

Faculteit Rechtsgeleerdheid

Universiteit Gent

Academiejaar 2011-12

# **Strafbaarstelling van SM**

Masterproef van de opleiding

‘Master in de rechten’

Ingediend door

***Orphée Saelens***

(Studentennr: 00702110)

(Major: Burgerlijk en strafrecht)

Promotor: Prof. Dr. Gert Vermeulen

Commissaris: Prof. Dr. Brice De Ruyver

# Voorwoord

Deze masterproef kwam tot stand in het kader van het beëindigen van mijn studie rechten. De keuze voor het onderwerp duidt mijn bijzondere interesse in het strafrecht.

Het schrijven van deze masterproef is ook een ideale gelegenheid om enkele mensen te bedanken.

Mijn grootste dank gaat uit naar mijn ouders die mij niet alleen de kans gegeven hebben om mijn studie rechten aan te vatten, maar die mij bovendien altijd bijzonder goed gesteund hebben.

Eveneens dank ik mijn vriend, mijn voltallige vriendenkring en alle mensen die mij genegen zijn voor hun eeuwige steun en toeverlaat.

Een dankwoord richt ik ook aan mijn promotor Gert Vermeulen op wie ik telkens kon rekenen voor zijn expertise en bijsturing.

Tenslotte dank ik alle professoren en assistenten van de Universiteit Gent die mij niet alleen onnoemelijk veel kennis maar ook een kritische blik hebben bijgebracht.

# Inhoudsopgave

<b>Inleiding</b> .....	<b>1</b>
<b>Het begrip sadomasochisme</b> .....	<b>2</b>
1. Historische ontwikkeling.....	3
2. Op zoek naar een definitie .....	5
3. SM en seksueel geweld .....	10
<b>Overzicht rechtspraak</b> .....	<b>12</b>
1. Laskey, Jaggard en Brown .....	12
2. Gent 23 september 1997 .....	14
3. De SM-rechter .....	16
4. Besluit.....	21
<b>Het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen</b> .....	<b>26</b>
1. Het toebrengen van slagen en verwondingen .....	27
2. Aan een andere levende menselijke persoon .....	28
3. Opzet.....	28
<b>Reguleringsvormen</b> .....	<b>30</b>
Inleiding .....	30
1. Wet.....	31
1.1. Piercings en tatoeages .....	31
1.2. Euthanasie.....	32
1.3. Sadomasochisme .....	33
2. Rechtvaardigingsgronden .....	37
2.1. Wettige verdediging of noodweer.....	37
2.2. Noodtoestand.....	38
2.3. Hoger bevel .....	39
2.4. Wettelijk voorschrift.....	40
2.4.1. Het ouderlijke kastijdingsrecht .....	40
2.4.2. Heelkundige ingrepen.....	41
2.4.3. Bepaalde sportactiviteiten .....	42
2.4.4. Oorlogsdaden waardoor de strafwet wordt geschonden.....	43
2.4.5. Piercings en tatoeages .....	43
2.4.6. Euthanasie .....	43

2.4.7. Sadomasochisme? .....	44
3. De toestemming.....	46
3.1. Definitie .....	46
3.2. De strafrechtelijke benadering .....	48
3.3. Modaliteiten van de toestemming .....	49
3.3.1. Wie moet toestemmen .....	49
3.3.2. Het voorwerp van de toestemming .....	50
3.3.3. De reikwijdte van de toestemming .....	50
3.4. De plaats van de toestemming in de structuur van het misdrijf .....	52
3.4.1. Het niveau van de delictsomschrijving .....	52
3.4.2. Het niveau van de wederrechtelijkheid.....	54
3.4.3. Het niveau van de schuld .....	56
3.4.4. Het niveau van de strafwaardigheid.....	59
4. Verschoningsgronden .....	63
4.1. De kwijtscheldende, beslissende of strafuitsluitende verschoningsgronden ..	65
4.1.1. De aangifte.....	65
4.1.2. De onderwerping.....	67
4.1.3. Het bloed- en aanverwantschap.....	68
4.1.3.1. Verschoningsgrond voor bepaalde eigendomsmisdrijven .....	68
4.1.3.2. Verschoningsgrond voor andere misdrijven .....	69
4.1.4. Herstel van schade.....	70
4.1.5. De decumul bij strafrechtelijke verantwoordelijkheid .....	71
4.1.6. Omstandigheden die soms als beslissende verschoningsgronden worden beschouwd .....	72
4.1.7. Besluit.....	73
4.2. Strafverminderende of verzachtende verschoningsgronden.....	74
4.2.1. Minderjarigheid .....	74
4.2.2. Uitlokking of provocatie .....	75
4.2.3. Besluit.....	77
4.3. Een nieuwe verschoningsgrond voor sadomasochisme .....	78
5. Verzachtende omstandigheden .....	80
6. Schulduitsluitingsgronden .....	82
6.1. Het schuldbegrip.....	82
6.2. Schulduitsluitingsgronden .....	86

6.2.1. Dwang of overmacht.....	87
6.2.2. Dwaling of onwetendheid .....	88
6.2.3. Besluit.....	89
7. Zelfregulering.....	92
7.1. Begrip.....	92
7.2. Zelfregulering door middel van kwaliteitslabels.....	94
7.3. Besluit .....	99
<b>Besluit.....</b>	<b>100</b>
<b>Bibliografie .....</b>	<b>103</b>

# Inleiding

Tijdens de laatste decennia werden meer en meer processen gevoerd omtrent het moreel gevoelig onderwerp sadomasochisme. Dit gebeurde vooral op het niveau van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar ook in België liet het proces rond de SM-rechter Koen Arousseau niemand onberoerd. Uit deze arresten bleek soms het gebrek aan enige regulering, al dan niet op nationaal vlak, op het gebied van sadomasochisme. Sadomasochistische gedragingen worden in principe gekwalificeerd als opzettelijke slagen en verwondingen. Naar mijn mening is het echter niet altijd nodig om sadomasochisten te gaan bestraffen. Mijn bedoeling is dan ook om in mijn masterproef te gaan onderzoeken of er een mogelijkheid is om een regeling op te stellen waardoor er grenzen worden getrokken voor sadomasochistische activiteiten en waardoor SM-liefhebbers die zich aan deze grenzen houden, niet langer een veroordeling kunnen oplopen.

Om een regeling te ontwikkelen, is het van noodzakelijk belang dat we een heel goede notie hebben van wat sadomasochisme nu juist inhoudt. Hiervoor gaan we eerst enkele definities naderbij gaan bekijken. Daarna zal de evolutie van de rechtspraak tijdens de laatste decennia overlopen worden. Wanneer we dit gedaan hebben, zullen we ons al een duidelijk beeld van het begrip sadomasochisme kunnen vormen. In een volgende stap zal er dan uiteindelijk ook kunnen onderzocht worden of er al dan niet enige regeling kan uitgewerkt worden. We zullen hiervoor verschillende bestaande rechtsfiguren doornemen. Tenslotte wordt bekeken of de voorkeur niet moet worden weggedragen voor een systeem van zelfregulering in plaats van een wettelijke regeling.

# Het begrip sadomasochisme

Wanneer we op zoek gaan naar een degelijke definitie omtrent sadomasochisme of SM moeten we rekening houden met het taboe dat er hedendaags nog steeds op het onderwerp rust. Hoewel we naar een steeds modernere en steeds meer tolererende samenleving evolueren, valt het niet te ontkennen dat het taboe rond het fenomeen blijft hangen. Mensen hebben de neiging om het SM-wezen radicaal af te wijzen en er een negatieve connotatie aan vast te hangen terwijl ze vaak geen duidelijk beeld hebben van wat SM nu juist inhoudt. Hoewel alles steeds meer gecommmercialiseerd wordt en er een steeds grotere toegang bestaat tot clubs, outfits enzovoort, betekent dit niet dat er een groter begrip of een grotere openheid bestaat naar het fenomeen toe.<sup>1</sup>

Het is dan ook van belang dat we dit gegeven in het achterhoofd houden bij het bekijken van de verschillende definities die we in de literatuur terug vinden. Definities zullen vaak niet objectief opgesteld zijn, maar gepaard gaan met een bepaald waarderingsoordeel.

Het is echter niet alleen te wijten aan de buitenwereld dat SM een dergelijk negatief label opgeplakt heeft gekregen. De SM-beoefenaars hebben dit zelf deels mede veroorzaakt. De meesten van hen zullen namelijk niet snel informatie meedelen omtrent hun afwijkende seksuele voorkeur. Hierdoor blijft er heel wat onduidelijkheid en mysterie hangen rond de cultuur.

Verder moeten we er ook rekening mee houden dat er heel veel verschillende vormen van SM bestaan.

We beginnen met een korte schets van de historische ontwikkeling van SM om daarna op zoek te gaan naar een volwaardige definitie.

---

<sup>1</sup> A. BECKMANN, *the social construction of sexuality and perversion: deconstructing sadomasochism*, University of Lincoln, Palgrave Macmillan, 2009, 2.

## 1. Historische ontwikkeling

Reeds in het oude Egypte en in de Hindu-cultuur in India zijn er sporen terug te vinden van sadomasochisme. Tot in de vorige eeuw was het echter moeilijk om feiten over SM te bekomen. Er waren drie grote bronnen waar de klinici zich konden op beroepen: mensen die door hun sadomasochistische voorkeur in de problemen waren gekomen, prostituées die waren gespecialiseerd in SM en romans met SM als onderwerp. Met betrekking tot deze laatste bron, de romans, moeten twee grote auteurs vermeld worden.

Een eerste is Markies Donaltien- Alphonse- François de Sade. De term sadisme dankt zijn ontstaan aan deze beruchte schrijver. Hoewel hij niet de uitvinder was van de term sadisme is de oorsprong ervan toch aan hem toe te schrijven vanwege zijn literaire stijl.<sup>2</sup> In zijn boeken beschreef hij namelijk het verlangen om pijn en vernedering toe te brengen als een manier om seksueel genot te bekomen.<sup>3</sup> Eind 19<sup>e</sup> eeuw ging de seksuoloog en forensisch psychiater Richard von Krafft-Ebing de term sadisme dan gaan gebruiken als benoeming van een specifieke seksuele voorkeur in zijn *Psychopathia Sexualis*.<sup>4</sup> Ook voor Havelock Ellis was sadisme niet onopgemerkt gebleven. Hij verwierp het idee dat sadisme gebaseerd was op wreedheid en durfde zelfs als eerste te beweren dat liefde vaak een grote rol speelde.<sup>5</sup> Zowel Krafft-Ebing als Ellis gingen uit van twee grote assumpties. Volgens de eerste assumptie is elke soort van seksueel gedrag instinctief. Volgens de tweede stelling komt plezier rechtstreeks voort uit instinctief gedrag. Sigmund Freud zal later in zijn werken op deze basisprincipes voortbouwen.<sup>6</sup>

De andere auteur is Leopold von Sacher-Masoch. In zijn werken is een voorliefde terug te vinden voor het ondergaan van pijn en vernedering in seksuele context.<sup>7</sup> Van deze historische figuur is de term masochisme dan weer afkomstig. In 1985 gaat de Duitse socioloog Schrenck-Notzing de beide termen linken aan 'algolagnia', een verwijzing naar het verband tussen seksuele opwinding (lagneia) en pijn (algos). Het is uiteindelijk Sigmund Freud die in 1938 de termen gaat samenvoegen en zo komt tot 'somasochisme'.<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> D. VISSER, *met genoegen minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 19-20.

<sup>3</sup> J. WEEKS, *The languages of sexuality*, New York, Routledge, 2011, 164.

<sup>4</sup> T.S. WEINBERG en G.W.L. KAMEL, *SandM Studies in sadomasochism*, University of California, Prometheus Books, 1983, 9.

<sup>5</sup> C. MOSER en J. J. MADESON, *Bound to be free : the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 27.

<sup>6</sup> R. LINDEN, *Against Sodomasochism: a radical feminist analysis*, San Francisco, Frog in the Well, 1982, 56-57.

<sup>7</sup> J. WEEKS, *The languages of sexuality*, New York, Routledge, 2011, 164.

<sup>8</sup> C. MOSER en J. J. MADESON, *Bound to be free : the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 23.



Zoals hierboven reeds aangegeven, heeft ook Freud zich verdiept in het sadomasochisme. Via het libido en het onderbewuste bracht hij alle vormen van seksueel gedrag onder in de menselijke psyche, inclusief en zelfs met de nadruk op sadomasochisme. Hij gaat de verantwoordelijkheid voor een bepaald gedrag verschuiven van het individu naar zijn instincten en zijn onderbewustzijn.<sup>9</sup> Freud beschouwde sadomasochisme als een seksuele afwijking, maar kende het een speciale plaats toe onder de perversiteiten vanwege het opvallende onderliggende contrast tussen het actieve en het passieve. Dit ging namelijk in tegen de universele karakteristieken van het seksuele leven.<sup>10</sup>

In 1969 publiceerde Paul Gebhard zijn 'Fetishism and Sadomasochism'. In dit werk werd SM voor het eerst vanuit een sociaal perspectief bekeken in plaats vanuit het gebruikelijke individuele oogpunt. Dit werk legde de basis voor de latere objectieve, wetenschappelijke studies van sadomasochisme, die er vanaf de jaren '70 kwamen.<sup>11</sup> Men ging SM ook steeds meer als een bewuste keuze gaan bekijken.<sup>12</sup> Vanuit de perceptie dat het om een activiteit gaat waar beide partijen in toestemmen met als doel een zeker seksueel genot te bereiken, worden studies en definities steeds realistischer en minder veroordelend.

Toch blijft SM zijn voor- en tegenstanders hebben. In de jaren '80 brak er in de USA een grote controverse uit tussen lesbische beoefenaars van SM en hun feministische tegenstanders.<sup>13</sup> Dit feministische standpunt werd duidelijk verwoord in 'Against Sadomasochism' door Linden en een aantal andere tegenstanders.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> R. LINDEN, *Against Sadomasochism: a radical feminist analysis*, San Francisco, Frog in the Well, 1982, 57-59.

<sup>10</sup> J. WEEKS, *The languages of sexuality*, New York, Routledge, 2011, 164.

<sup>11</sup> C. MOSER en J. J. MADESON, *Bound to be free : the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 29.

<sup>12</sup> J. WEEKS, *The languages of sexuality*, New York, Routledge, 2011, 164.

<sup>13</sup> J. WEEKS, *The languages of sexuality*, New York, Routledge, 2011, 165.

<sup>14</sup> R. LINDEN, *Against Sadomasochism: a radical feminist analysis*, San Francisco, Frog in the Well, 1982, 212.

## 2. Op zoek naar een definitie

Sadomasochisme is een vlag die vele ladingen dekt en er zijn dan ook heel wat vormen en soorten te onderscheiden. Het kan gaan van het koppel die in de echtelijke slaapkamer wat experimenteert met vastbinden tot werkelijke prostitutievormen, waarbij men zich laat betalen om als dominus bepaalde pijnigingen en vernederingen toe te brengen.

Ondanks deze grote variëteit proberen we nu toch een soort algemeen beeld te schetsen van wat onder sadomasochisme kan verstaan worden en in welke vormen zij tot uiting kan komen.

In het woord sadomasochisme kunnen we sadisme en masochisme onderscheiden. Volgens het woordenboek Van Dale kunnen we sadisme omschrijven als de lust om te kwellen, vaak gepaard gaand met bevrediging. Masochisme is dan weer een psychische gesteldheid waarbij seksuele bevrediging alleen gepaard kan gaan met gevoelens van pijn en vernedering.<sup>15</sup> In de verhouding tussen sadisme en masochisme is er dus ook een verhouding tussen dominantie en onderdanigheid terug te vinden. De ene partner zal zich gaan gedragen als dominant, de andere partner zal zich gedragen als de onderdanige. Dit zegt iets over sociale relaties, over de positie die men zal innemen binnen de relatie.<sup>16</sup>

De term sadomasochisme is, zoals hierboven reeds uiteengezet, ter wereld gebracht door de wetenschap. De beoefenaars zelf vinden dit echter een zwaar beladen term en verkiezen het lichtere 'SM', waar een minder zware negatieve connotatie aan vast hangt.<sup>17</sup> Doorheen deze masterproef zullen de twee termen door elkaar gebruikt worden.

Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen seksueel (sado)-masochisme en moreel masochisme. Onder moreel masochisme wordt verstaan iemand die zich meer of minder bewust in situaties begeeft die gewoonlijk door anderen als onaangenaam zouden worden ervaren. Het gaat om pogingen tot zelfvernederingen, verlaging van de eigen status en zelfs verminkingen van het eigen lichaam. Een voorbeeld van dit moreel masochisme is 'Operations-freude', bij dit verschijnsel putten mensen een zeker genot uit medische ingrepen en onderzoeken die zij ondergaan. Maar het hoeft niet altijd zo verregaand te zijn, in alledaagse situaties kunnen ook tal van voorbeelden terug te vinden zijn. De morele verschijningsvorm is ook onlosmakelijk verbonden met het seksueel masochisme.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> [www.vandale.be](http://www.vandale.be)

<sup>16</sup> D. VISSER, *met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 13-14.

<sup>17</sup> C. MOSER en J. J. MADESON, *Bound to be free : the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 24.

<sup>18</sup> D. VISSER, *met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 25-26.

Naar sadomasochisme wordt ook wel gerefereerd als SM, s/m of S&M. Recenter zijn de termen BDSM of B&D (bondage en discipline) en D/s (dominance and submission). Deze begrippen vormen voor de buitenstaander een soort van catch-all label voor een hele variëteit aan activiteiten.<sup>19</sup> Voor de beoefenaars zelf kunnen verschillende termen echter een heel andere lading dekken en kunnen deze van belang zijn om elkaar te begrijpen en wederzijdse gevoelens en verlangens duidelijk te maken. Zo zal 'dominance and submission' slaan op het opzettelijk overdragen van de psychologische en seksuele controle van de ene naar de andere partner. Onderdanigheid zal hier dus een belangrijke rol spelen. Bij 'bondage and discipline' zal het dan weer vooral gaan om het vastbinden.<sup>20</sup>

Volgens Dirk Visser is vooreerst de context waarin een bepaalde gedraging plaats vindt van groot belang. Iemand vastbinden maakt op zich nog geen vorm van SM uit. Het is pas wanneer de gedraging plaats vindt in een seksuele context en wanneer zij als plezierig en seksueel opwindend ervaren wordt dat ze onder de noemer van sadomasochisme kan geplaatst worden.<sup>21</sup>

Ook Williams, Weinberg en Moser spreken in hun studie over deze seksuele context. Deze vormt volgens hen één van de vijf componenten die men gewoonlijk terug vindt bij SM. Naast de seksuele context zijn er nog de verhouding dominantie – onderdanigheid, rollenspel, wilsovereenstemming en wederzijdse definities. Laten we deze overige componenten nog even van naderbij bekijken.<sup>22</sup>

In de verhouding dominantie – onderdanigheid is het vooral de uiterlijke verschijningsvorm die van belang is, of met andere woorden de schijn van dominantie. De dominante partner kunnen we ook benoemen als de meester, de sadist, de dominatrix of de dominant. De onderdanige partner is dan weer de onderdanige, de slaaf of de masochist.<sup>23</sup>

Tijdens het sadomasochistische spel verlangt men niet om de realiteit weer te geven, maar zijn het erotische fantasieën die men tot uiting probeert te brengen. Bij het rollenspel gaat men dan ook een soort van setting bepalen waarin het gebeuren zich afspeelt. Daarbij gaat men vaak de karakters gaan uitvergroten.

