan wel degelijk heroverweging behoeven. Gelet op het zeer geringe praktische belang ervan zijn dan de woorden 'bij de gratie Gods' in de preambule van het wetboek niet het grootste probleem, ofschoon deze strikt genomen wel in strijd zijn met de scheiding tussen kerk en staat. Een veel serieuzere kwestie doet zich voor bij de zojuist besproken strafbaarstellingen in de artikelen 137c-137f en 429quater Sr. Deze bepalingen strekken niet slechts tot bescherming van gelovigen, maar kunnen ook beperkingen voor hen impliceren en bij overtreding zelfs tot een beroepsverbod voor religieuze autoriteiten

leiden ingevolge artikel 137h Sr, aangezien ook gelovigen zich dienen te onthouden van groepsbelediging, haat zaaien en dergelijke jegens anderen vanwege onder meer hun geloof, seksuele geaardheid en ras. Onwenselijk is nu dat religie gebaseerde uitingen minder gauw onder de artikelen 137c-137f en 429quater Sr strafbaar zijn dan wanneer diezelfde uitingen geen religieuze achtergrond hebben. Die preferente positie voor religieuze uitingen valt vanuit de openbare orde moeilijk te verdedigen en leidt bovendien tot ongelijke bescherming van burgers.

Zelfs zijn er enkele bepalingen die dienen te vervallen. Dit geldt het meest duidelijk voor de godslasteringsverboden in de artikelen 147 sub 1, 147a en 429bis Sr. Voor zover het wenselijk is religieuze gevoelens van personen te beschermen kan dit de facto via de artikelen 137c-137f en 429quater Sr gebeuren. Het handhaven van de godslasteringsverboden vanwege de bescherming die deze daaraan in potentie nog kunnen toevoegen, is in strijd met de bedoeling van de bepaling (geen Religionsschutz), de primaire rechtsgrondslag ervan (openbare orde) en vooral met de scheiding tussen kerk en staat. Een bepaling die principieel iets minder bezwaarlijk is, maar evengoed dient te vervallen, is artikel 449 Sr inzake het verbod een religieus huwelijk te sluiten zonder vast te stellen dat er al een burgerlijk huwelijk is aangegaan. Weliswaar kunnen aan deze strafbaarstelling zwaarwegende rechtsbelangen ten grondslag worden gelegd, maar de reikwijdte ervan is feitelijk en overigens juridisch zo beperkt, dat de bepaling religies nogal ongelijk treft in de mogelijkheid religieuze huwelijken te doen sluiten. Het gevolg daarvan is bovendien dat het wederrechtelijkheidsgehalte van overtreding van dit – in materieel opzicht – gevaarzettingsdelict doorgaans zeer gering zal zijn, terwijl het toch wezenlijk inbreuk maakt op de recht op religie en de scheiding tussen kerk en staat. Afschaffen dus.

Het voorgaande laat zien dat de overheid uitermate terughoudend dient te zijn met strafbaarstellingen die zich expliciet en eenzijdig richten op bepaalde religieuze gedragingen waarvan het wederrechtelijkheidsgehalte abstract of zelfs laag is. Dat geldt nog eens te meer wanneer dan bovendien ook het praktisch belang van de strafbaarstelling gering is. Deze bijdrage impliceert daarmee ook dat er juist vanwege de democratische rechtsstaat fundamentele grenzen bestaan aan de mogelijkheid voor de overheid om religieuze manifestaties te verbieden.

Dit artikel is opgenomen in het volgende boek dat verscheen als nummer 5 in de Serie SteR, Onderzoekscentrum voor Staat en Recht, Radboud Universiteit Nijmegen:

Hansko Broeksteegh & Ashley Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 161-194 (ISBN 978-90130-9141-0)