

De botsende belangen bij jongensbesnijdenis in het licht van het EVRM

G. de Vries, LLB*

Inleiding

De kinderombudsman Marc Dullaert is geen voorstander van het besnijden van jongens op jonge leeftijd, zo liet hij weten op zijn website. Toch wil hij niet zo ver gaan om op te roepen tot een wettelijk verbod omdat de kans dan levensgroot is dat de besnijdenis illegaal doorgaat. De JOVD, de jongerenorganisatie van de VVD, gaat daarentegen een stap verder en stelt voor om jongensbesnijdenis op medisch niet noodzakelijke gronden wettelijk te verbieden. Zoals bekend laten met name joden en moslims hun mannelijke baby's besnijden. In Nederland worden elk jaar tien- tot vijftienduizend jongetjes besneden. De ouders die deze kinderen laten besnijden, beroepen zich op de vrijheid van godsdienst in combinatie met de vrijheid om kinderen naar eigen inzicht op te voeden. Tegenstanders van jongensbesnijdenis bij baby's beroepen zich ook op grondrechten. Zij nemen een plaats aan de andere kant van het denkbeeldige strijdtoneel in en gebruiken als wapens de bescherming van de lichamelijke integriteit en het recht op zelfbeschikking van de baby's. Jongensbesnijdenis bij baby's is een controversieel onderwerp, uitmondend in een klassieke botsing van grondrechten. Dit is een twistpunt dat uitloopt op de vraag in hoeverre recht en religie elkaar al dan niet bijten. Diverse auteurs hebben hun licht laten schijnen over de grens van culturele diversiteit in een democratische rechtsorde. De vraag die in deze bijdrage centraal staat is welke belangenafweging het EHRM zal maken in het kader van jongensbesnijdenis op medisch niet noodzakelijke gronden. Om deze vraag te beantwoorden zal gekeken worden naar, en geput worden uit, de literatuur, jurisprudentie en resoluties die aangenomen zijn door de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa.

Mensenrechten

De praktijk van jongensbesnijdenis wordt in beginsel beschermd door de vrijheid van godsdienst. Dit mensenrecht is gecodificeerd in artikel 9 EVRM, waarin onder andere staat dat eenieder recht heeft op vrijheid van godsdienst, hetgeen de praktische toepassing van die godsdienst omvat. Uit jurisprudentie van het EHRM blijkt dat de joodse spijswetten onder de reikwijdte van dit artikel vallen omdat dit een essentieel aspect is van het prak-

* DOI 10.7590/ntkr_2016_002

Gerard de Vries is masterstudent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en werkzaam als jurist bij Vluchtelingenwerk Nederland. De auteur dankt de hoofdredactie en referenten van *NTKR* voor hun adviezen.

tiseren van de joodse religie.¹ Gelet op het feit dat ook jongensbesnijdenis een cruciaal onderdeel is van de joodse (en niet minder van de islamitische) religie, kan gesteld worden dat ook jongensbesnijdenis onder de reikwijdte van dit artikel valt.² Daarbij komt dat ook de opvoedingsvrijheid van de ouders in dit verband een rol speelt, waarbij dit recht zowel in artikel 9 als in artikel 8 EVRM kan worden gelezen. Dit laatste artikel kent aan eenieder het recht op bescherming van het gezinsleven toe.

In artikel 2 van het Protocol bij het EVRM is het recht op onderwijs gecodificeerd. Uit de tekst van deze bepaling blijkt dat de staat het recht van ouders eerbiedigt om hun kinderen op te voeden op een wijze die overeenstemt met hun eigen godsdienstige of filosofische overtuigingen. Een voorbeeld van een zaak waarbij het Hof beoordeelde of dit artikel geschonden is bij handelingen die de fysieke integriteit van kinderen raken, betreft *Campbell and Cosans/United Kingdom*.³

In Schotland waren lijfstraffen destijds toegestaan krachtens de *common law*, mits de straf proportioneel was en als disciplinaire maatregel werd toegepast. Op bepaalde scholen werden deze lijfstraffen ook daadwerkelijk uitgevoerd. De vraag in dit arrest is of er sprake is van een schending van het EVRM. Volgens het EHRM is er geen sprake van een schending van artikel 3 EVRM. Het EHRM kwam echter wel tot een schending van artikel 2 van het Protocol. Het Hof stelt dat het goed- of afkeuren van lijfstraffen valt onder de frase ‘filosofische overtuigingen’, met als gevolg dat de staat moet zorgen dat kinderen met ouders wier filosofische overtuiging het is dat kinderen niet gestraft mogen worden middels lijfstraffen, daaraan dan ook niet onderworpen zullen worden. Deze uitspraak is relevant voor jongensbesnijdenis omdat als de logica van deze uitspraak vertaald wordt naar de praktijk van jongensbesnijdenis, daaruit volgt dat ouders wier godsdienstige overtuiging het is dat jonge kinderen besneden moeten worden, dit recht ook daadwerkelijk mogen uitoefenen. Uit deze zaak blijkt dat indien in de lidstaten geen overeenstemming is over de toelaatbaarheid van een bepaald gebruik dat de fysieke integriteit van kinderen raakt, het EHRM dit gebruik niet aan banden wil leggen. Het EHRM heeft door de jaren heen vastgehouden aan deze terughoudende benadering.