---

<sup>19</sup> J. WEEKS, *The languages of sexuality*, New York, Routledge, 2011, 165.

<sup>20</sup> C. MOSER en J. J. MADESON, *Bound to be free : the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 25.

<sup>21</sup> D. VISSER, *met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 9- 10.

<sup>22</sup> C. MOSER en J. J. MADESON, *Bound to be free : the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 30.

<sup>23</sup> C. MOSER en J. J. MADESON, *Bound to be free : the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 30.

Wellicht een van de belangrijkste onderdelen van het SM-gebeuren is de wederzijdse toestemming. Die toestemming veronderstelt niet alleen dat men bewust is van de activiteiten die zullen uitgevoerd worden, maar ook dat men bekwaam is om die toestemming te geven. Dit heeft tot gevolg dat kinderen of gedwongen partijen nooit kunnen deelnemen aan vrijwillige SM. Alle partijen moeten ingestemd hebben voor de eigenlijke SM-sessie kan van start gaan. De toestemming is een cruciaal onderdeel want deze vormt namelijk de grens tussen SM en seksueel geweld. Wanneer de toestemming wegvalt, is het enkel seksueel geweld die over blijft.<sup>24</sup>

Tenslotte zijn er nog de wederzijdse definities. De participanten moeten op voorhand bespreken wat ze juist willen gaan doen en wat de grenzen zijn.

Zoals hierboven reeds vermeld kan SM talrijke vormen aannemen. Laten we even de meest voorkomende vormen van naderbij gaan bekijken.

Bij bondage gaat men de partner of zichzelf vastbinden met sjaaltjes, touwen, kettingen, riemen, elektriciteits snoeren of met speciale pols- en enkelbanden en leren tuigjes. Het idee achter bondage is dat men zich niet langer kan verweren tegen de handelingen die de ander gaat uitvoeren. Hier kan men duidelijk spreken van actief en passief, afgeleid van actieve en passieve algolagnie. Tijdens bondage worden de machtsverhoudingen heel duidelijk gemaakt.<sup>25</sup>

Een tweede populaire uitoefeningsvorm is flagellatie. Deze vorm werd al uitgeoefend in de klassieke oudheid, al gaat deze daar niet altijd noodzakelijk gepaard met seksualiteitsbeleving maar is ze ook vaak terug te vinden in religieuze context. Zo werden Dominicaanse nonnen in de middeleeuwen dagelijks geslagen met de zweep als referentie naar het lijden van Jezus Christus.<sup>26</sup> Waar bondage vooral tot doel heeft de machtsverhoudingen uit te drukken, is bij flagellatie vooral de pijnbeleving van belang.<sup>27</sup>

Ook spanking wordt nogal graag eens beleefd tijdens het SM-gebeuren. Spanking kan gezien worden als een iets mildere vorm van flagellatie die vooral plaatsvindt op de billen en door middel van de vlakke hand, een latje, een vliegenmepper of met het Spaanse rietje. De grootste opwindingsfactor blijkt hier de schaamte te zijn die door spanking kan worden opgeroepen.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Cf. infra, 'Toestemming en seksueel geweld'.

<sup>25</sup> D. VISSER, *met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 72-75.

<sup>26</sup> N. LARGIER, *In praise of the whip: a cultural history of arousal*, New York, Zone Books, 2007, 35.

<sup>27</sup> D. VISSER, *met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 75-77.

<sup>28</sup> D. VISSER, *met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 78-80.

Bij nursing gaat men een grote aandacht besteden aan het lichaam, ofwel door het toedienen van pijn maar nog vaker door lichamelijk onderzoek. Men gaat hierbij dikwijls medische attributen gaan gebruiken. De 'nursing-patiënt' wordt verondersteld hulpeloosheid en kwetsbaarheid te ervaren.<sup>29</sup>

Tenslotte zijn er ook nog een heleboel andere vormen te onderscheiden. Piercing, urolagnie, koprolognie en fist fucking zijn hier maar enkele van.<sup>30</sup>

Als we zien hoeveel verschillende vormen en mogelijkheden er zijn binnen de SM-scene is het haast logisch dat er al bijna even veel definities rond circuleren. De vraag is of deze definities een grote meerwaarde betekenen en of er überhaupt wel één juiste en sluitende definitie tussen zit. Het lijkt dat getuigenissen en ervaringen van de beoefenaars zelf ons de beste mogelijkheid geven om het te gaan begrijpen.<sup>31</sup>

Zo kwam ook het Hof van Cassatie in zijn arrest van 6 januari 1998 met een definitie van SM op de proppen. In het kader van deze masterproef is het de moeite waard om deze juridische benadering wel eens van naderbij te bekijken. Volgens de rechters van het Hof van Cassatie is SM *een vorm van seksualiteitsbeleving waarbij, voor of tijdens de seksuele bevrediging, bewust en gewild door de ene partner lichamelijke vernederingen en pijnigingen worden toegebracht aan de andere partner die daarmee instemt of er zelfs om verzoekt.*<sup>32</sup>

Een eerste belangrijk element die we uit deze definitie kunnen halen is dat SM beschouwd wordt als een vorm van seksualiteitsbeleving. Hiermee erkent het Hof dus dat sadomasochisme een seksuele voorkeur uitmaakt. Het wordt aanvaard als een seksuele variant en het wordt niet als afwijkend gedrag beschouwd, wat nochtans lang de heersende mening was van mensen die zich niet in het milieu bevonden. Zo omschreef A. Vanderplas, amper een jaar voor de definitie van het Hof van Cassatie, in een noot bij een arrest van het Hof van Beroep van Gent sadomasochisme nog als een afwijking waarbij de agressiviteit tot seksuele lust wordt. Wat verder portretteert hij het als een streven tot actieve wreedheid, kwelling, vernedering en bezoedeling en anderzijds tot het passief ondergaan daarvan.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> D. VISSER, *met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 80-81.

<sup>30</sup> D. VISSER, *met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 81-84.

<sup>31</sup> C. MOSER en J. J. MADESON, *Bound to be free: the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 26.

<sup>32</sup> Cass. 6 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 3, *R.W.*, 1998-99, 290, *Rev. Dr. Pén.* 1999, 562, noot A. De Nauw.

<sup>33</sup> A. VANDERPLAS, "Over sadomasochisme" (noot onder Gent 23 september 1997), *R.W.* 1997-98, 856.

Het valt moeilijk te begrijpen dat een dergelijke bekrompenheid amper 15 jaar geleden nog in een juridisch artikel te lezen viel, al zal een dergelijke mening vandaag de dag hier en daar ook nog wel te horen zijn. Gelukkig toonde het Hof van Cassatie zich amper een jaar later al iets ruimdenkender en schetste het een meer objectief, een meer aanvaardbaar en vooral een correcter beeld van SM.

Ook de bewoordingen 'bewust en gewild' verdienen de aandacht. Deze termen geven aan dat het Hof duidelijk op de hoogte is van de vrijwilligheid die met sadomasochisme gepaard gaat. Zo bepalen ze ook dat de andere partner met de gedragingen instemt of er zelfs om verzoekt. De definitie stelt dus duidelijk dat de beide partijen met de grootste ongedwongenheid aan de activiteiten deelnemen. Deze bewustheid van de instemming kan alleen maar toegejuicht worden en kan misschien zelfs tot gevolg hebben dat het Hof er ook rekening mee houdt bij de beoordeling.

### 3. SM en seksueel geweld

Wanneer men zich sadomasochistische praktijken voorstelt, gaat men bijna automatisch een verband leggen met seksueel geweld. Maar is dit wel terecht? Gaat SM ook effectief altijd gepaard met seksueel geweld? Of is dit een zoveelste vooroordeel dat uit de wereld moet worden geholpen?

Naar de mening van Visser zijn de diverse uitingsvormen van seksueel geweld in belangrijke mate terug te voeren op de verschillen in macht tussen mannen en vrouwen. En laat macht nu net ook een van de kernbegrippen zijn in de sadomasochistische cultuur. Er zal altijd iemand zijn die onderdanig is en iemand die de touwtjes in handen houdt. Er is dus een wezenlijk verschil in macht tussen de beide partners.

Diegene die de touwtjes in handen houdt, kunnen we beschouwen als de sadist. Hij zal over voldoende machtsmiddelen moeten beschikken om herhaald aversieve prikkels toe te dienen, terwijl er voor het slachtoffer net geen middelen voorhanden zijn om deze prikkels af te wenden. Het zogenaamde slachtoffer noemt men dan de masochist. Toch is deze rollenverdeling niet altijd noodzakelijk zo zwart-wit als zojuist voorgesteld. Er zijn namelijk ook dominante masochisten en onderdanige sadisten. Hierbij zal de masochist meestal aan de sadist opleggen wat hij of zij juist wil ondergaan en zal de sadist dit dan uitvoeren naar de wensen van de masochist.<sup>34</sup>

In de voorgaande paragraaf werd gesproken van het slachtoffer. Hoewel ook rechtspraak en rechtsleer deze term vaak gaan hanteren in de context van het sadomasochisme, kunnen we ons toch afvragen of deze benaming wel geheel passend is. Wanneer er geen toestemming aanwezig is en voor de strafbaarheid van de gedraging wordt uitgegaan van de afwezigheid van de toestemming valt hier niets op aan te merken. Wanneer we echter over SM spreken is het bijna een zekerheid dat de toestemming zal aanwezig zijn, het vormt namelijk één van de grondvoorwaarden vooraleer er kan aan begonnen worden. Bovendien zou SM zonder toestemming niet langer SM zijn, maar zou het om niet meer gaan dan ordinaire slagen en verwondingen. De vraag stelt zich dan of iemand die ingestemd heeft met de gedraging zonder verdere bezwaren een slachtoffer kan genoemd worden. Bij het verdere gebruik van het woord 'slachtoffer' in deze masterproef, moet deze bedenking dus in het achterhoofd gehouden worden.

---

<sup>34</sup> HENKIN W en HOLIDAY S., *Consensual sadomasochism: how to talk about it and how to do it safely*, San Francisco, Daedalus, 1996, 55.

Zoals net werd aangetoond, is het de vrijwilligheid die het verschil maakt tussen het SM-spel en seksueel geweld. De vrijwilligheid vormt als het ware de grens tussen sadomasochisme en seksueel geweld, zoals deze ook de grens vormt tussen seks en verkrachting. Voordat men sadomasochistische praktijken gaat beginnen, moet er tussen de verschillende partijen overeenstemming bestaan. Wanneer deze overeenstemming of vrijwilligheid er niet is, spreken we niet langer van sadomasochisme maar van zuiver sadisme of masochisme.<sup>35</sup>

Het spreekt voor zich dat wanneer men er vrijwillig in toestemt zich te laten domineren, een vertrouwensrelatie noodzakelijk is. Dit vertrouwen kan men bereiken door op voorhand duidelijke afspraken te maken.

Maar het is ook net deze vrijwilligheid die problemen opwekt. Ten eerste kunnen we hierbij het grootste discussiepunt rond SM gaan vermelden: kan de vrijwilligheid of de toestemming van 'het slachtoffer' dienen als de legitimatie van het seksueel geweld? Heeft men het recht om zijn fysieke integriteit op te geven om zijn seksuele verlangens te voldoen? Kunnen SM-praktijken niet als opzettelijke slagen en verwondingen bestempeld worden en bijgevolg ook niet bestraft worden onder art. 398 Strafwetboek enkel en alleen omdat het slachtoffer ermee ingestemd heeft? Omdat dit een eeuwig discussiepunt lijkt te zijn en noch de wetgever noch de rechtbanken noch enige andere partij zich hierover lijkt te willen of kunnen uitspreken, ga ik in deze masterproef op zoek naar een antwoord op de voorgestelde vragen en meerbepaald binnen het kader van een of andere vorm van regulering. Is het mogelijk om de aanvaarding van slagen en verwondingen binnen het SM-spel te baseren op een iets tastbaarder en standvaster principe dan de vrijwilligheid alleen?

Het tweede probleem vormt zich niet in verband met de vrijwilligheid, maar vormt zich net wanneer deze vrijwilligheid ophoudt. Dat iemand instemt met het SM-spel, betekent niet dat hij of zij vrij spel geeft aan de dominant om alle zaken uit te voeren die hij of zij in gedachten zou hebben. Het is net daarom dat het basisprincipe, namelijk de vrijwilligheid, hand in hand gaat met een stopteken. Wanneer een van de partijen niet langer wil verder gaan en de vrijwilligheid dus op het punt staat te verdwijnen, zal dit moeten duidelijk gemaakt worden aan de hand van een vooraf afgesproken gebaar of stopwoord en zal de andere partij dit ook moeten respecteren. Wanneer dit niet zou gebeuren, overschrijdt men die grens met seksueel geweld.

---

<sup>35</sup> D. VISSER, *met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 37-58.



# Overzicht rechtspraak

Vooraleer zelf op zoek te gaan naar een regeling rond SM, bestuderen we even het juridische landschap. Vooral in de rechtspraak lieten SM-beoefenaars vanaf de jaren '90 nogal eens van zich horen.

## 1. Laskey, Jaggard en Brown<sup>36</sup>

In 1997 worden Laskey, Jaggard en Brown samen met een veertigtal andere Britse sadomasochisten veroordeeld tot strafsancties vanwege hun sadomasochistische praktijken. De bewuste sadomasochistische handelingen situeren zich over een periode van tien jaar en vonden voornamelijk plaats in speciaal daartoe aangelegde folterkamers. Er werden echter geen blijvende verwondingen of infecties aangebracht en de betrokkenen werkten met een stopwoord zodat alles volledig vrijwillig verliep en niet verder ging dan men wou. Het geheel werd opgenomen en verspreid onder de leden.

De hoofdvraag tijdens het proces blijkt te zijn of de overheidsinmenging wel verenigbaar is met recht op privacy en respect van het privéleven. Hoewel er volgens het Hof geen twijfel over bestaat dat het seksuele leven van de burger deel uitmaakt van het privéleven, stelt het Hof zich wel de vraag of er wel nog sprake is van de notie 'privéleven' gezien het aantal personen die betrokken waren bij de sadomasochistische praktijken. Daar geen van de partijen echter de toepasbaarheid van artikel 8 EVRM betwist, laat het Hof deze vraag onbeantwoord. Volgens De Hert en Gutwirth zou een dergelijke redenering zorgen voor een aantasting van de seksuele vrijheid gezien het zou betekenen dat seksualiteit met velen geen bescherming verdient.<sup>37</sup> Later zal echter, onder meer in het arrest A.D.T., blijken dat aan deze passage geen belang hoeft gehecht te worden en dat het recht op privacy niet afhangt van het aantal personen dat deelneemt aan de seksuele activiteiten.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> E.H.R.M. 19 februari 1997, Laskey, Jaggard and Brown / Verenigd Koninkrijk, *Jaarboek mensenrechten* 1996-97, 277; *Rep. Eur. Court H.R.* 1997, I, 120; *Rev. Trim. D.H.* 1997, 733, noot M. LEVINET.

<sup>37</sup> P. DE HERT en S. GUTWIRTH, "Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme", *Panopticon* 1998/4, 281.

<sup>38</sup> S. SOTTIAUX, "Recente ontwikkelingen in de Europese rechtspraak inzake seksuele betrekkingen: een gemiste kans?", *T.B.P.* 2001/6, 380.

Verder moet het Hof antwoorden op de vraag of de inmenging van de Britse overheid in overeenstemming is met artikel 8, §2 EVRM. Volgens dit artikel is geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan in de uitoefening van artikel 8, §1 EVRM dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Het Hof moet met andere woorden de oefening gaan maken of de maatregel beantwoordde aan een dringende maatschappelijke noodzaak en of deze proportioneel was in verhouding tot het nagestreefde doel. Het Hof meent van wel en zegt dat de ernst van het toegebrachte letsel en het risico van ernstig letsel de staat toelaten om de betrokkenen te vervolgen en te straffen, met het oog op de bescherming van de volksgezondheid. Het Straatsburgse Hof komt tot de conclusie dat geen verdragsschending voorligt. Ten eerste zijn de motieven van de Britse autoriteit pertinent en voldoende. Staten beschikken namens over het recht om bepaalde activiteiten die lichamelijke schade kunnen veroorzaken strafrechtelijk te regelen. Ook de motieven zijn pertinent en voldoende, wat de feiten betreft. Het is namelijk duidelijk dat het gaat om extreme activiteiten die een aanzienlijke schade kunnen toebrengen. Deze redenering lijkt mij toch enigszins betwifelbaar daar er nooit blijvende lichamelijke schade of infecties werden vastgesteld bij de verzoekers. Het Hof baseert zijn redenering puur op de notie 'potentiële schade'. Volgens De Hert en Gutwirth is dit te verregaand.<sup>39</sup>

Daarnaast acht het Hof dat er ook wordt voldaan aan de proportionaliteitsvereiste en opnieuw wordt daarbij gewezen op de ernst van de feiten.

De klacht wordt uiteindelijk afgewezen door het Hof.

---

<sup>39</sup> P. DE HERT en S. GUTWIRTH, "Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme", *Panopticon* 1998/4, 282.

## 2. Gent 23 september 1997

Dit arrest bevestigt in beroep de beslissing van de correctionele rechtbank. Dit lijkt de eerste keer te zijn dat het Belgische gerecht zich uitspreekt in een zaak omtrent sadomasochisme. Het Hof van Beroep van Gent stelt in zijn arrest dat sadomasochistische praktijken als liederlijke en ontuchtige daden moeten beschouwd worden. De rechters lijken een soort voorbehoud te stellen door er duidelijk op te wijzen dat een strafrechter geen algemene uitspraken velt maar enkel oordeelt in een concreet dossier en ten aanzien van concrete personen. Uit het arrest mag men dus niet gaan afleiden dat sadomasochistische praktijken altijd of nooit als strafbaar moeten beschouwd worden, er wordt alleen nagegaan of de concrete voorgedane sadomasochistische praktijken in strijd zijn met de strafwet.<sup>40</sup>

Het lijkt verwonderlijk maar het Hof gaat mee in de beweringen van de beklaagden wanneer zij stellen dat zij geen enkel idee hadden van de wederrechtelijkheid van hun handelingen. Het Hof merkt daarbij op dat er tot op dat punt nog geen enkele rechtspraak in België bekend was waarbij sadomasochistische praktijken als strafbaar worden beschouwd.<sup>41</sup> Opmerkelijk is dat een dergelijk argument in de zaak van de SM-rechter (zie verder) door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kordaat verworpen zal worden.