Het recht op lichamelijke integriteit is terug te vinden in artikel 3 EVRM. Artikel 3 EVRM ziet onder andere op bescherming tegen inbreuken op de licha-

¹ EHRM 27 juni 2000, 27417/95 (*Cha'are Shalom ve Tsedek/France*), par. 73.

² M. de Blois, ‘Jongensbesnijdenis en het recht’, *NTKR* 2012, afl. 6, p. 57-58.

³ EHRM 25 februari 1982, 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans/United Kingdom*).

melijke integriteit.⁴ Gelet op het absolute karakter van artikel 3 EVRM zou de discussie omtrent het besnijden van jongens al beslecht zijn in het nadeel van de beoefenaars van deze praktijk, ware het niet dat er in de jurisprudentie noch literatuur aanleiding is gevonden om jongensbesnijdenis onder de reikwijdte van artikel 3 EVRM te scharen, mits de besnijdenis wordt uitgevoerd door een deskundige. Het EHRM heeft in ieder geval nooit de suggestie gewekt, laat staan uitdrukkelijk gesteld, dat jongensbesnijdenis wellicht onder de reikwijdte van artikel 3 EVRM kan vallen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in dit kader wel een interessante uitspraak gedaan.⁵ De Immigratie- en Naturalisatiedienst had beslist dat een moeder en haar kinderen niet in aanmerking kwamen voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd en derhalve teruggestuurd konden worden naar Sierra Leone. De moeder voerde aan dat dit in strijd is met artikel 3 EVRM omdat er in haar ogen een reëel risico is dat haar zoontjes in Sierra Leone worden besneden, tegen hun en haar wil in. De Afdeling overweegt dat de rechtbank ten onrechte niet voldoende gemotiveerd heeft waarom jongensbesnijdenis gegeven deze omstandigheden niet kan worden beschouwd als een schending van artikel 3 EVRM. De Afdeling spreekt in deze uitspraak dus slechts over jongensbesnijdenis die onvrijwillig plaatsvindt in Sierra Leone. Deze uitspraak heeft dus geen betrekking op jongensbesnijdenis die vrijwillig plaatsvindt, en ook niet op jongensbesnijdenis die uitgevoerd wordt door een deskundige. Wel kan geconcludeerd worden dat de mogelijkheid aanwezig is dat indien een persoon werkelijk onvrijwillig wordt besneden en deze praktijk wordt uitgevoerd door een ondeskundig persoon, artikel 3 EVRM geschonden wordt. De strafrechter heeft overigens meerdere malen te maken gehad met de vraag of jongensbesnijdenis in bepaalde gevallen (ondeskundig uitgevoerd of tegen de wens van de moeder die belast was met ouderlijk gezag) te kwalificeren is als mishandeling.⁶ In deze zaken kwam het EVRM echter niet aan de orde.

Daarnaast biedt artikel 8 EVRM een wettelijke basis ter waarborging van het recht op lichamelijke integriteit en zelfbeschikking, aangezien eenieder krachtens dit artikel recht heeft op eerbiediging voor zijn privéleven.⁷ Het besnijden van jongens leidt tot een aantasting van het lichaam van het kind en dus valt het onder de reikwijdte van dit artikel.

⁴ P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, p. 182.

⁵ ABRvS 23 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6061, JV 2007/326.

⁶ Vgl. HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, VA 2012, m.nt. M.L.C.C. de Bruijn-Lückers; Rb. Utrecht 1 december 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU7293.

⁷ P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, p. 183.

Beperkingen EVRM

Het primaire en meest belangrijke recht dat bij een wettelijk verbod van jongensbesnijdenis in het geding is, betreft de godsdienstvrijheid. De godsdienstvrijheid kent geen absoluut karakter. Om de godsdienstvrijheid te beperken moet er voldaan worden aan de beperkingssystematiek van artikel 9 lid 2 EVRM. Het EHRM maakt een onderscheid tussen *forum internum* en *forum externum*. Deze begrippen zien respectievelijk op het hebben en belijden van een geloof (vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst) en het uiten van het geloof.⁸ Aan het *forum internum* kent het EHRM een vergaande bescherming toe, meer dan aan het *forum externum*. Het *forum internum* kan niet beperkt worden. Evident is dat jongensbesnijdenis geen betrekking heeft op het hebben van een geloof, maar op het uitoefenen van het geloof. Immers, door een verbod op jongensbesnijdenis worden geen religies verboden, maar worden bepaalde uitingen van godsdienst verboden. Dit betekent dat jongensbesnijdenis onder het *forum externum* kan worden gekwalificeerd met als gevolg dat de staat deze praktijk eerder kan beperken. Deze beperking kan echter alleen slagen indien wordt voldaan aan de vereisten als genoemd in artikel 9 lid 2 EVRM. Het verbod op jongensbesnijdenis moet zijn voorzien bij wet, noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en een in dit artikel genoemd legitiem doel dienen. In Nederland ontbreekt op dit moment een wettelijke basis om jongensbesnijdenis te verbieden, hoewel deze wet er in de toekomst natuurlijk wel kan komen. Voorts is de noodzakelijkheid van belang in het licht van een van de genoemde doelen, zoals de gezondheid of goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. In dit kader is allereerst het beperken van de vrijheid van godsdienst in het licht van de gezondheid van de baby aan de orde.

Om de vraag te beantwoorden of jongensbesnijdenis schade oplevert, is het goed kennis te nemen van het standpunt dat de artsenorganisatie KNMG, die 46 000 artsen en studenten geneeskunde vertegenwoordigt, hieromtrent heeft ingenomen. De KNMG is in beginsel tegen jongensbesnijdenis, maar wegens de religieuze, symbolische en culturele gevoelens pleit de KNMG niet voor een (wettelijk) verbod, maar voor een sterk ontmoedigingsbeleid.⁹ De organisatie vreest dat een wettelijk verbod tot gevolg heeft dat de besnijdenis illegaal, zonder toezicht, door zal gaan.¹⁰ Ter rechtvaardiging van haar standpunt stelt de KNMG dat jongensbesnijdenis risico's met zich meebrengt op medische complicaties:

⁸ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Uitgeverij Van Gorcum 2007, p. 21.

⁹ KNMG-standpunt, 'Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens', p. 3.

¹⁰ *Ibidem*, p. 4.

‘Anders dan vaak gedacht wordt, kent circumcisie risico’s op medische en psychische complicaties. De meest voorkomende complicaties zijn bloedingen, infecties, meatus stenoses (plasbuisvernauwing) en paniekaanvallen. Ook gedeeltelijke of volledige penisamputaties als gevolg van complicaties na circumcisis zijn gerapporteerd, evenals psychische problemen als gevolg van de besnijdenis.’¹¹

Ook uit de bijdrage ‘Male Circumcision: Pain, Trauma and Psychosexual Sequelae’ zou blijken dat zich psychische complicaties voor kunnen doen als gevolg van jongensbesnijdenis.¹² Ten slotte wijst de artsenorganisatie op seksuele complicaties en pijnervaringen.¹³ Hoewel diverse wetenschappelijke onderzoeken lijken aan te tonen dat er een risico is op complicaties als gevolg van jongensbesnijdenis, wijzen andere medici weer op de voordelen die deze praktijk met zich meebrengt. Zo stelt de Amerikaanse dienst voor volksgezondheid (*Centers for Disease Control and Prevention*) in een recente richtlijn dat de voordelen de nadelen overtreffen. Zij stelt dat het risico op overdracht van het hiv-virus tijdens seksuele gemeenschap, het risico op genitale uitslag, het risico op HPV en het risico op diverse vormen van kanker afneemt als gevolg van besnijdenis.¹⁴ Nieuwenhuis bespreekt in zijn artikel ‘De grondrechtelijke positie van jongensbesnijdenis’ daarnaast enkele andere studies waaruit voordelen van besnijdenis zouden blijken, waaronder een studie van de WHO. De WHO stimuleert jongensbesnijdenis zelfs in Afrika.¹⁵ Er kan dus voorzichtig geconcludeerd worden dat er vanuit medisch perspectief zowel voor- als nadelen verbonden zijn aan jongensbesnijdenis. Beide groepen, zowel voor- als tegenstanders, beroepen zich op wetenschappelijke rapporten van vooraanstaande medici waardoor dit onderdeel van de discussie dreigt te verzanden in een medische polemieek.

Bovenstaande uiteenzettingen waren nodig om te onderzoeken of de godsdienstvrijheid beperkt kan worden in het licht van de gezondheid van de baby. Om deze vraag te beantwoorden is het noodzakelijk deskundigen te raadplegen. Het enige dat echter duidelijk is geworden, is dat er een medische polemieek gaande is over de vraag of jongensbesnijdenis vooral positieve of negatieve gevolgen heeft. Elk van beide standpunten wordt onderschreven door een aantal rapporten. Aangezien niet hard gemaakt kan worden dat de nadelen de voordelen

¹¹ *Ibidem*, p. 4.

¹² G. Boyle, ‘Male Circumcision: Pain, Trauma and Psychosexual Sequelae’, *Journal of Health Psychology* 2002, afl. 3, p. 329-343.

¹³ KNMG-standpunt, ‘Niet-therapeutische circumcisie bij minderjarige jongens’, p. 7.

¹⁴ Draft CDC Recommendations for Providers Counseling Male Patients and Parents Regarding Male Circumcision and the Prevention of HIV Infection, STIs, and Other Health Outcomes, 2014.

¹⁵ A. Nieuwenhuis, ‘De grondrechtelijke positie van de jongensbesnijdenis’, *TvRRB* 2014, afl. 5, p. 21-23.

overtreffen, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de godsdienstvrijheid niet beperkt kan worden in het licht van de bescherming van de gezondheid van het kind.