Een tweede argument van de beklaagden waar het Hof veel belang lijkt aan te hechten is dat de pijnigingen die *in concreto* hadden plaatsgevonden de volksgezondheid niet in gevaar brachten. Geen van de betrokkenen hoefde namelijk ooit medische verzorging en ook het bestaan van littekens kon niet bewezen worden. Ten gevolge van deze lichte vormen van fysisch geweld, stelt het Hof dat de voorafgaande toestemming van de slachtoffers als rechtvaardigingsgrond kan beschouwd worden.<sup>42</sup> Ook deze stelling zal door het Europees Hof in 2005 tegengesproken worden.<sup>43</sup>

Opmerkelijk is dat het Hof besluit dat er geen algemeen opzet aanwezig was. Voor een algemeen opzet volstaat het nochtans dat de dader de slagen en verwondingen wetens en willens toebracht aan de tegenpartij. Van zodra er dus geen toeval of onachtzaamheid in het spel is, lijkt dit algemeen opzet aanwezig te zijn. Een bijzonder opzet, zoals de intentie hebben om te schaden, is daarentegen niet vereist.

---

<sup>40</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 261, noot P. ARNOU.

<sup>41</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 262, noot P. ARNOU.

<sup>42</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 262, noot P. ARNOU.

<sup>43</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §55.

Het lijkt nogal duidelijk dat bij sadomasochistische spelletjes dit algemeen opzet ontegensprekelijk altijd aanwezig is. Want daar draait het hele gebeuren nu toch net om, namelijk het toebrengen van bepaalde pijnigingen en vernederingen opdat seksueel genot zou bekomen worden. Toch denkt het Hof hier blijkbaar anders over. De daders mogen dan wel wetens en willens de persoon van de andere hebben aangerand, zij wisten echter niet dat de door hun gestelde gedragingen wedderrechtelijk waren en bijgevolg hadden zij niet de intentie om de wet te overtreden.<sup>44</sup> Het Hof van Beroep lijkt hier dus een vreemde wending te nemen ten aanzien van het begrip van het algemeen opzet. Volgens P. Arnou doet het Hof hier, zonder het met zoveel woorden kenbaar te maken, een beroep op de rechtsdwaling als schulduitsluitingsgrond. Maar zelfs indien dit het geval zou zijn, lijkt de redenering van het Hof nog steeds niet helemaal zuiver. Een van de voorwaarden voor rechtsdwaling is namelijk dat ze onoverkomelijk is, met andere woorden is vereist dat elk normaal redelijk en voorzichtig mens in dezelfde omstandigheden dezelfde dwaling zou begaan hebben.<sup>45</sup> En dit lijkt op zijn zachtst gezegd toch betwifelbaar. Bovendien kan men zich de vraag stellen waarom het Hof het nodig vindt een rechtvaardigingsgrond, namelijk de toestemming, in te roepen wanneer er geen algemeen opzet aanwezig is en er bijgevolg dus ook geen misdrijf is. Bovendien is het ook heel eigenaardig dat het Hof aan de toestemming een rechtvaardigende werking toekent.<sup>46</sup>

Wegens voornoemde redenen beslist het Hof tot de vrijspraak van de beklaagden. Het arrest wordt afgesloten met de stelling dat, hoewel men niet over zijn leven beschikt, er toch moet aanvaard worden dat eenieder in beperkte mate en ter bereiking van een redelijk doel over zijn lichamelijke integriteit beschikt. Het Hof haalt hierbij enkele voorbeelden aan zoals gevechtssporten, bloedtransfusies en esthetische chirurgie. Het toebrengen van lichte slagen en/of verwondingen in het kader van een sadomasochistische beleving van seksualiteit moet gelet op de ongedwongen en voorafgaande toestemming van de slachtoffers gerechtvaardigd kunnen zijn.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 262, noot P. ARNOU.

<sup>45</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 264, noot P. ARNOU.

<sup>46</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 264, noot P. ARNOU.

<sup>47</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 263, noot P. ARNOU.

### 3. De SM-rechter

Waarschijnlijk één van de meest spraakmakende zaken van eind vorige eeuw was die van de Mechelse rechter Koenraad Arousseau. Samen met zijn echtgenote Magda oefende hij sadomasochistische praktijken uit. Niet alleen deden ze dit in hun eigen huis, maar in een latere fase ook in SM-clubs en voor de echt extreme vormen huurden ze lokalen af. Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat Arousseau zich schuldig maakte aan opzettelijke slagen en verwondingen ten nadele van zijn echtgenote.<sup>48</sup> Een gewoon algemeen opzet hierbij volstaat, met als gevolg dat het geen invloed had dat Arousseau geenszins de bedoeling had om schade toe te brengen, dan wel genot.<sup>49</sup>

De verdedigingsgrond dat alle betrokkenen met de praktijken ingestemd hadden, wordt van de hand gewezen aangezien de strafwet een openbare orde karakter heeft en aangezien art. 398 Strafwetboek een absoluut karakter heeft. Bijgevolg kan de toestemming slechts incidenteel in overweging genomen worden bij de beoordeling van de strafwaardigheid en de straftoemeting. Bovendien bleek later dat deze instemming niet absoluut was. Uit de beelden was op te maken dat de echtgenote van Arousseau meermaals het afgesproken stopwoord zou geroepen hebben, maar daar werd door haar echtgenoot en de andere betrokken personen geen gevolg aangegeven. Later verklaarde zij wel dat er geen enkele gedraging tegen haar zin had plaats gevonden, maar een a posteriori toestemming leek helemaal onaanvaardbaar voor het Hof. Daarnaast werd Arousseau ook veroordeeld voor het aanwerven, meenemen, wegbrengen of bij zich houden met het oog op prostitutie of het plegen van ontucht van zijn echtgenote.<sup>50</sup>

Nadat Arousseau ook bij het Hof van Cassatie<sup>51</sup> geen gehoor kreeg, richtte hij zich tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>52</sup>.

De eisers haalden voor het Hof twee redenen aan: enerzijds beweerden zij dat tijdens de procedure voor het Hof van Cassatie hun recht op een eerlijk proces was geschonden. Deze klacht werd door het Hof afgewezen. Anderzijds hielden ze voor dat hun recht op respect voor het privéleven was aangetast door de strafrechtelijke veroordeling.

---

<sup>48</sup> Antwerpen 30 september 1997, *R.W.*, 1997-98, 749-750.

<sup>49</sup> P. DE HERT en S. GUTWIRTH, "Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme", *Panopticon* 1998/4, 283.

<sup>50</sup> Antwerpen 30 september 1997, *R.W.*, 1997-98, 749-750.

<sup>51</sup> Cass. 6 januari 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 10, *Bull.* 1998, 11; *Rev. Dr. Pén.* 1999, 562, noot A. DE NAUW; *R.W.*, 1998-99, 290.

<sup>52</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>.

In het kader van deze laatste klacht voerden de eisers aan dat een bestraffing van sadomasochistische praktijken niet voorzien werd in de strafwet en meerbepaald in artikel 398 SW. Het Hof bekijkt dit argument eerst in het licht van artikel 7 EVRM. Volgens dit artikel mag niemand worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. In paragraaf 2 van het artikel lezen we dat artikel 7 niet in de weg staat aan de berechting en de bestraffing van iemand die schuldig is aan een handelen of nalaten dat ten tijde van het handelen of nalaten een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaafde volken worden erkend. In het artikel lezen we dus niet alleen het beginsel dat de terugwerkende kracht van de strafwet verbiedt, maar ook de adagia 'nullum crimen sine lege' en 'nulla poena sine lege'. Daarnaast verbiedt het artikel ook dat de strafwet extensief zou worden toegepast ten nadele van de beklaagde.<sup>53</sup>

Het Hof bepaalt dat aan de vereiste dat een strafbepaling duidelijk omschreven moet zijn in de wet, voldaan is wanneer de rechtsonderhorige op basis van de wettekst en de jurisprudentiële interpretatie daarvan in staat is te weten welk handelen en welk nalaten hem strafrechtelijk kan worden toegerekend. Hier menen Aourousseau en de zijnen dat zij niet konden weten dat sadomasochistische praktijken als strafbaar zouden bestempeld worden daar er enerzijds in de huidige samenleving een zekere tolerantie bestaat met betrekking tot seksualiteitsbeleving in groep en daar er anderzijds geen rechtspraak voorhanden is die sadomasochistische gedragingen als opzettelijke slagen en verwondingen kwalificeert. Deze laatste reden wordt door het Europees Hof onmiddellijk van tafel geveegd daar zij menen dat een dergelijke redenering ertoe zou leiden dat hoe zeldzamer en gewelddadiger de feiten zijn, hoe groter de kans dat de feiten niet bestraft zouden worden. Ook de toestemming als rechtvaardigheidsgrond kan door het Hof niet aanvaard worden.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> A. DIERICKX, 'De strafrechtelijke benadering van sadomasochisme. Een commentaar naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 februari 2005 in de zaak K.A. en A.D./België.', *T. Strafr.* 2005, 388.

<sup>54</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §55.

Belangrijk in het kader van mijn onderzoek is dat het Hof verklaart dat bepaalde gedragingen die onder de strafwet vallen, onder bepaalde omstandigheden toch zouden kunnen gelegitimeerd worden. In het geval van sadomasochistische praktijken zou dit meerbepaald het geval kunnen zijn wanneer de beoefenaars zich houden aan de in de betreffende handelingscontext toepasselijke regels. En precies twee van die regels werden door Aourousseau en de andere betrokkenen overtreden. Zij consumeerden namelijk meerdere alcoholische dranken tijdens de SM-sessies en zij negeerden meermaals de echtgenote wanneer die het stopwoord riep. Bovendien huurden zij net private lokalen af omdat zij wisten dat hun praktijken niet voldeden aan de gebruikelijke reglementen van SM-clubs. Om voorgaande redenen komt het Hof dan ook tot het besluit dat er geen schending plaats vond van artikel 7 EVRM.

Wat betreft de inmenging in de uitoefening van het recht op respect voor het privé- leven, gaat het Europese Hof eerst en vooral stellen dat het begrip privéleven een ruime en niet-exhaustieve invulling kent en dat de seksualiteit, de seksuele georiënteerdheid en het seksuele leven er belangrijke aspecten van vormen.<sup>55</sup> Vervolgens gaan zij de klassieke driedelige toets uitvoeren om na te gaan of de opgelopen veroordelingen voor slagen en verwondingen effectief een schending van artikel 8 EVRM uitmaken of niet.<sup>56</sup>

Een eerste vereiste voor een legitieme inmenging is de voorzienbaarheid bij de wet van de inmenging.<sup>57</sup> Het Hof verwijst hierbij naar zijn aangehaalde argumenten in het licht van artikel 7 EVRM.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §79.

<sup>56</sup> A. DIERICKX, 'De strafrechtelijke benadering van sadomasochisme. Een commentaar naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 februari 2005 in de zaak K.A. en A.D./België.', *T. Strafr.* 2005, 389.

<sup>57</sup> Artikel 8.2 EVRM

<sup>58</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §80.

Verder lezen we in artikel 8.2 EVRM dat een inmenging noodzakelijk moet zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden of strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Als uitgangspunt geldt dat het strafrecht in principe niet mag tussenkomen in seksuele handelingen die plaats vinden tussen twee toestemmende volwassenen. Er moeten dan ook voldoende zwaarwichtige redenen voorhanden zijn om een dergelijke inmenging toch toe te staan.<sup>59</sup> Het Hof stelt dat de vrijheid om seksuele handelingen te stellen gelimiteerd wordt door de wil van het slachtoffer. Uit de feiten bleek echter dat die wil niet altijd gerespecteerd werd.<sup>60</sup> Een inmenging bleek hier dus noodzakelijk ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en ter bescherming van de gezondheid. De Europese rechters menen dat de nationale rechtbanken verder geen andere objectieven zouden hebben laten doorwegen.<sup>61</sup> Bijgevolg werd dan ook geen schending van artikel 8 EVRM vastgesteld.<sup>62</sup>

De laatste stap in de toetsing is het controleren van de proportionaliteitsvereiste. Hierbij gaat het Hof na of de veroordelingen noodzakelijk waren om de hierboven vermelde doeleinden te bereiken. Het Hof stelt dat de notie van persoonlijke autonomie zo kan begrepen worden dat ze het recht inhoudt om beslissingen te nemen aangaande zijn eigen lichaam. Sterker nog, eenieder heeft de mogelijkheid om zich over te geven aan activiteiten die als moreel of fysiek schadelijk of gevaarlijk worden aanzien.<sup>63</sup> Tengevolge van deze persoonlijke autonomie, meent het Hof dan ook dat het strafrecht in principe niet mag interveniëren in de consensuele seksualiteitsbeleving. Er zullen dan ook al zeer ernstige redenen moeten voorhanden zijn opdat een dergelijke inmenging toch zou kunnen gelegitimeerd zijn.<sup>64</sup> Toch oordeelt het Hof hier dat de inmenging door de Belgische staat niet disproportioneel is. Het recht van een persoon om vrijelijk zijn seksualiteit te beleven wordt namelijk begrensd door het respect voor de wil van het slachtoffer van de seksuele praktijken. En dit zogenaamde respect vormt nu net het pijnpunt in de hele zaak. Op de beelden was namelijk duidelijk te zien dat Arousseau en co de stopwoorden negeerden. Het Hof stelt vast dat de verzoekers de situatie niet meer onder controle hadden en dat het geweld escaleerde.<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §84.

<sup>60</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §85.

<sup>61</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §81.

<sup>62</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §88.

<sup>63</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §83.

<sup>64</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §84.

<sup>65</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §85.



Evenmin worden de strafmaat en de gevolgen die de veroordeling met zich meebracht beschouwd als een disproportionele inmenging in de uitoefening van het recht op respect voor het privéleven.<sup>66</sup>

De Straatburgse rechters komen tot het besluit dat de veroordelingen van de eisers mogen worden als noodzakelijk geacht in een democratische samenleving met het oog op de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en bijgevolg achten zij artikel 8 EVRM niet geschonden.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §86.

<sup>67</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §87-88.

## 4. Besluit

Na het grondig doornemen van de relevante rechtspraak, zowel op nationaal als op Europees niveau, zijn er enkele belangrijke stellingen en evoluties waar te nemen.

Een eerste interessante waarneming vinden we terug op het niveau van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Waar zij nog in de zaak Laskey, Jaggard en Brown de betwistbare stelling inneemt dat niet elke seksuele activiteit die achter gesloten deuren plaats vindt onder de bescherming van artikel 8 EVRM valt<sup>68</sup>, lijkt zij dit in de zaak Aourousseau wel te beweren. Het Hof bevestigt namelijk dat het begrip privéleven een ruime en niet-exhaustieve invulling kent en dat de seksualiteit, de seksuele georiënteerdheid en het seksuele leven er belangrijke aspecten van vormen.<sup>69</sup> Toch mag er volgens A. Dierickx niet te snel toe besloten worden dat het Hof de notie 'privéleven' nu ruimer opvat dan ten tijde van de zaak Laskey, Jaggard en Brown en dat het normaliteitsdenken in de seksualiteitsbeleving nu volledig achterwege wordt gelaten. Het Hof vangt zijn beoordeling evenwel aan met de vaststelling dat de partijen niet betwisten dat de veroordelingen een inmenging vormen op het recht op respect voor het privéleven. Die vaststelling wordt weliswaar slechts expliciet gekoppeld aan de veroordelingen op grond van artikel 398 Sw. en aan het desgevallend niet hoeven te onderzoeken van de legitimiteit in het kader van artikel 8 EVRM van de veroordeling op grond van art. 380bis, §1,1° Sw. Naar de mening van Dierickx lijkt het Hof dus toch enige reserve aan te houden.<sup>70</sup>

Naast een mogelijke verbreding van het begrip 'privéleven', lijkt het Hof ook haar algemeen standpunt ten aanzien van sadomasochisme iets bij te schaven. In het arrest Laskey, Jaggard en Brown neemt het hof een eerder strenge en negatieve houding aan. Zij oordeelt dat de inmenging van de staat als legitiem kan beschouwd worden om reden van de bescherming van de gezondheid, hoewel in de desbetreffende zaak nooit medische verzorging nodig bleek en geen infecties of blijvende verwondingen werden vastgesteld.<sup>71</sup> Het Hof lijkt zich te baseren op de notie van de 'potentiële schade'. Men kan zich afvragen of dit niet te verregaand is.

---

<sup>68</sup> E.H.R.M. 19 februari 1997, Laskey, Jaggard en Brown/ Verenigd Koninkrijk, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §36.

<sup>69</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §79.

<sup>70</sup> A. DIERICKX, 'De strafrechtelijke benadering van sadomasochisme. Een commentaar naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 februari 2005 in de zaak K.A. en A.D./ België.', *T. Strafr.* 2005, 391.

<sup>71</sup> P. DE HERT en S. GUTWIRTH, "Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme", *Panopticon* 1998/4, 282.

Het Hof beklemtoont in het arrest ook dat staten zeker over het recht beschikken om zaken strafrechtelijk te regelen die lichamelijke schade toebrengen. Bovendien is het in eerste instantie aan de staat om in de gevallen dat de persoon ten aanzien van wie de gedraging wordt gesteld, toestemt met de gedraging, te bepalen waar de grens ligt van de fysieke schade die wordt toegebracht.<sup>72</sup>

In het arrest K.A en A.D. lijkt het Hof de klemtoon eerder te leggen op de persoonlijke autonomie. Zo stelt het Hof dat artikel 8 EVRM de zelfontplooiing beschermt. Deze zelfontplooiing houdt de persoonlijke ontwikkeling en de persoonlijke autonomie in. En uit de persoonlijke autonomie vloeit dan weer het recht voort om over zijn eigen lichaam te beschikken. Eenieder heeft het vermogen om zijn leven te leiden zoals hij dat wil, zelfs indien dit inhoudt dat men zich overgeeft aan activiteiten die worden beschouwd als fysiek of moreel gevaarlijk voor de desbetreffende persoon.<sup>73</sup>

Mijn inziens wordt het grote probleem in de zaak Aourousseau gevormd door het feit dat hij en zijn kompanen meermaals het stopwoord genegeerd hebben en tijdens de SM-sessies grote hoeveelheden alcohol dronken. Door dit te doen overtraden zij de twee belangrijkste regels van het SM-spel. Het Hof legitimeert dan ook de inmenging van de Belgische staat en de bijkomende veroordelingen op basis van het principe van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Het lijkt mij dat wanneer Aourousseau en de zijnen zich wel aan de essentiële regels van de SM-wereld zouden gehouden hebben, dit arrest mogelijks een andere uitkomst zou gehad hebben. Het is gevaarlijk te speculeren, maar gezien de grote aandacht die het Hof besteedt aan de notie van de persoonlijke autonomie, lijkt mij dit niet geheel ondenkbaar.

---

<sup>72</sup> E.H.R.M. 19 februari 1997, Laskey, Jaggard en Brown/ Verenigd Koninkrijk, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §43 44.

<sup>73</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §83.