Dit neemt niet weg dat de godsdienstvrijheid beperkt kan worden op een andere grond, te weten de rechten en vrijheden van anderen. In dit kader kan natuurlijk gedacht worden aan het recht op lichamelijke integriteit en zelfbeschikking als bedoeld in artikel 8 EVRM. Evenmin als de vrijheid van godsdienst heeft het recht op lichamelijke integriteit en zelfbeschikking een absoluut karakter. Ook dit grondrecht kan beperkt worden, mits wordt voldaan aan de gestelde eisen in artikel 8 lid 2 EVRM. Allereerst dient de overheid een wettelijke basis te hebben om dit grondrecht te verbieden. Daarnaast moet ook deze beperking noodzakelijk zijn in het licht van een van de genoemde doelen. Logischerwijs kan ook dit grondrecht beperkt worden ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, waaronder de vrijheid van godsdienst.

Argumenten voor jongensbesnijdenis

Beide grondrechten, het recht op lichamelijke integriteit en het recht op vrijheid van godsdienst, kunnen dus beperkt worden met het oog op het andere grondrecht. Dit heeft tot gevolg dat er een belangenafweging tussen voormelde grondrechten dient plaats te vinden om de vraag te beantwoorden welk grondrecht dient te prevaleren. Helaas heeft het EHRM tot op heden geen jurisprudentie nagelaten, zodat niet met zekerheid gesteld kan worden welke belangenafweging het EHRM maakt.

Toch valt over deze belangenafweging het een en ander te zeggen. Allereerst is in mijn optiek van belang dat ouders achter de voordeur zelf mogen beslissen hoe ze hun kinderen grootbrengen. Of kinderen religieus, agnostisch of atheïstisch worden opgevoed, is niet aan de staat maar aan de ouders zelf. Kinderen religieus opvoeden impliceert vaak een handeling om hen aan de geloofsge-meenschap toe te voegen. Christenen kennen de doop, joden en moslims kennen de besnijdenis. Dit betekent dat kinderen niet neutraal volwassen worden, de keuzes van ouders hebben levenslang impact op kinderen, zonder dat kinderen hier ook maar enige invloed op hebben gehad. Over opvoeding wordt nu eenmaal verschillend gedacht. Het feit dat ouders keuzes maken die onomkeerbare gevolgen voor het kind hebben, is dan ook eigen aan opvoeding.¹⁶ De opvoedingsvrijheid is niet grenzeloos, maar '[f]undamenteel voor onze rechtsorde is dat de primaire verantwoordelijkheid voor de opvoeding en verzorging van kinderen

¹⁶ M. de Blois, 'Jongensbesnijdenis en het recht', *NTKR* 2012, afl. 6, p. 60-61.

bij ouders ligt en niet bij de staat. Slechts in uitzonderlijke gevallen mag de staat ingrijpen'.¹⁷

In bovenstaande overwegingen is de soevereiniteit in eigen kring te ontdekken: ouders zijn in beginsel soeverein in hun eigen (huiselijke) kring, de staat heeft daarin in beginsel geen rol te vervullen. Soevereiniteit in eigen kring is daarom ook voor jongensbesnijdenis van grote betekenis. Abraham Kuyper heeft dit beginsel uitgewerkt in zijn beroemde *Rede Ter Inwijding Van De Vrije Universiteit*.¹⁸ De staat mag slechts ingrijpen in de soevereine kringen om schade aan anderen te voorkomen en ter bescherming van hun rechten en vrijheden, terwijl de eis van rechtvaardiging zwaarder wordt naar mate men meer in de buurt komt van grondrechten.¹⁹ De overheid dient hetgeen binnen de eigen soevereine kring gebeurt in beginsel te respecteren. Overheidsinterventie vergt daarom een specifieke rechtvaardiging, die zwaar moet wegen aangezien de vrijheid van godsdienst direct in het geding is. Een van de rechtvaardigingen om als overheid toch in te grijpen in de soevereine kring is volgens Kuyper het beschermen van het individu tegen overheersing van zijn kring omdat zijn persoonlijk leven door de groep waar hij in leeft geschaad kan worden.²⁰ Dit lijkt een overheidsverbod op het besnijden van kinderen te rechtvaardigen, nu het persoonlijke leven van het kind door zijn kring geschaad kan worden. Het is echter niet waarschijnlijk dat Kuyper deze rechtvaardiging zo bedoeld heeft. Hoe heeft Kuyper het dan wel bedoeld? Soeteman stelt het gezin als voorbeeld:

'In het gezin bestaat een niet van de staat afgeleid ouderlijk gezag, maar dat gezag kan misbruikt worden waardoor kinderen verwaarloosd of mishandeld worden. Ook andere kringen kunnen een gevangenis voor betrokkenen worden. Dan kan en dient de staat in te grijpen, als beschermer van de verdrukten.'²¹

In navolging van Soeteman ben ik van mening dat deze beperking moet worden gezien in het licht van mishandeling, volstrekt incompetente opvoeding en soortgelijke praktijken waardoor de gezondheid van het individu gevaar loopt. Deze vormen van misbruik zijn van een geheel andere orde dan het besnijden van jongens.