A. Dierickx lijkt hier echter niet zo van overtuigd en behoedt zich voor het idee dat het Hof een meer liberale houding zou aannemen in de zaak Aourousseau dan in de zaak Laskey, Jaggard en Brown. Zij stelt dat het feit dat het Hof in de zaak Aourousseau de inmenging van de staat legitimeert op basis van de rechten en vrijheden van anderen en in de zaak Laskey, Jaggard en Brown zij dat daarentegen doet op basis van de gezondheid, geen aanwijzing is om een liberalere houding van het Hof te suggereren. De rechten en vrijheden van anderen maakten namelijk gewoon een sterker argument in de ene zaak, terwijl de gezondheid als een betere legitimatie leek in de andere zaak. Vervolgens stelt zij dat indien men dan al een liberalere houding aan het Hof zou willen toeschrijven, dat deze zou moeten gelegen zijn in het naar voren schuiven van de persoonlijke autonomie als onderdeel van het recht in artikel 8 EVRM. Dit heeft echter niet tot gevolg dat het Hof in de toekomst het strafbaar achten van sadomasochistische gedragingen niet langer als legitiem zou kunnen beschouwen omwille van de extreme impact op de fysieke integriteit, zelfs indien het gaat om consensuele sadomasochistische gedragingen.<sup>74</sup>

Een derde opvallend punt in het kader van deze masterproef is dat het Hof uitdrukkelijk vermeldt dat de toestemming van het slachtoffer geen rechtvaardigingsgrond kan uitmaken.<sup>75</sup> We laten even de twijfels met betrekking tot de toestemming in de desbetreffende zaak buiten beschouwing. Koen Aourousseau en de zijnen stellen in hun verdediging dat het slachtoffer volledig toegestemd heeft in alle praktijken en meer nog, dat zij zelfs vragende partij was voor de sadomasochistische activiteiten. Het Hof aanvaardt deze verdedigingsgrond echter niet en stelt dat de toestemming de feiten niet kan legitimeren en dat Aourousseau, gelet op zijn voormalige functie als magistraat, dit zou moeten geweten hebben.<sup>76</sup> Het Hof geeft echter wel toe dat de rechtspraak, impliciet dan wel expliciet, bepaalde gedragingen toestaat die kunnen gekwalificeerd worden als slagen en verwondingen, tenminste wanneer deze gedragingen voldoen aan de regels die erop toepasselijk zijn. Dit bevestigt opnieuw mijn voorgaande vermoeden dat het arrest mogelijks een andere uitkomst ging gehad hebben wanneer Aourousseau en co zich aan de gebruikelijke regels van het SM-spel zouden gehouden hebben.

---

<sup>74</sup> A. DIERICKX, 'De strafrechtelijke benadering van sadomasochisme. Een commentaar naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 februari 2005 in de zaak K.A. en A.D./België.', *T. Strafr.* 2005, 391-393.

<sup>75</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §55.

<sup>76</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §55.

Hoewel het Hof van Beroep van Gent het tegendeel beweert<sup>77</sup>, vinden we ook in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen een dergelijke redenering als die van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens terug. In zijn arrest van 30 september 1997 stelt het namelijk dat de instemming geen schulditsluitingsgrond oplevert omdat de strafwet van openbare orde is en omdat het beschermde rechtsgoed, namelijk de lichamelijke integriteit, een ongeclausuleerd grondrecht is waarin alleen de wetgever kan optreden in bepaalde gevallen. Het Hof besluit echter iets later dat de toestemming wel in aanmerking zou kunnen genomen worden bij de beoordeling van de strafwaardigheid en alleszins bij de beoordeling van de straftoemeting.<sup>78</sup> We kunnen hieruit afleiden dat de toestemming uiteindelijk wel nog een verschoningsgrond zou kunnen opleveren, wat bijzonder van belang is. Hoe belangrijk deze toestemming nu juist kan zijn, wordt op een later punt in deze masterproef onderzocht.

Tenslotte kunnen we ons, na het lezen van de voorgaande arresten en voornamelijk na het lezen van het arrest van het Hof van Beroep van Gent van 23 september 1997 ons afvragen of het wel evident is om sadomasochisten vrij te spreken zolang er geen duidelijke regeling voorhanden is. De beide constitutieve elementen van het misdrijf zijn namelijk vervuld. Het materieel element, dat bestaat uit de gedraging waardoor de strafwet wordt overtreden, zal tijdens het sadomasochistische spel meermaals terug te vinden zijn in allerlei soorten slagen en verwondingen die worden toegebracht. Zoals reeds eerder vermeld zal het moreel element, namelijk het opzet, ook steeds aanwezig zijn. Alle handelingen gebeuren namelijk wetens en willens. Het feit dat men niet de intentie heeft om schade toe te brengen, verandert hier niets aan. Tot hiertoe lijkt alles dus waterdicht te zijn en lijkt de wet alsnog geen ruimte te laten om sadomasochistische praktijken toe te staan.

C. Van den Wyngaert onderscheidt echter nog een derde bestanddeel van het misdrijf, met name de wederrechtelijkheid. Deze wederrechtelijkheid bestaat uit de afwezigheid van rechtvaardigingsgronden.<sup>79</sup> Het Europees Hof maakte het alvast duidelijk dat in de toestemming geen rechtvaardigingsgrond kan gezocht worden.<sup>80</sup> Hierna wordt verder onderzocht of er nog andere mogelijke rechtvaardigingsgronden te vinden zijn.

---

<sup>77</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 262, noot P. ARNOU.

<sup>78</sup> Antwerpen 30 september 1997, *R.W.* 1997-98, 749.

<sup>79</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2006, 148.

<sup>80</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §55.

Maar als we er nu even vanuit gaan, for the sake of the argument, dat er verder geen rechtvaardigings-, verschonings- of schulduitsluitingsgronden zouden kunnen van toepassing zijn, dan lijkt een rechter wel met de rug tegen de muur gedrukt en bijna verplicht om te veroordelen. In dat geval lijkt het toch aangewezen om een degelijke regeling constructie uit te bouwen waardoor slagen en verwondingen toegebracht tijdens SM-belevingen niet langer als strafbaar moeten beschouwd worden. Al deze mogelijkheden en meer zullen in het volgende hoofdstuk uitgebreid onderzocht worden, alsook hun impact en de al dan niet gewenste gevolgen ervan.

## Het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen<sup>81</sup>

Vooraleer we gaan kijken hoe er kan vermeden worden dat sadomasochisten die binnen de perken van het redelijke blijven, gestraft worden, lichten we even het misdrijf door waarvan zij beschuldigd worden, namelijk opzettelijke slagen en verwondingen.

Wanneer we in de eerste plaats gaan kijken naar de wet worden we niet zoveel wijzer. Daar lezen we enkel dat hij die opzettelijk slagen of verwondingen toebrengt, gestraft wordt met een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met een geldboete van zesentwintig euro tot honderd euro of met een van die straffen alleen. Ingeval de schuldige heeft gehandeld met voorbedachte rade, wordt hij veroordeeld met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met een geldboete van vijftig tot tweehonderd euro.<sup>82</sup> In de artikelen 399 tot 401 Strafwetboek worden de straffen nog verzwaaard naarmate de ernst van de gevolgen die de opzettelijke slagen en verwondingen met zich mee gebracht hebben.

Het misdrijf bevat in principe drie constitutieve bestanddelen: het toebrengen van slagen en verwondingen, aan een ander levend menselijk persoon en dit opzettelijk gepleegd.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Artikel 398 Strafwetboek.

<sup>82</sup> Artikel 398 Strafwetboek.

<sup>83</sup> A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 172.

## 1. Het toebrengen van slagen en verwondingen

Het toebrengen van slagen en verwondingen vormt het materiële bestanddeel van het misdrijf. Wat nu precies onder slagen en verwondingen wordt verstaan, vinden we in de wet niet terug. De bedoeling was dat deze begrippen zouden worden begrepen in het licht van de ratio legis van artikel 398 Strafwetboek, namelijk het recht op eerbiediging van het leven en de fysieke integriteit.<sup>84</sup> We moeten dus een beroep gaan doen op de rechtspraak. Het Hof van Cassatie stelde zo dat een slag een schok of een stoot veronderstelt tegen een menselijk lichaam waardoor dit in bruuske aanraking komt met een ander voorwerp van harde aard.<sup>85</sup> Terwijl het begrip verwondingen verwijst naar een verboden resultaat, wijst het begrip slagen op het gebruik van een bepaalde techniek door de dader.<sup>86</sup> Het is niet vereist dat de slag tekens nalaat.<sup>87</sup>

Een verwonding kenmerkt zich dan wel weer door het nalaten van een materieel spoor.<sup>88</sup> Ook louter inwendige letsels komen hier in aanmerking.<sup>89</sup> Wat nu met emotionele letsels? Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Cassatie van 27 februari 2002<sup>90</sup> lijken emotionele letsels niet te voldoen. Het Hof bepaalt namelijk dat er bij gebrek aan elk opzettelijk contact van het menselijk lichaam met een fysiek voorwerp met het mogelijk resultaat van een kneuzing, schudding of letsel, geen sprake kan zijn van opzettelijke slagen en verwondingen. Zenuwstoornissen kunnen echter wel een verwonding zijn wanneer zij de structuur of de normale werking van het lichaam of een deel daarvan aantasten.<sup>91</sup> We kunnen besluiten dat een materiële aantasting van de fysieke integriteit is vereist.

Tenslotte moet wel nog het onderscheid gemaakt worden met feitelijkheden of lichte gewelddaden<sup>92</sup>. Dit betreft het aanroeren van het menselijk lichaam zonder dat het zover doorgedreven wordt dat het als slag moet beschouwd worden of letsels teweegbrengt.<sup>93</sup>

---

<sup>84</sup> Corr. Brussel, 28 april 1989, J.L.M.B., 1989, 862.

<sup>85</sup> Cass. 28 november 1932, *Pas.* 1933, I, 31.

<sup>86</sup> A. DE NAUW, "opzettelijk doden, niet doodslag genoemd, en opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel", in *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 1997, O 160/105- O160/234, 126.

<sup>87</sup> Corr. Brussel 20 april 1999, *Journ. Proc.* 2000, afl. 393, 23, noot M. PREUMONT.

<sup>88</sup> A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 172.

<sup>89</sup> Cass. 27 februari 1933, *Pas.* 1933, I, 141.

<sup>90</sup> Cass. 27 februari 2002, *Rev. Dr. Pén.* 2002, 956.

<sup>91</sup> Corr. Gent 19 mei 1960, *J.T.* 1960, 576.

<sup>92</sup> Artikel 563, derde lid Strafwetboek.

<sup>93</sup> Cass. 12 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 952; *Rev. Dr. Pén.* 1984, 399 en Cass. 18 februari 1987, *Arr. Cass.* 1986 87, 803 ; *Rev. Dr. Pén.* 1987, 689.



## 2. Aan een andere levende menselijke persoon

Artikel 398 Strafwetboek bestraft enkel slagen en verwondingen voor zoverre zij worden toegebracht aan een andere levende menselijke persoon. Het is niet vereist dat het slachtoffer van dit misdrijf gekend is.<sup>94</sup>

De dader van het misdrijf kan ook om het even wie zijn, met uitzondering van het slachtoffer zelf. Zelfverminking is naar Belgisch recht niet strafbaar. Wanneer de dader van de geweldplegingen een openbare hoedanigheid heeft, moet wel de toepasselijkheid van artikel 257 Strafwetboek worden nagegaan.

## 3. Opzet

In het opzet vinden we het moreel bestanddeel terug. Het opzet houdt in dat de dader de slagen en verwondingen wetens en willens heeft toegebracht.<sup>95</sup> In de wet lezen we dat opzettelijk worden genoemd het doden en het toebrengen van letsel met oogmerk om een bepaald persoon of een persoon die zal worden aangetroffen of ontmoet, aan te randen, ook al was dit oogmerk afhankelijk van enige omstandigheid of van enige voorwaarde en zelfs al heeft de dader zich vergist omtrent de persoon die het slachtoffer van de aanranding is geworden.<sup>96</sup> Dit artikel houdt geen rekening met de drijfveer van de slagen of met het feit dat de dader de gevolgen ervan niet gewild heeft.<sup>97</sup> Zo zal een beklagde schuldig zijn aan opzettelijke slagen en verwondingen wanneer hij zijn slachtoffer opzettelijk doet struikelen en deze hierdoor zich verwondt aan de glasscherven die reeds op de vloer lagen. Het volstaat dus dat de beklagde opzettelijk heeft gehandeld, zelfs indien hij niet het oogmerk had om het slachtoffer ernstig te verwonden.<sup>98</sup> Hierin vinden we het grote probleem met sadomasochisme terug. Sadomasochisten handelen niet vanuit de intentie om elkaar zoveel mogelijk schade toe te brengen, maar in tegendeel om elkaar zoveel mogelijk plezier en genot toe te kennen. Helaas houden artikel 398 en 392 van het Strafwetboek met een dergelijke intentie geen rekening.

---

<sup>94</sup> Corr. Brussel 28 april 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 862.

<sup>95</sup> R. LEGROS, *Opzet*, Brussel, Larcier, 1959, 24.

<sup>96</sup> Artikel 392 Strafwetboek.

<sup>97</sup> A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 174.

<sup>98</sup> Antwerpen 19 december 1986, *R.W.* 1987-88, 82, noot D. MERCKX.

Volgens De Nauw wordt in de rechtspraak vaak toepassing gemaakt van de leer van het eventueel of voorwaardelijk opzet door erop te wijzen dat de dader het risico heeft aanvaard dat de mogelijke gevolgen van zijn handeling zich zouden voltrekken, zonder ze echter rechtstreeks te willen. De dader kan dan aansprakelijk worden gesteld voor het gevolg dat hij niet rechtstreeks heeft gewild, maar dat hij heeft voorzien of minstens had moeten voorzien. Niet alle Belgische rechtspraak en rechtsleer gaan hier echter mee akkoord.<sup>99</sup>

Ook een dergelijke redenering kan alleen maar nefast werken voor sadomasochisten. Door de vernederingen en pijnigingen die zij aanbrengen aan het menselijk lichaam, moeten zij kunnen voorzien dat de fysieke integriteit van hun medepartij kan en hoogstwaarschijnlijk ook zal geschaad worden.

De feitenrechter mag zich baseren op de aard van de verwondingen om er het bestaan van het moreel bestanddeel uit af te leiden.<sup>100</sup>

Ook de toestemming van het slachtoffer kan aan dit moreel element niets afdoen. Hoewel vroeger soms werd aangegeven dat de strafbaarheid van opzettelijke slagen en verwondingen toegebracht tijdens de beoefening van de geneeskunde of de uitoefening van een sport werd weggenomen door de toestemming van het slachtoffer, het ontbreken van het vereiste moreel element of door de rechtsfiguur van de noodtoestand, neemt men vandaag de dag aan dat deze gedragingen niet wederrechtelijk zijn omdat ze impliciet door de wet geduld worden.<sup>101</sup> Maar al deze zaken worden in deze masterproef verder uitgebreid besproken.

---

<sup>99</sup> A. DE NAUW, "opzettelijk doden, niet doodslag genoemd, en opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel", *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafprocedure en bijzondere wetten*, Kluwer, 1997, O160/105-O160/234, 146-147.

<sup>100</sup> Cass. 29 maart 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 989; *Bull* 1988, 910; *Pas.* 1988, I, 910.

<sup>101</sup> A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 175.

# Reguleringsvormen

## Inleiding

In dit deel ga ik op zoek naar een mogelijke regulering omtrent sadomasochisme. De beste mogelijke en passende reguleringsvormen worden overlopen en er wordt gekeken naar het mogelijke effect. Kan een duidelijke regeling ervoor zorgen dat er meer klaarheid omtrent dit probleem ontstaat en kan het tot gevolg hebben dat in de toekomst discussies vermeden worden of is het niet mogelijk om een algemene regeling voorop te stellen en moeten de regels bij elk SM-spel *in concreto* vastgelegd worden?

Vooraleer de mogelijke vormen te gaan bekijken, gaan we even na of staten wel het recht hebben om dit soort zaken te gaan regelen. Men zou kunnen opwerpen dat het hier om een privéaangelegenheid gaat en dat de overheid deze materie dan ook niet naar zich toe moet trekken. Deze discussie werd al talloze keren eerder gevoerd, zowel voor de nationale rechtbanken als voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Na onderzoek van deze rechtspraak kunnen we besluiten dat seksualiteit, seksuele georiënteerdheid en het seksuele leven inderdaad aspecten vormen van het privéleven.<sup>102</sup> Daarentegen heeft de bescherming van het privéleven ook zijn grenzen. Zo kan men geen zaken gaan uitoefenen, ook al maken die dan deel uit van het privéleven, die botsen met de algemene gezondheid, met de rechten en vrijheden van anderen, met de openbare veiligheid enzovoort. Men zou bijna kunnen stellen dat het privéleven van de ene stopt waar dat van de ander begint. En laat dat nu net het probleem zijn met sadomasochisme. Het levert een voortdurende strijd met de openbare gezondheid en met de rechten en vrijheden van anderen. Tijdens het sadomasochistische spel vinden constant handelingen plaats die kunnen gekwalificeerd worden als opzettelijke slagen en verwondingen<sup>103</sup>, ook al gebeuren deze met de toestemming van 'het slachtoffer'. In het arrest Laskey, Jaggard en Brown formuleert het Europees Hof dan ook het principe dat staten over het recht beschikken om zaken die lichamelijke schade toebrengen strafrechtelijk te gaan regelen.<sup>104</sup> Laten we dan nu even kijken naar de mogelijkheden.

---

<sup>102</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §79.

<sup>103</sup> Art. 398 Strafwetboek.

<sup>104</sup> E.H.R.M. 19 februari 1997, Laskey, Jaggard en Brown/ Verenigd Koninkrijk, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §43.

# 1. Wet

## 1.1. Piercings en tatoeages

Wanneer we in onze hedendaagse samenleving om ons heen kijken, zien we overal rond ons heen lichaamsversieringen, zoals piercings en tatoeages. Nochtans vallen dergelijke praktijken in principe onder artikel 397 Strafwetboek of maken zij met andere woorden slagen en verwondingen uit. De zoektocht naar een juridische grondslag voor de straffeloosheid ervan, werd pas de laatste jaren van de twintigste eeuw echt serieus genomen. Dit heeft natuurlijk veel te maken met de tendens naar een grotere maatschappelijke aanvaarding ervan. Een grondslag voor de straffeloosheid ervan werd dan ook gecreëerd door een rechtvaardigende toelating te scheppen in een koninklijk besluit<sup>105</sup>.

Uiteraard is deze wettelijke toelating niet ongelimiteerd. Vooreerst dringt de toestemming zich op als een essentiële vereiste. In het koninklijk besluit van 2005 vinden we dan ook enkele grondvoorwaarden terug met betrekking tot deze toestemming. Zo mogen tatoeages en piercings niet worden verricht op personen die duidelijk onder invloed zijn van alcohol, drugs of geneesmiddelen die hun beslissingsvermogen beïnvloeden, of meer algemeen mogen ze niet worden verricht op personen die niet over hun beslissingsvermogen beschikken. De beroepsbeoefenaar moet er zich bovendien van vergewissen dat de klant moreel, meerbepaald wat de maturiteit betreft, en fysiek in staat is de verrichting te ondergaan en zo nodig de daad niet uitvoeren. En alvorens de daad uit te voeren, moet hij de klant tijd geven om na te denken en hem meer bepaald de mogelijkheid bieden om later terug te komen.<sup>106</sup> Daarnaast moeten de klanten voor de verrichting een document ondertekenen waarbij zij verklaren in te stemmen met de verrichting.<sup>107</sup> Tenslotte moet de beroepsbeoefenaar de klant ook voldoende informeren.<sup>108</sup> Al deze bepalingen hebben tot doel dat de klant zijn vrije, weloverwogen en voorgelichte toestemming zou kunnen geven.

Naast de toestemming zal ook het volgen van de regels van de kunst een belangrijke voorwaarde uitmaken. Daartoe werden in het KB bepalingen vastgelegd met betrekking tot de hygiëne, de lokalen, het materiaal, het meubilair en de opleiding.<sup>109</sup> Bovendien worden in een bijlage de te respecteren hygiëneregels omschreven.

---

<sup>105</sup> KB 25 november 2005 betreffende de reglementering van tatoeages en piercings, *B.S.* 12 juni 2007.

<sup>106</sup> Artikel 6 KB 25 november 2005 betreffende de reglementering van tatoeages en piercings, *B.S.* 12 juni 2007.

<sup>107</sup> Artikel 7 KB 25 november 2005 betreffende de reglementering van tatoeages en piercings, *B.S.* 12 juni 2007.

<sup>108</sup> Artikel 8 KB 25 november 2005 betreffende de reglementering van tatoeages en piercings, *B.S.* 12 juni 2007.

<sup>109</sup> Artikel 11 en 12 KB 25 november 2005 betreffende de reglementering van tatoeages en piercings, *B.S.* 12 juni 2007.

Een laatste voorwaarde die kan gesteld worden voor de straffeloosheid is de zorgvuldigheid. Een gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid kan namelijk impliceren dat het aanbrengen van de tatoeage of de piercing als onopzettelijke slagen en verwondingen wordt gekwalificeerd.<sup>110</sup>

## 1.2. Euthanasie

Het koninklijk besluit omtrent piercings en tatoeages is hier niet het enige voorbeeld dat we kunnen aanhalen. Lange tijd werd het idee van euthanasie niet aanvaard. Men vond dat een persoon die iemand bijstond om een einde te maken aan diens leven, ook al was dat op uitdrukkelijke vraag van de betrokkene, nog steeds een moord beging. Enrico Ferri was een van de eersten die dit ging betwisten. Hij stelde dat aangezien zelfmoord niet bestraft wordt, de persoon die zijn hulp verleent om die zelfmoord uit te voeren bijgevolg ook niet kan bestraft worden. Dit zeker niet in het geval waarin de actor niet alleen handelt met de toestemming en op uitdrukkelijke vraag van de betrokkene, maar ook uit morele en humanitaire overwegingen.<sup>111</sup> Deze redenering is natuurlijk op vele vlakken betwistbaar.

Sinds de jaren tachtig echter van de vorige eeuw werden in het parlement wetsvoorstellen ingediend met betrekking tot euthanasie.<sup>112</sup> Uiteindelijk werd in 2002 een wet vervaardigd.<sup>113</sup> Opzettelijke levensbeëindigende gedragingen die worden gesteld op het verzoek van de betrokkene worden heden niet meer bestraft wanneer aan de voorwaarden in de wet voldaan is. Het verzoek van de betrokkene wordt centraal gesteld in de wet en dat verzoek wordt gekoppeld aan enkele geldigheidsvoorwaarden zoals de vrijwilligheid en de geïnformeerdheid.<sup>114</sup> In de wet worden twee hypothesen vooropgesteld. In de eerste hypothese verzoekt de betrokkene om de beëindiging van zijn leven op een ogenblik dat het nog mogelijk is om zijn wil te uiten.<sup>115</sup> In de tweede hypothese is de betrokkene al niet meer in staat om zijn wil nog te uiten, maar heeft hij of zij die wil wel reeds al te kennen gegeven in een voorafgaande wilsverklaring.<sup>116</sup>

---

<sup>110</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 155.

<sup>111</sup> R. TAHON, "le consentement de la victime (1)", *Rev. dr. pén.*, 1951-52, 329-330.

<sup>112</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 157.

<sup>113</sup> Wet 28 mei 2002 betreffende euthanasie, B.S. 22 juni 2002.

<sup>114</sup> Artikel 3 wet 28 mei 2002 betreffende euthanasie, B.S. 22 juni 2002.

<sup>115</sup> Artikel 3 wet 28 mei 2002 betreffende euthanasie, B.S. 22 juni 2002.

<sup>116</sup> Artikel 4 wet 28 mei 2002 betreffende euthanasie, B.S. 22 juni 2002.

### 1.3. Sadomasochisme

Met betrekking tot tatoeages en piercings en euthanasie lijkt een wettelijke regeling dus een geschikte oplossing te zijn. Dit zou ook een mogelijkheid kunnen zijn om sadomasochistische praktijken te regelen. Net zoals in het KB van 25 november 2005 moeten er enkele voorwaarden en dus bijgevolg ook grenzen aan de straffeloosheid gesteld worden. Een eerste voorwaarde die zou moeten gesteld worden, vormt vanzelfsprekend de toestemming. Alvorens een bepaalde toestemming als een strafrechtelijk geldige toestemming kan worden aangezien, dient deze eerst en vooral een vrijheid, een vrijwillig ondergaan van de gedraging in te houden. De betrokkene dient de actor in volle vrijheid te veroorloven de gedraging te stellen.<sup>117</sup> En opdat er sprake zou kunnen zijn van een dergelijke vrije, weloverwogen en voorgelichte toestemming moeten er enkele garanties gesteld worden. Zo moet de toestemming ten eerste veruitwendigd worden. Een loutere ingesteldheid behoort tot de innerlijke belevingswereld en daar kan op zich geen rekening mee gehouden worden. De actor moet in staat zijn om de ingesteldheid te kennen alvorens hij zijn gedraging mag toepassen. Deze veruitwendiging van de toestemming moet vanzelfsprekend voorafgaan of tenminste samenvallen met de sadomasochistische gedraging. Alsook zou de toestemming niet mogen verkregen worden van iemand die onder invloed is van alcohol, drugs of geneesmiddelen. Deze voorwaarde hangt samen met de bekwaamheid van een persoon. De persoon, om wiens ingesteldheid het gaat, kan alleen maar geldig toestemmen indien hij daartoe strafrechtelijk bekwaam wordt geacht. Men moet in staat zijn om de aard en de draagwijdte te begrijpen van wat er komen gaat. Ten gevolge van de artikelen 372 en volgende van het Strafwetboek wordt aanvaard dat aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de betrokkene een zekere leeftijd heeft en over voldoende verstandelijke vermogens beschikt.<sup>118</sup> Men kan ook maar zijn weloverwogen en voorgelichte toestemming geven als men min of meer weet wat er te gebeuren staat. Daarom zal men op voorhand moeten bespreken wat de verwachtingen zijn en eventueel afspraken maken. Henkin en Holiday raden aan om op voorhand te vermelden in welke activiteiten je wel geïnteresseerd bent, in welke zeker niet en over welke je niet zeker bent. Daarnaast adviseren zij om ook een gesprek te voeren over seks in het algemeen en over de gezondheid, inclusief over allergieën, eerdere operaties en verwondingen, het gebruik van geneesmiddelen enzovoort.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> A. DIERICKX, "Borderliner duidelijk onbekwaam om toe te stemmen met seks?" (noot onder Antwerpen 29 juni 2004), *N.C.* 2007, nr. 1, 68.

<sup>118</sup> A. DIERICKX, "Borderliner duidelijk onbekwaam om toe te stemmen met seks?" (noot onder Antwerpen 29 juni 2004), *N.C.* 2007, nr. 1, 70.

<sup>119</sup> W. HENKIN en S. HOLIDAY, *Consensual sadomasochism: how to talk about it and how to do it safely*, San Francisco, Daedalus, 1996, 86.

De voorwaarde in verband met de toestemming kan natuurlijk wel een bewijsprobleem vormen wanneer deze toestemming en afspraken enkel mondeling gedaan werden. Om dit te vermijden zou men in de wet de verplichting kunnen invoeren op voorhand een geschrift op te stellen waar minstens de toestemming moet in opgenomen worden. In de praktijk kan deze verplichting natuurlijk iets minder evident zijn. Het zou nogal onnatuurlijk kunnen overkomen om voordat men het SM-spel aanvat een soort van contract te moeten ondertekenen. Wel zou men kunnen, wanneer de sadomasochistische praktijken plaats vinden in een SM-club, bij het binnentreden van de club de bezoekers een document laten ondertekenen waarin zij bevestigen zich te houden aan de regels van de SM-club. Een van die regels zou dan natuurlijk moeten zijn dat de bezoekers geen gedragingen mogen stellen die ingaan tegen hun eigen wil, noch tegen de wil van hun SM-partner en dat ze zich aan de onderling gemaakte afspraken moeten houden. Deze voorwaarde tot ondertekening van een geschrift is echter geen noodzakelijkheid. Tenslotte is het voor 'gewone' geslachtsgemeenschap ook niet vereist dat men op voorhand een document ondertekent waarin men bevestigt dat het met de volle toestemming gebeurt zodat men achteraf niet over verkrachting zou gaan spreken. Bovendien lost een geschrift ook niet alle problemen omtrent de bewijswaarde op. Het is niet omdat men een bewijs van toestemming heeft dat een van de partijen niet te ver kan gaan door zich bijvoorbeeld niet aan het stopwoord te houden.

Dit brengt ons bij onze volgende voorwaarde, namelijk het stopwoord. Vooraleer men de sadomasochistische activiteiten inzet, moet er een stopwoord of –gebaar (voor in het geval er geen mogelijkheid tot spreken is) afgesproken worden. Dit stopwoord is van cruciaal belang om aan te geven wanneer de ondergeschikte de gedragingen niet langer als aangenaam ervaart. Men kan ook verschillende graden van stopwoorden invoeren. Zo kan men bijvoorbeeld stopwoord X gebruiken om aan te geven dat er wat moet afgebouwd worden. Het stopwoord Y zou kunnen dienen om aan te geven dat men zich emotioneel onveilig voelt en wanneer het stopwoord Z uitgesproken wordt, dan moeten de activiteiten onmiddellijk en volledig stilgelegd worden. Bij de keuze van het stopwoord wordt bovendien geadviseerd om niet te vaak voorkomende woorden zoals 'stop' te gebruiken. Men zou deze woorden namelijk al te vlug instinctief kunnen gaan gebruiken zonder echt de wens te hebben dat de activiteiten gestopt worden. Dikwijls wordt een woord als 'genade' gebruikt. Insiders geven verder ook de tip om bij de aanvang van het SM-spel de onderdanige enkele keren het stopwoord (of de stopwoorden) te laten gebruiken, zodat deze goed ingeprent zouden zijn en niet vergeten zouden worden.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> W. HENKIN en S. HOLIDAY, *Consensual sadomasochism: how to talk about it and how to do it safely*, San Francisco, Daedalus, 1996, 89.

Deze voorwaarde is al van even groot belang als en in feite gaat zij ook samen met de toestemming. Want wanneer het stopwoord ingeroepen wordt, betekent dit dat de toestemming ophoudt en dat de activiteiten dus niet langer als straffeloos aanzien kunnen worden. Gedragingen die dan ook nog plaats vinden na het gebruik van het stopwoord kunnen niet langer de bescherming van de straffeloosheid genieten en moeten ontegensprekelijk als slagen en verwondingen gekwalificeerd worden.

Een derde voorwaarde is dat de beoefenaars geen alcohol of andere verdovende middelen mogen nuttigen tijdens het SM-spel. Deze voorwaarde geldt niet alleen voor de toestemming, maar voor de gehele SM-beleving. Wanneer men onder invloed is van alcohol of drugs verliest men namelijk zijn normale beslissings- en inlevingsvermogen wat de kans op ongewenste gedragingen en gevolgen aanzienlijk vergroot. Wanneer men met zoiets delicaats als het menselijke leven en de lichamelijke integriteit gaat spelen, is het van uiterst belang dat men bij volledig bewustzijn is en over zijn volledige beoordelingsvermogen beschikt. Alcohol of drugs kunnen dan ook niet getolereerd worden.

Een laatste voorwaarde is dat de veiligheid van de beoefenaars ten allen tijde moet nagestreefd worden. Hiertoe moet men zich aan de 'regels van de kunst' houden. Dit houdt in dat men goed op de hoogte moet zijn van waarmee men bezig is en niet zomaar lukraak mag beginnen slaan en verwondingen aanbrengen. Men moet precies weten wat kan en wat niet kan en men mag dan ook niet overgaan tot gedragingen die blijvende of levensgevaarlijke schade kunnen aanrichten. De extreme vormen van SM waarbij ernstige en vaak permanente verwondingen worden aangebracht, kunnen mijns inziens dan ook niet worden toegestaan. Met betrekking tot de veiligheid wordt bovendien aangeraden om SM te beoefenen in zogenaamde veilige zones. Daarmee worden bijvoorbeeld SM-bars bedoeld of andere locaties waar gemakkelijk contact kan gelegd worden met medebeoefenaars. Op deze plaatsen worden netwerken gevormd die zorgen voor een soort van sociale controle.<sup>121</sup> Bovendien kan er dan ook sneller ingegrepen worden wanneer er iets misloopt. Deze veiligheidsvoorwaarde hangt ook samen met de zorgvuldigheidsnorm die ten allen tijde moet nageleefd worden.

---

<sup>121</sup> C. MOSER en J.J. MADESON, *Bound to be free : the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 116.



Voorgaande voorwaarden lijken mij als de grondregels van sadomasochisme te kunnen beschouwd worden. Wanneer dergelijke grondregels in een wet zouden vastgelegd worden, zou er een wettelijk kader kunnen ontstaan waarin SM op een legitieme en straffeloze wijze zou kunnen beoefend worden. Hoewel het hier nog om een grove schets gaat, lijkt het zeker een goede aanleg. Beoefenaars weten waar zich aan te houden zonder al te veel in hun vrijheid beperkt te worden en ook voor de rechterlijke macht zou het een duidelijke richtlijn kunnen betekenen in de beoordeling van sadomasochisten.

## 2. rechtvaardigingsgronden

Rechtvaardigingsgronden zijn omstandigheden waardoor een strafbaar feit zijn wederrechtelijk karakter verliest. Ze doen de overtreding verdwijnen door het foutieve karakter van de gedraging te supprimeren.<sup>122</sup> Ze hebben tot gevolg dat de gedraging niet alleen haar wederrechtelijk karakter verliest, maar dat de dader zelfs gerechtigd is om de gedraging te stellen.<sup>123</sup> In het Belgische strafrecht zijn er vier rechtvaardigingsgronden te onderscheiden: de wettige verdediging<sup>124</sup>, het wettelijk voorschrift<sup>125</sup>, het hoger bevel<sup>126</sup> en de noodtoestand. Deze laatste werd door de rechtspraak ingevoerd. In principe kunnen de rechtvaardigingsgronden voor elk misdrijf aangevoerd worden. Uitzondering op de regel vormt hier de wettige verdediging, deze grond kan enkel aangevoerd worden ter rechtvaardiging van doodslag of slagen en verwondingen.

### 2.1. Wettige verdediging of noodweer

In principe geldt in het Belgische recht het verbod van eigenrichting. Men mag niet zelf het recht in handen nemen. Toch kan dit in bepaalde situaties gerechtvaardigd worden omdat een overheidsingrepen te laat zou komen. Men spreekt dan van wettige verdediging of noodweer.<sup>127</sup> Het houdt in dat een persoon, ter verdediging van zichzelf of van een ander, een onrechtmatige aanval afweert door middel van slagen en verwondingen of doodslag. Zoals hierboven reeds aangegeven zal er met betrekking tot andere misdrijven geen beroep kunnen gedaan worden op deze rechtvaardigingsgrond. Ook in het geval van een wettig overheidsoptreden zal men zich niet kunnen beroepen op wettige verdediging.

Noodweer kan enkel worden ingeroepen wanneer de wederrechtelijke aanranding is gericht tegen eigen of andermans leven of lichamelijke integriteit, eigen of andermans persoonlijke vrijheid en eigen of andermans eerbaarheid. Noodweer ter verdediging van goederen is dus niet geoorloofd.<sup>128</sup>

---

<sup>122</sup> A. VERHEYLESONNE, "les causes de justification", in X., *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2011, Suppl. 26, 15.

<sup>123</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen Apeldoorn, Maklu, 2006, 198.

<sup>124</sup> Artikel 416 Strafwetboek.

<sup>125</sup> Artikel 70 Strafwetboek.

<sup>126</sup> Artikel 70 Strafwetboek.

<sup>127</sup> Artikel 416 Strafwetboek.

<sup>128</sup> H. FRANSEN, "Rechtvaardiging", in *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2001, R65/14- R65/91,288.

In artikel 417 Strafwetboek worden twee gevallen weergegeven waarin er een weerlegbaar vermoeden van ogenblikkelijke noodzaak van verdediging geldt.

Het spreekt voor zich dat SM-beoefenaars geen rechtvaardiging zullen kunnen zoeken in deze constructie. De dominant brengt de slagen en verwondingen niet toe ten gevolge van een onrechtmatige aanval van de submissive. Het gaat daarentegen om een consensueel tot stand gekomen akkoord tussen de partijen.

## 2.2. Noodtoestand

Onder de noodtoestand verstaat men een zodanige toestand van gevaar of van nood, dat het plegen van een misdrijf de enige uitweg is.<sup>129</sup> Er moet dus een actueel, zeker en ernstig gevaar bestaan voor een rechtsgoed of rechtsbelang dat men verplicht of gerechtigd is te vrijwaren. Daarnaast dient de gedraging de enige mogelijke gedraging te zijn om het rechtsgoed of –belang te vrijwaren. Bovendien moet het om de minst schadelijke gedraging gaan. Deze subsidiariteitvereiste komt niet neer op een controle *a posteriori*, op het ogenblik zelf mocht er geen (minder schadelijk) alternatief voorhanden zijn.<sup>130</sup> De noodtoestand werd voor het eerst als een zelfstandige rechtvaardigingsgrond erkend in een arrest van 13 mei 1987 door het Hof van Cassatie.<sup>131</sup>

In tegenstelling tot bij noodweer gaat het bij de noodtoestand om een conflict tussen twee rechten, waarbij voorrang wordt gegeven aan het 'hogere' rechtsgoed, ook al moet de strafwet hierbij worden geschonden.<sup>132</sup> Ook de strafrechter dient van mening te zijn dat een groter gewicht dient te worden toegekend aan het betreffende goed, hij moet namelijk de afweging achteraf gaan bevestigen. Wanneer de rechter de mening is toegedaan dat de afweging die de actor maakte niet overeenstemt met de inschatting zoals die overeenkomstig het recht zou moeten worden gemaakt, is er sprake van een putatieve noodtoestand. Dit heeft dan tot gevolg dat het als misdrijf omschreven feit niet wordt gerechtvaardigd.<sup>133</sup>

---

<sup>129</sup> H. FRANSEN, "Rechtvaardiging", in *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2001, R65/14- R65/91, 294.

<sup>130</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 160-161.