¹⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹⁸ A. Kuyper, *Soevereiniteit in Eigen Kring. Rede Ter Inwijding Van De Vrije Universiteit, Den 20sten Oktober 1880 Gehouden, in Het Koor Der Nieuwe Kerk Te Amsterdam*, Amsterdam: J.H. Kruyt 1880.

¹⁹ A. Soeteman, 'Soevereiniteit in eigen kring', AA 2013, afl. 2, p. 165.

²⁰ A. Kuyper 1880, p. 12.

²¹ A. Soeteman, 'Soevereiniteit in eigen kring', AA 2013, afl. 2, p. 163.

Argumenten tegen jongensbesnijdenis

Het medische argument tegen jongensbesnijdenis is overbekend, en is bovendien hiervoor al aan de orde gekomen. Naast medische argumenten zijn er ook andere belangen te noemen. Een van die belangen is de godsdienstvrijheid. Ditmaal niet de godsdienstvrijheid van de ouders maar de godsdienstvrijheid van het kind. Een van de auteurs die dit argument aanvoeren is Cliteur. Hij werkt in het preadvies *Ethiek en gezondheidsrecht* zijn standpunt uit ten aanzien van jongensbesnijdenis.²² Cliteur interpreteert godsdienstvrijheid hoofdzakelijk als de vrijheid om het geloof de rug toe te keren en maakt het kind daarmee tot primair subject van de godsdienstvrijheid. Zo bezien zou jongensbesnijdenis juist in strijd zijn met de godsdienstvrijheid.²³ Hoewel hij erkent dat ouders dankzij artikel 6 Grondwet het recht hebben hun godsdienst vrij te belijden, behoudens hun verantwoordelijkheid voor de wet, behelst de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst volgens hem met name de vrijheid om van geloof te veranderen en je van het geloof af te keren.²⁴ Cliteur stelt dat:

‘[de gemeenschap] door het aanbrengen van fysieke merktekenen op het lichaam van nieuwe leden van de religieuze gemeenschap eigenlijk [wil] claimen dat die nieuwe leden bij de groep horen en het moeilijker maken voor die nieuwe leden om ooit zich van deze gemeenschap af te keren. Dat streven strijdt echter met het recht om van godsdienst te veranderen of zelfs een elke godsdienst te verlaten.’²⁵

Deze opvatting van Cliteur doet mijns inziens echter geen recht aan de algehele praktijk van jongensbesnijdenis, aangezien dit niet alleen plaatsvindt op religieuze gronden, maar met name ook op culturele gronden.²⁶ Bovendien is en blijft een besneden man vrij zijn geloof de rug toe te keren.²⁷ Een besneden man zit niet gevangen in zijn geloof, hij is vrij zijn geloof te verlaten. Hetzelfde geldt voor gedoopte mensen. De inwijding in een geloofsgemeenschap is slechts een symbool, zij het een symbool dat levenslang meegedragen wordt. Daar staat tegenover dat besnijdenis niet slechts een onzichtbaar symbool is, maar een religieus symbool waar mensen dagelijks aan herinnerd worden, dat bovendien lichamelijke impact heeft op de persoon in kwestie. Is dit daarom een reden

²² P.B. Cliteur, ‘Morele en immorele religieus gelegitimeerde praktijken in het gezondheidsrecht’, in: *Ethiek en gezondheidsrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: A. Hendriks 2014.

²³ *Ibidem*, p. 142.

²⁴ *Ibidem*, p. 95.

²⁵ *Ibidem*, p. 96.

²⁶ A. Nieuwenhuis, ‘De grondrechtelijke positie van de jongensbesnijdenis’, *TvRRB* 2014, afl. 5, p. 20-21.

²⁷ *Ibidem*, p. 27.

om de belangenafweging te laten doorslaan in het voordeel van een verbod op jongensbesnijdenis? Nee, de werkelijkheid is een stuk complexer. Een wettelijk verbod is inderdaad zeer gunstig voor die personen die als kind besneden werden maar die hier op (meer) volwassen leeftijd grote moeite mee hebben omdat ze hun religie vaarwel zeiden. Hiertegenover staat dat een wettelijk verbod zeer ongunstig uitpakt voor die personen die, als zij hun ouders volgen in het geloof, het besneden zijn zien als een deel van hun religieuze identiteit. Achteraf bezien zullen zij er grote waarde aan hechten al van jongs af aan besneden te zijn geweest, om op die manier deel uit te maken van de religieuze cultuur. Vanuit dat perspectief kan het niet besnijden van joodse of islamitische jongens beschouwd worden als een inbreuk op hun religieuze identiteit en in het verlengde daarvan kan het wellicht worden aangemerkt als een schending van zijn godsdienstvrijheid.²⁸

Het model van Brems

De voorgaande overwegingen leiden tot de stellingname dat jongensbesnijdenis niet verboden dient te worden. Met andere woorden: na het doorlopen van en weerleggen van diverse argumenten valt de belangenafweging uit in het voordeel van de godsdienstvrijheid. Indien hier voldoende en sterke juridische argumenten aan ten grondslag liggen, is dit een gerechtvaardigde uitkomst. Deze afweging kan natuurlijk ook een tegenovergestelde uitkomst hebben en evengoed gerechtvaardigd zijn. Het probleem van een dergelijke afweging van grondrechten is volgens Galenkamp dat achter de uiteindelijke juridische afweging normatieve vooronderstellingen schuilgaan, waarbij de eigen levensbeschouwing een centrale rol inneemt.²⁹ Auteurs die een grote betekenis toekennen aan religie laten de vrijheid van godsdienst prevaleren boven andere grondrechten in het kader van jongensbesnijdenis. Zo stelt Post in zijn proefschrift dat:

‘(...) besnijdenis als zodanig een aantasting [is] van de lichamelijke integriteit en een schending van dit grondrecht. Het gewicht van het ritueel van de besnijdenis is in de joodse en islamitische geloofstraditie echter zo groot, dat het recht

²⁸ M.D.A. Freeman, ‘A child’s right to circumcision’, *British Journal of Urology* (83) 1999, p. 74-78.

²⁹ M. Galenkamp, ‘Culturele diversiteit in het recht: een kritisch perspectief op grondrechten’, in: P.B. Cliteur & V. van den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: BJu 2001, p. 387.

van de ouders de jongen te laten besnijden prevaleert, als zij de overtuiging hebben dat de jongen besneden behoort te worden.³⁰

Auteurs die minder geven om religie spreken de voorkeur uit voor het beschermen van de lichamelijke integriteit en het recht op zelfbeschikking van het kind.³¹ De uiteindelijke conclusie lijkt dus niet primair gebaseerd te zijn op juridisch-grondrechtelijke argumenten, maar op normatieve en politieke vooronderstellingen.

Om aan bovenstaande bezwaren tegemoet te komen is het interessant (kort) te kijken naar het model van Brems.³² Volgens dit model dient eerst te worden bepaald of er wel echt sprake is van een botsing. Zo wordt getracht een schijnconflict te voorkomen. Er is sprake van een schijnconflict als het conflict tussen twee grondrechten geen noodzakelijk kenmerk is van de situatie, maar veeleer het gevolg van een bepaalde benadering ervan.³³ Een voorbeeld van een dergelijk schijnconflict betreft de klassieke casus van het verbod op het dragen van een hoofddoek. Dit kan op het eerste gezicht lijken op een botsing tussen de vrijheid van godsdienst en de gelijkheid van seksen. Het dragen van een hoofddoek kan echter verschillende betekenissen hebben. Sommigen kwalificeren het als een symbool van (vrouwen)onderdrukking, terwijl anderen zich door het dragen van een hoofddoek verbonden voelen met de islam. Ook kan het dragen van een hoofddoek een politiek statement zijn.³⁴ Uit dit voorbeeld blijkt dat het hanteren van een andere benadering kan leiden tot het wegnemen van een conflict, met als gevolg dat het 'conflict' zich openbaart als een schijnconflict. Een echt conflict kan niet worden weggenomen door er een andere benadering op los te laten. Als er geconcludeerd kan worden dat het conflict een werkelijk conflict is, kan de vraag worden gesteld of er een compromis mogelijk is dat recht doet aan beide grondrechten. Indien een joodse werknemer een conflict heeft met een werkgever aangaande werken op de sabbat, ligt het compromis voor de hand dat zijn (christelijke) collega op de sabbat werkt en de jood op zondag. Slechts indien er geen compromis mogelijk is, dient te worden bepaald welk van de in het geding zijnde rechten prevaleert. Om dit te beoordelen dient een aantal elementen als hulpmiddel. Het eerste element betreft de vraag of het grondrecht in de kern of slechts in de periferie wordt geraakt. Het tweede

³⁰ H.A. Post, *Vrijheid van godsdienst in een democratische samenleving. Het recht van de individuele persoon in een spanningsveld van rechten en vrijheden* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2014, p. 350.

³¹ Zie noot 22.

³² E. Brems, *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 1-16.

³³ E. Brems, 'De inclusieve rechtsstaat gekneld tussen conflicterende grondrechten', *NJCM-Bulletin* 2009, p. 177-184.

³⁴ T. Loenen, *Gelijkheid als juridische beginsel. Een conceptuele analyse van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie*, Den Haag: BJu 2009, p. 85-88.

element betreft de onrechtstreekse betrokkenheid van andere rechten dan de twee die met elkaar botsen. Het derde element speelt alleen in geval van discriminatie.³⁵ Het gaat hier niet om de vraag of de discriminatie gerechtvaardigd kan worden, maar enkel om het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie helder te krijgen. Indien in een conflict aan de ene kant directe en aan de andere kant indirecte discriminatie speelt, is dit een indicatie om te kiezen voor de optie waarbij er ‘slechts’ indirect wordt gediscrimineerd. Bovenstaande redenering kan mijns inziens worden doorgetrokken naar de situatie waarin er of helemaal geen discriminatie is, of (in)directe discriminatie, waarbij de eerste optie uiteraard de voorkeur geniet.