<sup>131</sup> Cass. 13 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1203; *Bull.* 1987, 1061; *R.C.J.B.* 1989, 588, noot A. DE NAUW.

<sup>132</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2006, 208.

<sup>133</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 161.

Men zou misschien kunnen aanvoeren dat er bij sadomasochisme ook een conflict tussen twee rechten terug te vinden is, namelijk tussen het recht op privacy en het recht op lichamelijke integriteit. Toch kan de noodtoestand hier geen toepassing vinden. Men bevindt zich namelijk niet in een toestand van gevaar of van nood en er is geen onmiddellijke noodzaak tot vrijwaring van het rechtsgoed. De slagen en verwondingen die tijdens het sadomasochistische spel worden toegebracht zijn niet noodzakelijk om een ander recht te beschermen. Bovendien zou men ook nog kunnen aanvoeren dat er geen duidelijke subsidiariteit tussen de twee aangehaalde rechten te onderscheiden is. Tenslotte mag de actor de noodtoestand ook niet zelf hebben doen ontstaan. Wanneer iemand zich wetens en willens in een dergelijke situatie heeft gebracht, kan deze niet worden gerechtvaardigd op basis van de figuur van de noodtoestand.<sup>134</sup> Ook deze rechtvaardigingsgrond valt dus uit te sluiten.

### 2.3. Hoger bevel

Artikel 70 Strafwetboek bepaalt dat wie een misdrijf pleegt in uitvoering van een rechtmatig bevel van de overheid, gerechtvaardigd is op grond van het hoger bevel.

Met 'rechtmatig' bedoelt men dat het overheidsbevel afkomstig moet zijn van een wettige overheid en het verband moet houden met wat in haar bevoegdheid ligt.<sup>135</sup>

Ook hier lijkt meteen duidelijk dat dit niet kan aangevoerd worden ter rechtvaardiging van SM. Er is namelijk geen enkel hoger bevel die sadomasochistische praktijken oplegt.

---

<sup>134</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 163.

<sup>135</sup> H. FRANSEN, "Rechtvaardiging", in *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2001, R65/14- R65/91, 283.

## 2.4. Wettelijk voorschrift

Naast het hoger bevel vinden we in artikel 70 Strafwetboek nog een andere rechtvaardigingsgrond terug, met name het wettelijk voorschrift.

Het wettelijk voorschrift houdt in dat de persoon die bij de uitvoering van een wettelijk voorschrift een strafbaar feit pleegt, geen misdrijf begaat. Er is als het ware een conflict tussen twee regels, waarbij de ene regel een gedraging toelaat, terwijl de andere de gedraging strafbaar stelt. De regel die de gedraging toelaat wordt dan ingeroepen ter rechtvaardiging van de strafbare gedraging.<sup>136</sup>

Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen het impliciet en het expliciet wettelijk voorschrift. Wanneer het wettelijk voorschrift expliciet is, betekent dit dat de uitzondering in de wet is voorgeschreven. In een aantal situaties echter is de tegennorm niet uitdrukkelijk in de strafbaarstelling opgenomen. Dan is het wettelijk voorschrift impliciet.<sup>137</sup> Er zijn enkele specifieke situaties waarin het in België wordt toegepast.

### 2.4.1. Het ouderlijke kastijdingrecht

Door de vage delictsomschrijving van slagen en verwondingen zijn ouders die hun kinderen terecht wijzen en hierbij een lichte tik uitdelen in principe strafbaar op grond van artikel 398 Strafwetboek. Lichte slagen door ouders op hun kinderen gepleegd kunnen echter worden gerechtvaardigd op grond van het impliciet wettelijk voorschrift. De tegennorm wordt hier gevormd door bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek waardoor de ouders tot opvoeding en bewaking worden verplicht en meerbepaald door artikel 372 Burgerlijk Wetboek.<sup>138</sup> Een kind blijft onder het gezag van zijn ouders tot aan zijn meerderjarigheid of zijn ontvoogding.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2006, 216.

<sup>137</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2006, 217-219.

<sup>138</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2006, 220.

<sup>139</sup> Artikel 372 Burgerlijk Wetboek.

Het wordt aan de rechter overgelaten om uit te maken wanneer een ouder te ver is gegaan. De grenzen aan het strafrechtelijk toelaatbare lijken te moeten worden getrokken aan de hand van 'de vernederende behandeling of bestraffing' van artikel 3 EVRM en het 'geweld' en de 'mishandeling' van artikel 19, lid 1 Kinderrechtenverdrag.<sup>140</sup>

#### 2.4.2. Heelkundige ingrepen

Ook een chirurg die een ingreep verricht, brengt in principe opzettelijke slagen en verwondingen toe en overtreedt dus de strafwet. Het is van geen belang dat de chirurg een curatieve of preventieve intentie heeft, daar het algemeen opzet enkel vereist dat de handelingen wetens en willens gebeuren. De tegennorm vinden we hier terug in de Wet Uitoefening Geneeskunst.<sup>141</sup> Deze wettelijke toelating is evenwel niet onbegrensd. Er hangt namelijk een drievoudige voorwaarde aan vast: vooreerst moeten de handelingen of de nalatingen die de medische ingreep uitmaken een legitiem doel hebben. Met andere woorden, het doel moet erkend zijn door de wetgever. Aanvankelijk was dit legitieme doel enkel aanwezig bij curatieve en preventieve ingrepen. Esthetische ingrepen bleven lange tijd ter discussie.<sup>142</sup> Sinds de wet van 14 juni 2002 betreffende de palliatieve zorg gaat het ook om continue en palliatieve ingrepen en sinds de wet van 7 mei 2004 zelfs om experimentele ingrepen.<sup>143</sup> De tweede voorwaarde houdt in dat alle ingrepen moeten worden verricht met de vrije en voorgelichte toestemming van de patiënt, tenzij in een spoedgeval waar ernstig en onmiddellijk gevaar bestaat voor de betrokkene. Het recht op de fysieke integriteit van de patiënt dringt dit beginsel op.<sup>144</sup> Tenslotte moet de gedraging tot de geneeskunde behoren en dient de tussenkomst te worden uitgevoerd volgens de regels en gebruiken van het beroep, wat tot gevolg heeft dat elk gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid afwezig dient te zijn.<sup>145</sup>

---

<sup>140</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 151-152.

<sup>141</sup> KB nr. 78, 10 november 1967 nr. 78 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, B.S. 14 november 1967.

<sup>142</sup> S. JULES, « le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles ? », *Rév. Dr. Pén.*, 1933, n°5, 468.

<sup>143</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 138-139.

<sup>144</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 142.

<sup>145</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 142-143.

In vele landen worden deze chirurgische ingrepen gerechtvaardigd met de gedachte dat de patiënt zijn toestemming heeft gegeven. In België wordt de toestemming als rechtvaardigingsgrond echter nog niet aanvaard.<sup>146</sup>

### 2.4.3. Bepaalde sportactiviteiten

Naar aanleiding van boksen, voetbal, rugby of andere sportactiviteiten worden nogal eens gedragingen gesteld die gekwalificeerd worden als slagen en verwondingen. Vooral in de bokssport was de vraag naar een juridische fundering voor de straffeloosheid groot omdat het daar gaat om opzettelijke slagen en verwondingen.

Daarom worden ook sportactiviteiten die gepaard kunnen gaan met het toebrengen van slagen en lichamelijk letsel gerechtvaardigd door artikel 70 Strafwetboek. De tegennorm vinden we hier in artikel 1966 Burgerlijk Wetboek dat de wettigheid van sportmanifestaties impliceert.<sup>147</sup> Volgens dit artikel zijn de spelen die geschikt zijn tot oefening in de wapenhandel, de wedlopen te voet of te paard, de wedrennen met wagens, het kaatsspel, en andere soortgelijke spelen waarmee behendigheid en geoefendheid van het lichaam zijn gemoeid alsook de kansspelen die zijn toegestaan ingevolge de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers van de vorige bepalingen uitgezonderd.<sup>148</sup> Voor sommige sporten echter, zoals boksen, wordt in een aparte regeling voorzien.<sup>149</sup>

Net zoals bij de chirurg zal de strafrechtelijke immuniteit van de sportbeoefenaar niet onbepaald zijn. Er zijn drie voorwaarden waar zal moeten aan voldaan zijn. Ten eerste moet de persoon aan wie de slag of de verwonding is toegebracht, geldig hebben toegestemd tot het ondergaan van de risico's van het spel. Deze toestemming wordt geacht impliciet gegeven te zijn wanneer men aan het spel deelneemt. Het impliceert echter niet dat de deelnemer alle nadelige gevolgen van het spel moet dragen. De toestemming wordt namelijk verondersteld uitsluitend betrekking te hebben op het risico verwond te raken door een onopzettelijke slag die zonder het overtreden van de spelregels en zonder het maken van een fout is toegediend. Een uitzondering hierop vormt natuurlijk boksen, aangezien de essentie daar ligt in het opzettelijk toebrengen van slagen.

---

<sup>146</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2006, 220-221.

<sup>147</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2006, 221.

<sup>148</sup> Artikel 1966 Burgerlijk Wetboek.

<sup>149</sup> Wet 31 mei 1958 tot reglementering van de bokswedstrijden en –exhibities, B.S. 12 juni 1962.

Daarnaast moet de actor de spelregels hebben nageleefd en tenslotte mag hij zich niet schuldig hebben gemaakt aan enige nalatigheid of onvoorzichtigheid opdat er van geen onopzettelijke slagen en verwondingen sprake zou zijn. De na te leven zorgvuldigheidsnorm zal voor een professionele sporter strenger zijn dan voor een amateur.<sup>150</sup>

Ook hier wordt de toestemming van 'het slachtoffer' afgewezen als rechtvaardigingsgrond.<sup>151</sup>

#### 2.4.4. Oorlogsdaden waardoor de strafwet wordt geschonden

Sommige daden die onder normale omstandigheden strafbaar zouden zijn, zijn toch toegelaten wanneer zij binnen het kader van een gewapend conflict worden gepleegd. Handelingen zoals het nemen van krijgsgevangenen, het vernielen van militaire installaties, het toebrengen van lichamelijk letsel en zelfs doodslag en moord kunnen worden gerechtvaardigd op grond van het internationaal oorlogs- en humanitair recht.<sup>152</sup>

#### 2.4.5. Piercings en tatoeages

Piercings en tatoeages maken in principe slagen en verwondingen uit, maar zij worden gerechtvaardigd door het koninklijk besluit van 25 november 2005 betreffende de reglementering van tatoeages en piercings<sup>153</sup>. Dit koninklijk besluit werd hiervoor reeds uitvoerig besproken.<sup>154</sup>

#### 2.4.6. Euthanasie

Ook euthanasie wordt in principe gekwalificeerd als moord, ook al gebeurt het met de toestemming van de betrokkene. Door de wet van 28 mei 2002 betreffende euthanasie<sup>155</sup> werd er echter een tegennorm gecreëerd met als gevolg dat het toedienen van euthanasie onder bepaalde omstandigheden niet langer strafbaar is. Ook deze wet werd alreeds behandeld.<sup>156</sup>

---

<sup>150</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 147-149.

<sup>151</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2006, 221.

<sup>152</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2006, 222-223.

<sup>153</sup> KB 25 november 2005 betreffende de reglementering van tatoeages en piercings, *B.S.* 12 juni 2007.

<sup>154</sup> Cf. supra, "Piercings en tatoeages".

<sup>155</sup> Wet 28 mei 2002 betreffende euthanasie, *B.S.* 22 juni 2002.

<sup>156</sup> Cf. supra, "Euthanasie".



#### 2.4.7. Sadomasochisme?

In de rechtvaardigingsgrond van het wettelijk voorschrift zou naar mijn mening een ideale constructie kunnen gevonden worden voor het toestaan van sadomasochistische praktijken. Analooq met de heelkundige ingrepen en bepaalde sportactiviteiten maken heel wat handelingen binnen het SM-spel in principe slagen en verwondingen uit. Mijn inziens zou er dan ook voor deze handelingen een impliciet wettelijk voorschrift kunnen voorzien worden waardoor deze handelingen gerechtvaardigd worden. Vanzelfsprekend zou er dan ook in een soort van reglement moeten voorzien worden, zoals er ook de spelregels zijn in de sport. Zo lang men zich dan aan die regeling houdt, zou men niet meer mogen veroordeeld worden voor slagen en verwondingen.

Zoals uit de voorgaande toepassingen van het impliciet wettelijk voorschrift blijkt, moet er telkens een tegennorm voorhanden zijn. Die tegennorm zou kunnen gevonden worden in artikel 22 van de Belgische Grondwet of artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, namelijk het recht op respect voor het privéleven. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens verklaarde reeds eerder in het arrest K.A. en A.D. tegen België dat het begrip privéleven een ruime en niet exhaustieve invulling kent en dat de seksualiteit, de seksuele geöriënteerdheid en het seksuele leven er belangrijke aspecten van vormen.<sup>157</sup> De tegennorm zou natuurlijk even goed kunnen gevonden worden in een wet die sadomasochisme onder bepaalde voorwaarden toelaat. Een idee van een dergelijke wet werd in het vorige hoofdstuk geschetst.

Naar mijn mening levert het impliciet wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond voor sadomasochisme alleen maar voordelen op. Sadomasochisten zouden zonder vrees voor een veroordeling hun activiteiten kunnen uitoefenen terwijl er toch een grens blijft bestaan waaraan zij gebonden zijn. Er zouden namelijk nog steeds regels voorhanden zijn die verhinderen dat de liefhebbers van SM al te ver zouden kunnen gaan in hun praktijken. Er zou een grens getrokken worden tussen het aanvaardbare en het onaanvaardbare. Deze regeling zou meer duidelijkheid kunnen brengen in wat nu precies toegelaten is en zou conflicten zoals deze zich in het verleden al meermaals voordeden, in de toekomst kunnen vermijden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt op het eerste zicht in deze redenering mee te gaan. In zijn arrest van 17 februari 2005 verkondigde het dat de rechtspraak bepaalde vormen van slagen en verwondingen reeds eerder toeliet, onder de voorwaarde dat zij plaatsvonden in overeenstemming met de regels die erop van toepassing zijn.

---

<sup>157</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §79.

Volgens het Hof lijkt dit dan ook het grote probleem te zijn in de zaak van Koen Aourousseau. Zij hielden zich niet aan de gewoonlijke regels van het SM-spel door meermaals het stopwoord van het slachtoffer te negeren.<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §56.

### 3. De toestemming

Hoewel reeds bij de Romeinen het adagium *volenti non fit injuria* van kracht was, wordt zoals reeds eerder vermeld de toestemming tot op de dag van vandaag in België nog niet uitdrukkelijk aanvaard als rechtvaardigingsgrond. In sommige andere landen is dit nochtans wel al het geval. Ofschoon de Gentse raadsheren van het Hof van Beroep geloofden in de toestemming als rechtvaardigingsgrond in de gevallen waarin het ging om slechts lichte vormen van geweld<sup>159</sup>, bepaalde het Hof van Beroep van Antwerpen iets later in zijn arrest van 30 september 1997 dat de toestemming niet als rechtvaardigingsgrond noch als schulditsluitingsgrond kan dienen, maar dat zij wel incidenteel in overweging kan genomen worden bij de beoordeling van de strafwaardigheid en alleszins bij de straftoemeting.<sup>160</sup> Ook het Hof van Cassatie ging met deze redenering akkoord.<sup>161</sup> Volgens P. De Hert en S. Gutwirth heeft dit tot gevolg dat de toestemming van het slachtoffer een verschoningsgrond kan opleveren.<sup>162</sup>

Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens herhaalde in zijn arrest tegen de Mechelse SM-rechter het principe dat de toestemming geen rechtvaardigingsgrond kan uitmaken.<sup>163</sup>

Hierna ga ik op onderzoek om uit te maken of er werkelijk geen waarde kan toegekend worden aan de toestemming op verschillende niveaus van de delictsomschrijving.

#### 3.1. definitie

We moeten de toestemming bekijken in het licht van de bestaansvoorwaarden van het misdrijf. Het gaat voornamelijk om de strafrechtelijke relevantie van de toestemming van de persoon ten aanzien van wie de gedraging wordt gesteld. Een breder kader kan echter worden gecreëerd door ook de toestemming van de actor in acht te nemen.<sup>164</sup>

---

<sup>159</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 262, noot P. ARNOU.

<sup>160</sup> Antwerpen 30 september 1997, *R.W.*, 1997-98, 749-750.

<sup>161</sup> Cass. 6 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 10; *Bull.* 1998, 11; *Rev. Dr. Pén.* 1999, 562, noot A. DE NAUW; *R.W.* 1998-99, 290.

<sup>162</sup> P. DE HERT en S. GUTWIRTH, "De seks is hard maar seks (*dura sex sed sex*). Het arrest K.A. en A.D. tegen België.", *Panopticon* 2005/3, 3.

<sup>163</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §55.

<sup>164</sup> R. TAHON, "le consentement de la victime (1)", *Rev. dr. pén.* 1951-52, 327.

Als we eerst even zouden kijken om een juridische definitie terug te vinden van het begrip toestemming, dan stelt de rechtspraak en rechtsleer teleur. Nergens wordt ze door de strafwetgever gedefinieerd of nader geëxpliciteerd en van een algemene strafrechtelijke theorievorming is dan ook geen sprake.

Ann Dierickx wijdde een volledige studie aan de toestemming en kwam dan ook met een definitie op de proppen. Zij definieert de toestemming als een veroorlovende ingesteldheid die aan bepaalde geldigheidsvoorwaarden dient te voldoen opdat ze strafrechtelijk in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling van de bestaansvoorwaarden van het misdrijf. Hierbij dient in acht te worden genomen dat deze 'toestemming' door middel van verschillende termen kan worden aangenomen.<sup>165</sup>

Met betrekking tot de veroorlovende ingesteldheid kunnen we een verschil in gradatie waarnemen. De toestemming kan bestaan uit een dulden, een willen, een graag hebben tot zelfs een enthousiast wensen. De vraag is dan vervolgens of al deze vormen strafrechtelijk als een toestemming mogen beschouwd worden. Dit is echter niet het geval. Nog los van de voorgaande vraag dient bij elke toestemming een soort van drempel overschreden te worden vooraleer zij strafrechtelijk in aanmerking kan genomen worden. Een eerste voorwaarde is dat de persoon om wiens ingesteldheid het gaat een zekere vrijwilligheid vertoont ten opzichte van het stellen van een gedraging door de actor. Daarnaast moet deze persoon tot op zekere hoogte kennis hebben van de aard en de draagwijdte van de gedraging waarop zijn ingesteldheid betrekking heeft. Vervolgens dient de ingesteldheid aan bepaalde vormvereisten en temporele voorwaarden te voldoen. Tenslotte moet de persoon die zijn toestemming geeft bekwaam en bevoegd zijn om strafrechtelijk gezien geldig toe te stemmen.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 49-50.

<sup>166</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 50-52.