Hoewel het EHRM geen gebruik maakt van het model van Brems, biedt het model toch concrete handvatten om tot een belangenafweging te komen. Bij de casus van jongensbesnijdenis is er wel degelijk sprake van een werkelijke botsing en niet van een schijnconflict. Aangezien ik ook geen enkel compromis kan verzinnen dat recht doet aan beide benaderingen (de tegenstanders van jongensbesnijdenis zien immers niets in het uitvoeren van jongensbesnijdenis door medisch specialisten), zal het tot een belangenafweging moeten komen. Door het verbieden van jongensbesnijdenis wordt de godsdienstvrijheid vermoedelijk in de kern geraakt. Binnen de islam en het jodendom neemt de jongensbesnijdenis immers een cruciale plaats in.³⁶ Dit neemt niet weg dat er ook andere geluiden te horen zijn. Zo verzetten steeds meer moderne joden zich tegen jongensbesnijdenis.³⁷ Het is daarom accurater te stellen dat jongensbesnijdenis voor orthodoxe, gelovige joden en moslims een cruciale plaats inneemt en dat hún godsdienstvrijheid vermoedelijk in de kern wordt geraakt. Er wordt veel geschreven over deze gelovigen, maar ik ben van mening dat er te weinig gesproken wordt met deze doelgroep. Indien aan hen gevraagd zou worden of deze religieuze daad een essentieel onderdeel is van hun religie, zal dat antwoord zonder twijfel bevestigend zijn. Er kan mijns inziens niet hard gemaakt worden, gelet op de medische polemieken die gaande is over het effect van jongensbesnijdenis, dat het recht op lichamelijke integriteit en zelfbeschikking in de kern geraakt wordt. De medische onduidelijkheid maakt het onmogelijk hierover harde uitspraken te doen. Een onrechtstreeks betrokken grondrecht in het kader van jongensbesnijdenis is het ouderrecht op vrijheid van opvoeding, zoals gecodificeerd in artikel 2 van het Protocol bij het EVRM en zoals gelezen in artikel 8 EVRM. Ten slotte zou er sprake zijn van een directe vorm van discriminatie

³⁵ Zie noot 32.

³⁶ M. de Blois, ‘Jongensbesnijdenis en het recht’, *NTKR* 2012, afl. 6, p. 54-56; S. Wahedi, ‘De wederrechtelijkheid van jongensbesnijdenis: een ethische uitdaging voor het strafrecht?’, *NJB* 2012, afl. 44/45, p. 3-4.

³⁷ A. Steinberg, ‘Besneidungen passen nicht in eine moderne Gesellschaft’, *Zeit Online* 19 oktober 2012.

indien jongensbesnijdenis zou worden verboden op grond van een van de verdachte discriminatiegronden als bedoeld in artikel 14 EVRM. De belangrijkste reden om jongensbesnijdenis te verbieden zou echter het recht op lichamelijke integriteit van het kind zijn. Het betreft dan ook geen directe discriminatie. Als gevolg van het verbieden van jongensbesnijdenis, worden echter wel enkele specifieke groepen onevenredig hard getroffen, te weten de joodse en de islamitische gemeenschap. Hoewel het dus niet gaat om directe discriminatie, lijkt er wel sprake te zijn van indirecte discriminatie.

We hebben gezien dat het recht op godsdienstvrijheid in de kern wordt geraakt, het recht op lichamelijke integriteit slechts in de periferie. Het recht op vrijheid van opvoeding is een onrechtstreeks betrokken grondrecht, dat de vrijheid van godsdienst ondersteunt. Bij het recht op lichamelijke integriteit heb ik geen bijkomend grondrecht kunnen ontdekken. Ten slotte is er bij een wettelijk verbod op jongensbesnijdenis sprake van indirecte discriminatie, terwijl er in de huidige situatie geen sprake is van discriminatie. Dit alles leidt tot de conclusie dat, met inachtneming van het model van Brems, de belangenafweging opnieuw uitvalt in het voordeel van de degenen die niets zien in een wettelijk verbod.

Resoluties Raad van Europa

Hoewel het EHRM zich tot op heden nimmer heeft uitgelaten over de toelaatbaarheid van jongensbesnijdenis, wil dat niet zeggen dat deze discussie zich louter in de literatuur afspeelt en geheel buiten de context van het EHRM staat. Het EHRM ziet immers toe op de naleving van het EVRM. Dit verdrag is tot stand gekomen dankzij de Raad van Europa. Een belangrijk doel van de Raad van Europa betreft, naast het bevorderen van de eenheid tussen de lidstaten, met name in het kader van het EVRM, de bescherming van mensenrechten. De Parlementaire Vergadering (bestaande uit leden van nationale parlementen van lidstaten, waaronder zeven Eerste en Tweede Kamerleden) is een van de organen van de Raad van Europa. Zij heeft een aantal interessante resoluties uitgebracht in het kader van jongensbesnijdenis. Op 1 oktober 2013 heeft de Vergadering Resolutie 1952 aangenomen.³⁸ Deze resolutie kreeg veel aandacht van de Nederlandse media. De resolutie bevat onder andere de volgende passage:

³⁸ Resolutie 1952 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (1 oktober 2013), *Children's right to physical integrity*.

‘The Parliamentary Assembly is particularly worried about a category of violation of the physical integrity of children, which supporters of the procedures tend to present as beneficial to the children themselves despite clear evidence to the contrary. This includes, among others, female genital mutilation, the circumcision of young boys for religious reasons, early childhood medical interventions in the case of intersex children, and the submission to, or coercion of, children into piercings, tattoos or plastic surgery.’

De Vergadering is dus bijzonder bezorgd over de schending van de lichamelijke integriteit van kinderen, mede in het kader van het besnijden van jonge jongens op religieuze gronden. De lidstaten werden dan ook opgeroepen om maatregelen te nemen. Op 30 september 2015 nam dezelfde Vergadering echter opnieuw een resolutie aan.³⁹ In tegenstelling tot enkele jaren geleden, lijkt (vrijwel) geen enkel medium deze resolutie te hebben opgemerkt. In elk geval wordt er vrijwel geen aandacht besteed aan de inhoud van deze resolutie. Dat is jammer, want deze resolutie is even duidelijk als haar voorganger, maar met een diametraal andere strekking. Paragraaf 8 luidt als volgt:

‘Certain religious practices remain controversial within national communities. Albeit in different ways, the wearing of full-face veils, circumcision of young boys and ritual slaughter are divisive issues and the Assembly is aware of the fact that there is no consensus among Council of Europe member States on these matters. Other religious practices may also provoke tensions, for example in the workplace. In this context, while it is aware that States Parties to the European Convention on Human Rights have a wide margin of discretion in this field, the Assembly invites States to seek “reasonable accommodations” with a view to guaranteeing equality that is effective, and not merely formal, in the right to freedom of religion. States should ensure that their neutrality remains inclusive and diversity-friendly.’

In paragraaf 9 worden nog enkele specifieke voorwaarden opgenomen zoals het uitvoeren van de ingreep onder medisch toereikende voorwaarden en het informeren van de ouders over de mogelijke gevolgen van de ingreep. Met andere woorden, met inachtneming van bovenstaande, is jongensbesnijdenis, gelet op de grote beoordelingsvrijheid voor de lidstaten, niet in strijd met het EVRM. De resolutie van enkele jaren eerder is dus volledig herroepen.

De juridische relevantie van de resoluties is beperkt. In een resolutie verwoordt de Vergadering slechts haar eigen standpunt. Het EHRM is dus

³⁹ Resolutie 2076 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (30 september 2015), *Freedom of religion and living together in a democratic society*.

geenszins gebonden aan deze resolutie. De toegevoegde waarde van dergelijke resoluties ligt in het feit dat zij een inspiratiebron vormen voor het EHRM. De vraag is dan ook in hoeverre het EHRM zich laat inspireren door de mening van de Vergadering met betrekking tot jongensbesnijdenis. Nu de Vergadering in enkele jaren tijd diametraal verschillende oproepen doet, boet de Vergadering in aan gezag. Toch is het waarschijnlijk dat het EHRM de inhoud van de resolutie ter harte zal nemen, al is het maar omdat dit de weg van de minste weerstand is. De resolutie rept van het feit dat ‘there is no consensus among Council of Europe member States on these matters’. Deze overweging sluit naadloos aan op de traditie van het EHRM om dergelijke zaken in het kader van *margin of appreciation* over te laten aan de lidstaten.

Conclusie

Bij de juridische problematiek van het besnijden van baby's spelen meerdere mensenrechten die met elkaar botsen. Met name de vrijheid van godsdienst en het recht op lichamelijke integriteit lijken elkaar in deze zaak maar moeilijk te kunnen verdragen. Om het ene grondrecht boven het andere te laten prevaleren zal het EHRM een belangenafweging moeten uitvoeren. Deze belangenafweging zal vermoedelijk in het voordeel van de tegenstanders van een wettelijk verbod uitvallen. De staat dient namelijk zeer terughoudend te zijn met het ingrijpen in het privéleven van burgers. Daarnaast is er in de medische wereld een discussie gaande over de vraag of jongensbesnijdenis de gezondheid schaadt of bevordert. Nu de schadelijke effecten van besnijdenis niet duidelijk blijken, lijkt een wettelijk verbod op jongensbesnijdenis niet op zijn plaats. In de literatuur is erop gewezen dat een dergelijke belangenafweging niet primair gebaseerd lijkt te zijn op juridisch-grondrechtelijke argumenten, maar op normatieve en politieke vooronderstellingen. Om dat te ondervangen kan gebruikgemaakt worden van een ander model om de belangen af te wegen, bijvoorbeeld het model van Brems. De uitkomst zal dan vermoedelijk niet anders zijn dan bij de eerdere belangenafweging. Tel hierbij op dat de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa recent een resolutie heeft opgesteld waarin wordt gesteld dat de jongensbesnijdenis, mits onder bepaalde voorwaarden uitgevoerd, voldoet aan de vereisten van het EVRM, en de conclusie luidt dat het EHRM vermoedelijk zal oordelen dat de praktijk van jongensbesnijdenis niet in strijd is met het EVRM.