### 3.2. De strafrechtelijke benadering

Bij een strafrechtelijke benadering van de toestemming kan er een onderscheid gemaakt worden tussen drie hypothesen. In een eerste hypothese wordt een gedraging als een misdrijf aanzien ongeacht de ingesteldheid van de persoon ten aanzien van wie de gedraging gesteld wordt. Het bestaan van het misdrijf is dus op geen enkele manier afhankelijk van de ingesteldheid ten aanzien van wie de gedraging is gesteld. Bij de beoordeling van de straftoemeting wordt dan bijgevolg ook geen rekening gehouden met de veroorlopende ingesteldheid van het slachtoffer. In de tweede hypothese daarentegen is de veroorlopende ingesteldheid wel van belang. De gedraging kan straffeloos blijven wanneer de persoon ten aanzien van wie de gedraging gepleegd werd daarmee ingestemd heeft. Deze straffeloosheid zou kunnen worden bereikt doordat de aanwezigheid van een toestemming impliceert dat niet alle bestanddelen van de delictsomschrijving aanwezig zijn. Zij zou ook kunnen worden bereikt doordat de toestemming in aanmerking wordt genomen als (deel van) een strafuitsluitingsgrond. De derde hypothese heeft dan betrekking op die strafbaarstellingen die uitgaan van een gedraging waarmee de persoon ten aanzien van wie ze is gesteld, heeft toegestemd. De aanwezigheid van de toestemming vormt hier een voorwaarde voor de strafbaarheid van de gedraging.<sup>167</sup>

In de huidige realiteit van het strafrecht valt sadomasochisme onder de eerste hypothese. Hoewel de toestemming kan aanzien worden als een van de bestaansvoorwaarden van SM, heeft zij niet tot gevolg dat sadomasochistische activiteiten niet langer als slagen en verwondingen gekwalificeerd worden, noch heeft zij (in de meerderheid van de gevallen<sup>168</sup>) gevolgen op het niveau van de straftoemeting. Het zou echter geen slecht idee lijken om SM onder de tweede hypothese onder te brengen. Zoals geslachtsgemeenschap geen verkrachting is wanneer er een expliciete toestemming is, zo zou sadomasochisme geen slagen en verwondingen zijn wanneer er aan de geldigheidsvoorwaarden van de toestemming voldaan is. Ook de andere optie, waarbij de toestemming dient als een schulduitsluitingsgrond, zou kunnen van toepassing zijn.

---

<sup>167</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 52-53.

<sup>168</sup> Een uitzondering vinden we terug in: Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 262, noot P. ARNOU.

### 3.3. Modaliteiten van de toestemming

#### 3.3.1. Wie moet toestemmen?

Het zal de persoon zijn aan wie het goed toebehoort dat door de gedraging wordt geraakt en dat strafrechtelijk wordt beschermd, wiens toestemming vereist is. In het geval van onze sadomasochistische deelnemers zal dus in de eerste plaats de toestemming vereist zijn van de submissive of met andere woorden van de persoon die zich onderwerpt en de pijnigingen ondergaat. Men kan zich gaan afvragen of de persoon die de gedraging veroorloofde kan aanzien worden als de mededader. Opdat de persoon die zijn toestemming gegeven heeft en ten opzichte van wie de gedraging wordt gesteld, als mededader zou kunnen aanzien zijn, moeten aan de voorwaarden voor de strafbare deelneming voldaan zijn. Volgens Dierickx zou het geven van de toestemming kunnen aanzien worden als het rechtstreeks meewerken aan de uitvoering van het misdrijf. De masochist zou dan volgens haar ook kunnen aanzien worden als deelnemer aan het misdrijf slagen en verwondingen.<sup>169</sup> Dit principe lijkt mij niet helemaal verkeerd. Wanneer twee mensen wegens sadomasochistische activiteiten voor de rechtbank moeten komen en wanneer er volledige en onvoorwaardelijke toestemming plaats vond, dan lijken zij beiden even schuldig aan slagen en verwondingen. Los van de vraag of SM überhaupt zou moeten bestraft worden, lijkt het eerder oneerlijk dat alleen de sadist een straf zou kunnen oplopen terwijl de mogelijkheid bestaat dat het vooral de masochist was die een uitdrukkelijk verlangen vertoonde om geslagen te worden.

We kunnen ons afvragen of de toestemming van de sadist als even noodzakelijk kan beschouwd worden als die van de masochist. Op het eerste zicht kunnen we besluiten van niet. Het lijkt nogal logisch dat wanneer de persoon die de rol van de dominus zou op zich nemen hier niet in toestemt, het sadomasochistische spel geen aanvang kan nemen. Het is veel moeilijker om iemand in de sadistische rol te dwingen dan in de masochistische rol, al lijkt het duidelijk dat wanneer dit toch zou gebeuren de grenzen flagrant overschreden worden. We kunnen dus besluiten dat vooral de toestemming van de persoon die door de gedraging wordt geraakt, of met andere woorden de onderdanige, van extreem belang is. Toch lijkt het aan te raden dat in de sadomasochistische context op voorhand de beide partijen hun uitdrukkelijk akkoord verlenen en dat de grenzen van dit akkoord onmiskenbaar worden aangegeven.

---

<sup>169</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 55.

### 3.3.2. Het voorwerp van de toestemming

Algemeen gezien zou de toestemming kunnen betrekking hebben op een gedraging of een nalaten. Toegepast op SM en het misdrijf slagen en verwondingen zal het immers vooral voor een gedraging zijn dat de toestemming moet gegeven worden.

Verder kunnen we ook nog een onderscheid maken tussen de toestemming die betrekking heeft op één gedraging of de toestemming die betrekking heeft op een reeks van gedragingen. Als men akkoord gaat om met iemand sadomasochistische activiteiten uit te oefenen, geldt dat akkoord dan voor één sessie of voor meerdere sessies? Kan men zich op die ene toestemming gaan beroepen voor alle SM-praktijken die in de toekomst verder zullen uitgeoefend worden?

Hoewel de toestemming in principe effectief kan betrekking hebben op meerdere gedragingen, lijkt mij dit wanneer het om SM gaat ten stelligste af te raden. Wanneer men zijn toestemming geeft, mag die toestemming slechts gelden voor de activiteiten die onmiddellijk daarna plaats vinden en kan deze niet ingeroepen worden voor de activiteiten die eventueel verder in de toekomst zouden kunnen plaats vinden. Vooraleer een nieuwe sessie kan plaats vinden, dient de toestemming telkens opnieuw gegeven te worden. Hierover anders oordelen, zou de materie nog ingewikkelder en delicateser maken dan zij nu al is. Het zou betekenen, eens de toestemming gegeven is, dat aan de sadist als het ware een vrijgeleide gegeven wordt om vanaf dan aan telkens wanneer het hem of haar behaagt sadomasochistische handelingen aan te vatten zonder de instemming van de wederpartij te moeten afwachten. Dit lijkt, in een context waar de grens tussen seksueel geweld en seksuele activiteit flinterdun is, niet aan te raden. De toestemming kan wel gelden voor de gehele SM-sessie en bijgevolg is het niet nodig dat voor elke handeling waaruit die sessie bestaat de afzonderlijke toestemming wordt gegeven.

### 3.3.3. De reikwijdte van de toestemming

We raakten het net al even kort aan, maar het is ook van belang om te bepalen welke gedragingen wel nog en welke gedragingen niet meer onder de toestemming vallen. Wanneer men instemt om met een andere persoon aan SM te doen, betekent dit dan dat er toestemming gegeven is voor alle handelingen die onder de noemer SM zouden kunnen vallen? Nee, zo werkt het vanzelfsprekend niet.

We zouden kunnen stellen dat de toestemming geldt zolang deze niet terug ingetrokken wordt. Daarom is het belang van het stopwoord bijzonder groot. Door middel van een op voorhand afgesproken stopwoord kan men namelijk aangeven dat de handelingen niet langer als aangenaam ervaren worden en dat de toestemming bijgevolg niet langer plaats vindt. Dit moet een duidelijk teken vormen voor de wederpartij en deze moet dan ook onmiddellijk de activiteiten staken. Zolang het stopwoord niet ingeroepen wordt, mag men er dus vanuit gaan dat er een geldige toestemming bestaat.



### 3.4. De plaats van de toestemming in de structuur van het misdrijf

De Leuvense school onderscheidt in de structuur van een misdrijf vier niveaus: het beantwoorden aan de delictsomschrijving, de wederrechtelijkheid, de schuld en de strafwaardigheid van de gedraging.<sup>170</sup> Om de invloed van de toestemming te gaan onderzoeken volgen we deze indeling om in het licht van deze masterproef zo precies mogelijk te kunnen gaan uitmaken waar zij van enig nut zou kunnen zijn.

#### 3.4.1. Het niveau van de delictsomschrijving

Opdat een bepaalde gedraging zou gekwalificeerd worden als een misdrijf is vereist dat alle in de wettelijke omschrijving genoemde bestanddelen aanwezig zijn. In bepaalde gevallen zal de afwezigheid van de toestemming, impliciet dan wel expliciet, een van die bestanddelen uitmaken. Dit zal dan tot gevolg hebben dat de betreffende gedraging niet langer als een misdrijf gekwalificeerd wordt en bijgevolg ook als straffeloos wordt beoordeeld.<sup>171</sup> Een van de voornaamste voorbeelden hiervan vinden we terug in de strafwet. Volgens artikel 439 Strafwetboek wordt gestraft hij die zonder een bevel van de overheid en buiten de gevallen waarin de wet toelaat in de woning van bijzondere personen *tegen hun wil* binnen te treden, in een door een ander bewoond huis, appartement, kamer of verblijf, of in de aanhorigheden ervan binnendringt, hetzij met behulp van bedreiging of geweld tegen personen, hetzij door middel van braak, inklimming of valse sleutels. Hier wordt de toestemming dus expliciet als een bestanddeel van het misdrijf ervaren. Deze expliciete is echter niet noodzakelijk, de voorwaarde van de toestemming kan ook impliciet in de delictsomschrijving besloten liggen. Vooral inzake eigendomsrecht zal de afwezigheid van toestemming een impliciete, maar noodzakelijke voorwaarde zijn voor het bestaan van misdrijven tegen het eigendomsrecht, zoals diefstal. De constitutiviteit kan ook nog besloten liggen in één van de andere bestanddelen. Deze constitutiviteit zou namelijk ook kunnen blijken uit het materiële of morele bestanddeel.

---

<sup>170</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen -Apeldoorn, Maklu, 2007, 32-33.

<sup>171</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 80.

Tahon vraagt zich af hoe klachtmisdrijven in dit licht kunnen geïnterpreteerd worden.<sup>172</sup> Bij klachtmisdrijven wordt de vervolging van een misdrijf afhankelijk gesteld van een voorafgaande klacht van het slachtoffer. Een van de meest frappante voorbeelden hiervan is stalking. Men zou kunnen opwerpen dat bij deze klachtmisdrijven de afwezigheid van de toestemming als een impliciet bestanddeel van het misdrijf kan aanzien worden. Wanneer men namelijk een klacht indient, betekent dit dat de persoon ten aanzien van wie de gedraging gesteld werd duidelijk niet akkoord ging met de betrokken gedraging. Hoewel deze redenering in bepaalde gevallen kan opgaan, bijvoorbeeld met betrekking tot het jagen op andermans goed<sup>173</sup>, is het geen sluitende redenering. Het feit dat men geen klacht indient, betekent namelijk niet altijd noodzakelijk dat de persoon ten aanzien van wie de gedraging gesteld werd er zijn toestemming voor gegeven had. Het is ook mogelijk dat de betrokkene, hoewel de gedraging tegen zijn wil heeft plaats gevonden, het niet nodig vindt om een klacht in te dienen of dat de betrokkene er gewoon niet van bewust is dat een dergelijke gedraging heeft plaatsgevonden.

We kunnen nu gaan kijken of we in artikel 398 Strafwetboek, dat het misdrijf slagen en verwondingen omschrijft, ergens de afwezigheid van de toestemming als bestanddeel van het misdrijf kunnen terug vinden. De letterlijke tekst van artikel 398 Strafwetboek zegt dat hij die opzettelijk verwondingen of slagen toebrengt, wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met een geldboete van 26 euro tot 100 euro of met een van die straffen alleen. Nergens in dit artikel valt dus een notie van de toestemming te ontwaren, noch impliciet noch expliciet. Het valt ook niet te ontdekken in een moreel of materieel bestanddeel. Er is enkel sprake van een opzet en wat dit juist inhoudt vinden we terug in artikel 392 van het Strafwetboek. Opzettelijk worden genoemd het doden en het toebrengen van letsel met het oogmerk om een bepaald persoon of een persoon die zal worden aangetroffen of ontmoet, aan te randen, ook al was dit oogmerk afhankelijk van enige omstandigheid of van enige voorwaarde en zelfs al heeft de dader zich vergist omtrent de persoon die het slachtoffer van de aanranding is geworden.<sup>174</sup> Ook hier vinden we geen enkele vereiste van de afwezigheid van de toestemming van het slachtoffer terug. Er is enkel sprake van een algemeen opzet, het is zelfs niet nodig dat er bij de dader een zekere mate van kwaadwilligheid wordt vastgesteld.

---

<sup>172</sup> R. TAHON, "le consentement de la victime", *Rev. dr. pén.*, 1951-52, 325.

<sup>173</sup> Artikel 26 wet 28 februari 1882, *B.S.* 3 maart 1882.

<sup>174</sup> Artikel 392 Strafwetboek.

Ook het Hof van Cassatie bevestigde dit in zijn arrest van 6 januari 1998.<sup>175</sup> Indien er wel rekening zou gehouden worden met de drijfveer of de motieven van de dader, zou sadomasochisme in de eerste plaats al geen misdrijf kunnen uitmaken, gezien het vereiste opzet (*in casu* dat van de kwaadwilligheid) niet aanwezig zou zijn. Het valt dus enigszins te betreuren dat er in artikel 398 Strafwetboek noch van een afwezigheid van toestemming noch van een bijzonder opzet gewag wordt gemaakt.

#### 3.4.2. Het niveau van de wederrechtelijkheid

We kwamen zonet tot de conclusie dat bij sadomasochisme en het misdrijf slagen en verwondingen de afwezigheid van de toestemming niet terug te vinden is als een bestanddeel van de delictsomschrijving. We kunnen ons echter ook de vraag gaan stellen of de toestemming op het niveau van de wederrechtelijkheid een verschil kan maken. Met andere woorden, kan de toestemming een rechtvaardigingsgrond uitmaken? Deze vraag werd natuurlijk al grotendeels beantwoord in de voorgaande onderdelen, al gaan we ze nu opnieuw gaan toepassen specifiek met betrekking op de toestemming.

In heel wat oudere werken zijn auteurs van mening dat de toestemming als een rechtvaardigingsgrond kan werken.<sup>176</sup> De rechtvaardigende werking van de toestemming wordt dan wel meestal aangenomen ten aanzien van de eigendomsdelicten. Misdrijven gericht tegen iemands eigendom worden geacht te worden gerechtvaardigd door de toestemming van de eigenaar wanneer het gaat om gedragingen die hij zelf ook mag stellen. In dat geval zal er geen sprake zijn van diefstal, misbruik van vertrouwen, afpersing, enzoverder. Deze voorbeelden wijzen erop dat de rechtvaardigende werking alleen aan de toestemming wordt toegedicht wanneer het gaat om goederen waarover het individu kan en mag beschikken.<sup>177</sup> Het Hof van Beroep te Antwerpen volgt deze redenering in haar arrest van 30 september 1997. Uit dit arrest kan afgeleid worden dat zij de instemming wel zou kunnen aanvaarden indien deze betrekking zou hebben gehad op het eigendomsrecht. In het arrest beroept men zich echter op de instemming als rechtvaardigingsgrond voor een inbreuk op de lichamelijke integriteit. Het Hof stelt dat de rechtsleer inzake het eigendomsrecht niet toepasselijk is op het grondrecht op lichamelijke integriteit.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Cass. 6 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 10; *Bull.* 1998, 11; *Rev. dr. pén.* 1999, 562, noot A. DE NAUW; *R.W.* 1998-99, 290.

<sup>176</sup> R. TAHON, "le consentement de la victime", *Rev. dr. pén.*, 1951-52, 323.

<sup>177</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 129-130.

<sup>178</sup> Antwerpen 30 september 1997, *R.W.* 1997-98, 750.

Langzaamaan groeide in de huidige strafrechtsdogmatiek echter meer en meer de consensus dat de toestemming op zich geen rechtvaardigende werking kan hebben. Even bracht de rechtspraak wel wat opschudding teweeg doordat de rechters van het Hof van Beroep te Gent in hun arrest van 23 september 1997<sup>179</sup>, waarin zij uitspraak dienden te doen over sadomasochistische praktijken, gingen beweren dat de voorafgaande toestemming van de slachtoffers als een rechtvaardigingsgrond kan beschouwd worden.<sup>180</sup> Niet alleen gaan de Gentse rechters hier volledig tegen de overheersende opinie in de rechtsleer in, bovendien kennen zij dan nog rechtvaardigende werking toe aan de toestemming met betrekking tot gedragingen die raken aan de lichamelijke integriteit. Zelfs waar sommige auteurs in de oudere rechtsleer wel nog de mening toegedaan waren dat de toestemming een rechtvaardigende werking kon hebben, was dit niet met betrekking tot gedragingen die raken aan de lichamelijke integriteit. De lichamelijke integriteit wordt namelijk als onbeschikbaar aanzien, het lichaam is met andere woorden geen goed waarover het individu kan beschikken. Men zou bijna gaan denken dat de rechters hier de toestemming toch als rechtvaardigingsgrond gaan aanvaarden, omdat zij per se wouden tegemoet komen aan de terechtstaande burgers. Dit staft opnieuw mijn argument dat het voor rechters soms helemaal niet evident is om de vrijspraak te bekomen in sadomasochistische zaken en dit als gevolg van het ontbreken van een duidelijke regeling.

Die uitspraak van het Gentse Hof van Beroep bleef echter niet lang ongemoeid. In een volgende zaak omtrent SM zette het Hof van Beroep van Antwerpen al gauw de puntjes op de i. In zijn arrest van 30 september 1997 stelt het namelijk dat de instemming geen schulduitsluitingsgrond oplevert omdat de strafwet van openbare orde is en omdat het beschermde rechtsgoed, namelijk de lichamelijke integriteit, een ongeclausuleerd grondrecht is waarin alleen de wetgever kan optreden in bepaalde gevallen.<sup>181</sup> Ook het Hof van Cassatie volgt deze redenering van de rechters van Antwerpen<sup>182</sup> en zelfs het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevestigt deze stelling<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 264, noot P. ARNOU.

<sup>180</sup> Cf. supra: "overzicht van de rechtspraak" en "besluit rechtspraak".

<sup>181</sup> Antwerpen 30 september 1997, *R.W.* 1997-98, 749.

<sup>182</sup> Cass. 6 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 10; *Bull.* 1998, 11; *Rev. dr. pén.* 1999, 562, noot A. DE NAUW; *R.W.* 1998-99, 290.

<sup>183</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>.

### 3.4.3. Het niveau van de schuld

We toonden zonet aan dat de toestemming bij sadomasochisme noch op het niveau van de delictsomschrijving, noch op het niveau van de wederrechtelijkheid een invloed kan betekenen. Laten we nu even kijken naar de relevantie van de toestemming op het niveau van de schuld. Het gaat hier met andere woorden om de toestemming als schulduitsluitingsgrond<sup>184</sup>.

Het Antwerpse Hof van Beroep vernoemt in zijn arrest<sup>185</sup> omtrent sadomasochisme de schulduitsluitende werking van de instemming. Zij wordt echter *in casu* niet aanvaard. Wel voegt het Hof eraan toe dat zij incidenteel in aanmerking zou kunnen worden genomen bij de beoordeling van de strafwaardigheid en alleszins bij de straftoemeting.

Wanneer we denken aan het begrip schuld en het begrip toestemming lijken zij op het eerste zicht niet verenigbaar. De schuld heeft namelijk betrekking op de actor en de toestemming gaat daarentegen uit van de persoon ten aanzien van wie de gedraging gesteld wordt. Hoe kan de toestemming van de ene partij dan ervoor zorgen dat de schuld van de andere partij weggenomen wordt? Dit kan opgelost worden door de notie van de ‘verantwoordelijkheid’. Wanneer de persoon ten aanzien van wie de gedraging gesteld wordt zijn toestemming geeft, zou men kunnen stellen dat de verantwoordelijkheid voor de gedraging niet langer bij de actor komt te liggen, maar daarentegen net bij de instemmende komt te liggen. Door in te stemmen gaat men dus zijn verantwoordelijkheid gaan opnemen.

A. Dierickx ziet echter enkele graten in deze redenering. Volgens haar zijn er twee redenen om een actor strafrechtelijk niet schuldig te achten voor zijn gedraging. Ofwel omdat de actor een gebrek vertoont aan psychofysische vaardigheden tot normconform gedrag ofwel doordat incidentele feitelijke omstandigheden een adequaat gebruik van deze vaardigheden verhinderen. De toestemming van de persoon ten aanzien van wie de gedraging wordt gesteld, lijkt dan ook niet bepaald een verstoring van de voornoemde vaardigheden te impliceren. Bovendien stelt Dierickx dat een schulduitsluitingsgrond enkel *in personam* kan werken. Dit kan dan ook voor problemen zorgen ten aanzien van andere personen die bij de gedraging waren betrokken, maar ten aanzien van wie de toestemming niet gericht was omdat ze niet zelf de gedraging stelden of er niet bij aanwezig waren.

---

<sup>184</sup> Cf infra, “Schulduitsluitingsgronden”.

<sup>185</sup> Antwerpen 30 september 1997, *R.W.* 1997-98, 750.

Ter illustratie geeft zij het voorbeeld van de apotheker die het middel verschaft waarmee de arts euthanasie zal plegen op de betrokkene. De toestemming van de betrokkene zal meestal enkel gericht zijn tot de arts, en niet tot de apotheker, en de apotheker zal onder normale omstandigheden ook niet bij de levensbeëindiging aanwezig zijn. Wanneer de toestemming als schulduitsluitingsgrond zou werken dan zou deze enkel gevolgen kunnen creëren ten aanzien van de arts en niet ten aanzien van de apotheker. Tenslotte stelt zij nog dat de men dan wel kan stellen dat er een verschuiving van de verantwoordelijkheid plaats vindt van de actor naar de betrokkene, maar dat deze verantwoordelijkheid nog niet kan gelijk gesteld worden met de notie schuld. De strafrechtelijke schuld is immers geen ethisch of metafysisch begrip.<sup>186</sup>

Hoewel het dus weinig waarschijnlijk lijkt dat de toestemming de verwijtbaarheid van de gedraging zou uitsluiten, hoeven we daarom niet meteen te besluiten dat de toestemming van alle relevantie ontdaan is op het niveau van de schuld. De aan- of afwezigheid van de toestemming zou namelijk tot gevolg kunnen hebben dat de actor dwaalt over de feitelijke omstandigheden waarin hij handelt of nalaat. Twee hypothesen worden daarbij verondersteld. In de eerste hypothese is er wel toestemming, maar is de actor daar niet van op de hoogte of meent de actor van niet. In de tweede hypothese is er geen geldige toestemming maar gaat de actor daar wel vanuit.<sup>187</sup>

Geen van die hypothesen lijkt echter van toepassing te zijn op sadomasochisme. Mijn inziens valt er wel nog een derde hypothese te onderscheiden die wel relevant zou kunnen zijn met betrekking tot SM. In die hypothese dwaalt de actor omtrent de strafbaarheid van zijn gedraging net doordat de persoon ten aanzien van wie de gedraging gesteld wordt zijn toestemming heeft gegeven. Meerbepaald wordt hier de situatie bedoeld waarin een sadomasochist gelooft dat zijn handelingen niet strafbaar zijn omdat zijn of haar partner toestemming heeft gegeven om de strafbare gedragingen, *in casu* slagen en verwondingen, uit te voeren.

Deze situatie is in de rechtspraak meermaals terug te vinden. Zo werd in een zaak voor het Hof van Beroep te Gent aangevoerd door de beklaagden dat zij geen idee hadden van de wederrechtelijkheid van hun handelingen.<sup>188</sup> We mogen ervan uit gaan dat zij dit veronderstelden vanwege de toestemming die van alle betrokken partijen aanwezig was.

---

<sup>186</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 179-180.

<sup>187</sup> A. DIERICKX, *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 180-181.

<sup>188</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 262, noot P. ARNOU.

Ieder weldenkend mens weet namelijk dat een dergelijke gedraging zonder toestemming van het slachtoffer een misdrijf uitmaakt. Als bijkomende staving voerden de betrokkenen hier aan dat er tot op dat punt in België nog geen rechtspraak bekend was waarbij sadomasochisten veroordeeld werden omwille van hun praktijken. De Gentse rechters volgen de betrokkenen in hun redenering.

Enkele jaren later werd een dergelijke redenering, die toen gemaakt werd door de SM-rechter Koen Arousseau, door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens echter weggeveegd. Vooral met betrekking tot het argument dat er geen vroegere rechtspraak omtrent SM voorhanden was, reageerde het Hof uitermate streng. Zij duiden dat hoe zeldzamer en hoe gewelddadiger de feiten zijn, hoe minder rechtspraak er omtrent terug te vinden zal zijn. Er van uitgaan dat geen rechtspraak betekent dat de gedragingen toegelaten zijn (of dat men dan op zijn minst mag denken dat ze toegelaten zijn), zou een verkeerde gedachtegang zijn.<sup>189</sup>

Heden ten dage lijkt het mij moeilijk te verdedigen dat men omwille van de toestemming in de veronderstelling kan en mag verkeren dat sadomasochistische gedragingen niet als slagen en verwondingen kunnen gekwalificeerd worden. Niet alleen is er de laatste twee decennia meer rechtspraak omtrent de kwestie verschenen, bovendien is de media-aandacht over het onderwerp aanzienlijk toegenomen sinds de zaak rond de Mechelse SM-rechter. Tijdens het proces van Koen Arousseau haalde zijn zaak meerdere keren de voorpagina's en enkele jaren terug werd zelfs een film<sup>190</sup> uitgebracht over het hele gebeuren. Het lijkt dan ook weinig denkbaar dat de 'normaal zorgvuldige' burger en in het bijzonder de burger met een voorliefde voor sadomasochisme geen flauw vermoeden zou hebben van de strafbaarheid van het SM-spel. Aangezien het nog steeds een vereiste is voor de dwaling dat zij onoverkomelijk of onoverwinbaar is<sup>191</sup>, lijkt het vandaag de dag dan ook problematisch om de stelling aan te houden dat er dwaling kan bestaan omtrent de strafbaarheid van sadomasochistische gedragingen omdat deze plaats vonden met de toestemming van de wederpartij.

---

<sup>189</sup> E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §55.

<sup>190</sup> "SM-rechter": verfilming van het waargebeurde verhaal van voormalig Mechelse strafrechter Koen Arousseau en zijn vrouw Magda Wolters van der Wey.

<sup>191</sup> H. FRANSEN, "Rechtvaardiging", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvoeding en bijzondere wetten*, Kluwer, 2001, R65/14- R65/91, 317.

#### 3.4.4. Het niveau van de strafwaardigheid

De instemming van het slachtoffer levert geen schulditsluitingsgrond op omdat de strafwet van openbare orde is en het door art. 398 Strafwetboek beschermde rechtsgoed, namelijk de lichamelijke integriteit, een ongeclausuleerd grondrecht is. De instemming zou wel eventueel kunnen in aanmerking genomen worden bij de beoordeling van de strafwaardigheid en alleszins bij de straftoemeting.<sup>192</sup> Dit standpunt van het Hof van Beroep te Antwerpen werd reeds meermaals geciteerd. Het is dan ook een belangrijke stelling, des te meer omdat het Hof van Cassatie er geen graten in ziet. Daar zij bepaalden dat er geen tegenstrijdigheden in het arrest van het Hof van Beroep waar te nemen waren, gingen zij impliciet akkoord met de toestemming als strafuitsluitende verschoningsgrond.

Laten we eerst een woordje meer uitleg geven omtrent deze strafwaardigheid. Naast de traditionele elementen, namelijk het moreel en het materieel element, van het misdrijf gaan sommige strafrechtsdogmatici, meerbepaald deze van de Leuvense school, nog een aantal andere elementen onderscheiden: de delictstypiciteit, de wederrechtelijkheid, de schuld en de strafwaardigheid.<sup>193</sup> Het is volgens deze indeling dat we de invloed van de toestemming in de eerste plaats zijn gaan onderzoeken.<sup>194</sup>

Het uitgangspunt van deze Leuvense school is dat de wetgever het nodig heeft geacht om aan bepaalde delictstypische, wederrechtelijke gedragingen die bovendien aan de dader te verwijten zijn, de mogelijkheid tot het opleggen van straffen te verbinden. De gedragingen zijn met andere woorden strafwaardig. In principe zou men kunnen stellen dat een wederrechtelijke, aan de dader verwijtbare delictstypische gedraging altijd strafwaardig is. De wetsbepaling die de delictsomschrijving omvat, zal namelijk voorzien in een sanctionering. In beginsel zal de rechter, wanneer aan alle bestanddelen van de delictsomschrijving voldaan is, wanneer de gedraging wederrechtelijk is en aan schuld te wijten is, de straf dan ook moeten toekennen.

---

<sup>192</sup> Antwerpen 30 september 1997, *R.W.* 1997-98, 750.

<sup>193</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 31-32.

<sup>194</sup> Cf. supra, "de plaats van de toestemming in de structuur van het misdrijf".



Toch zal dit niet altijd het geval zijn aangezien de strafwetgever ook voorziet in een aantal strafuitsluitende verschoningsgronden die zullen leiden tot straffeloosheid.<sup>195</sup> De strafwaardigheid kan dan ook tot gevolg hebben dat allerlei gedragingen juist geen straf krijgen, ondanks het feit dat de wetgever er in beginsel een straf aankoppelt, dat ze wederrechtelijk zijn en dat de schuld van de dader vaststaat.<sup>196</sup> Het kan gaan om allerhande situaties. Zo kunnen diefstallen gepleegd door een gehuwde ten nadele van zijn echtgenoot, door een weduwnaar of een weduwe wat zaken betreft die aan de overleden echtgenoot hebben toebehoord, door afstammelingen ten nadele van hun bloedverwaten in de opgaande lijn, door bloedverwanten in de opgaande lijn ten nadele van hun afstammelingen, of door aanverwanten in dezelfde graden geen aanleiding geven tot een strafrechtelijke veroordeling.<sup>197</sup> Zo zullen ook zij die voor enige aanslag en voor enig begin van vervolging samenspanningen of misdrijven en de daders of medeplichtigen aan de overheid kenbaar maken, vrij blijven van straffen.<sup>198</sup> En zo kunnen er nog heel wat voorbeelden opgenoemd worden. Wat deze voorbeelden, hoe uiteenlopend zij ook lijken, echter wel allemaal gemeen hebben, is dat zij een wettelijke basis hebben.

Een strafuitsluitende verschoningsgrond heeft namelijk een wettelijk, dwingend en in het algemeen persoonlijk karakter. Het wettelijk karakter vinden we terug in artikel 78 Strafwetboek dat bepaalt dat geen misdaad of wanbedrijf verschoonbaar is dan in de gevallen bij wet bepaald. Het Hof van Cassatie bevestigt dit expliciet in zijn arrest van 16 februari 1993.<sup>199</sup> Het dwingende karakter volgt uit het feit dat de rechter verplicht is de verschoningsgrond toe te passen wanneer hij de feitelijke omstandigheden vaststelt waaraan de wet een verschonend karakter toekent. Een persoonlijk karakter tenslotte want de uitwerking van de strafuitsluitende verschoningsgrond is slechts beperkt tot diegene die er zich persoonlijk kan op beroepen.<sup>200</sup>

---

<sup>195</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 79.

<sup>196</sup> F. VERBRUGGEN, "Strafwaardigheid: nooduitgang of deur naar dogmatische verfijning", in L. DUPONT en F. VERBRUGGEN (eds), *Strafrecht als roeping: liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire pers, 2005, 163.

<sup>197</sup> Artikel 462 Strafwetboek.

<sup>198</sup> Artikel 136 Strafwetboek.

<sup>199</sup> Cass. 16 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993 191; *Bull.* 1993 177; *Pass.* 1993, I, 177; *Soc. Kron.* 1993, 105.

<sup>200</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 80.

Uit het voorgaande kunnen we het volgende samenvatten: de strafwaardigheid heeft betrekking op de strafuitsluitende verschoningsgronden en deze verschoningsgronden moeten een wettelijk karakter hebben, zij moeten met andere woorden volgen uit een wettelijke bepaling. In het licht van deze conclusie lijkt de stelling van het Hof van Beroep waarin zij aan de toestemming een gevolg toekent op het niveau van de strafwaardigheid op zijn zachtst gezegd merkwaardig. Het Hof van Cassatie lijkt dan ook door ermee akkoord te gaan, aan te geven dat strafuitsluitende verschoningsgronden niet langer een wettelijk karakter moeten hebben. Het Hof gaat hiermee rechtstreeks in tegen zijn eigen arrest van 16 februari 1993<sup>201</sup>. De toestemming als verschoningsgrond is namelijk ook nergens terug te vinden in een wet. Betekent dit dat rechters voortaan bij het toepassen van verschoningsgronden zich niet langer op wetten moeten gaan beroepen, maar dat zij zich ook kunnen baseren op rechterlijke beleidsoverwegingen? Het gevaar voor willekeur lijkt op deze manier dichtbij te zijn en men kan zich dan ook gaan afvragen of hierdoor de appreciatiemarge van rechters niet te breed wordt.

Volgens Fransen kan er echter uit recente rechtspraak en rechtsleer worden afgeleid dat verschoningsgronden ook kunnen steunen op onder andere artikel 8 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens.<sup>202</sup> In dit licht en ervan uitgaande dat het Hof van Cassatie zich dan ook effectief zou beroepen op artikel 8 EVRM als verschoningsgrond, klinkt hun stelling al iets meer aanvaardbaar.

---

<sup>201</sup> Cass. 16 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993 191; *Bull.* 1993 177; *Pass.* 1993, I, 177; *Soc. Kron.* 1993, 105.

<sup>202</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafprocedure en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 182.

We kunnen ons ter uitleiding van dit hoofdstuk de vraag gaan stellen wat de rechters er toe aangezet heeft om een dergelijk arrest te vellen. Waarom willen zij de toestemming niet aanvaarden als rechtvaardigingsgrond maar wel als strafuitsluitende verschoningsgrond?

Om op deze vraag een antwoord te krijgen, moeten we gaan kijken naar wat de rechtvaardigingsgrond onderscheidt van de verschoningsgrond. Het essentiële verschil tussen beiden is het gevolg op het niveau van de wederrechtelijkheid van de gedraging. Een rechtvaardigingsgrond neemt het wederrechtelijk karakter van een misdrijf weg, een verschoningsgrond niet. Bij een verschoningsgrond blijft het misdrijf bestaan, maar er wordt om een bepaalde reden geen straf aangekoppeld. Dit zou dan ook de reden kunnen zijn waarom het Hof van Cassatie de toestemming bij sadomasochisme geen rechtvaardigende werking wou toekennen. Dan zou zij immers aangeven dat sadomasochistische activiteiten met toestemming van beide partijen niet langer een misdrijf uitmaken. Dit zou kunnen impliceren dat het Hof sadomasochisme 'goedkeurt'. Belangrijker nog is dat door een dergelijke stellingname men zou kunnen gaan afleiden dat men wel over zijn fysieke integriteit kan beschikken, terwijl dit strafrechtelijk gezien altijd al onmogelijk geweest is.

Aan de toestemming rechtvaardigende werking toekennen, zou dus te grote gevolgen teweeg gebracht hebben. De toestemming aanvaarden als verschoningsgrond daarentegen was een heel wat veiligere oplossing. Sadomasochisme als misdrijf blijft bestaan, men kan niet gaan impliceren dat het Hof het niet langer als een misdrijf zou aanzien en men zou vooral niet kunnen gaan veronderstellen dat er voortaan wel over de fysieke integriteit zou kunnen beschikt worden. De basisprincipes blijven dus behouden, maar het Hof kan op deze manier wel vermijden dat zij een straf moet toekennen in de gevallen waar zij dit niet nodig acht. Het lijkt dus een sluitende oplossing te zijn, al blijft de bedenking rond sluimeren dat op deze manier de weg vrij gemaakt wordt voor de willekeur van de rechter. Het feit dat er geen wettelijke basis is voor de toestemming al verschoningsgrond, betekent dat de rechter de verschoningsgrond naar eigen goeddunken kan gaan toepassen. Dit zou dan ook kunnen leiden tot onbillijke situaties.

#### 4. Verschoningsgronden

Hiervoor haalden we in het kader van de toestemming al even de verschoningsgrond aan ten gevolge van de uitspraak van het Hof van Beroep van Antwerpen. Nu kijken we of de verschoningsgronden algemeen van dienst kunnen zijn bij zaken betreffende sadomasochisme.

Verschoning is de verplichte vermindering of uitsluiting van straf, wanneer de wettelijke gronden daartoe voorhanden zijn.<sup>203</sup> Verschoningsgronden hebben dus betrekking op de straftoemeting. Zij hebben daarentegen niks te maken met het misdrijf zelf of met de schuld van de dader. Verschoningsgronden laten de schuld en het misdrijf bestaan, ze beïnvloeden enkel de bestrafing. Zij hebben een dwingend, wettelijk en persoonlijk karakter.<sup>204</sup> Zij moeten met andere woorden door de wet voorgeschreven zijn<sup>205</sup>, zij moeten verplicht, zelfs ambtshalve, worden toegepast en de uitwerking is beperkt tot diegene die er zich persoonlijk kan op beroepen. Verschoningsgronden worden niet op algemene wijze bepaald, maar zij worden specifiek voor elk misdrijf afzonderlijk bepaald.<sup>206</sup>

Omwille van het feit dat verschoningsgronden niet van invloed zijn op het misdrijf zelf of op de schuld, zullen de burgerlijke gevolgen van het misdrijf blijven bestaan. Dit in tegenstelling met de rechtvaardigingsgronden waar ook de burgerlijke gevolgen zullen verdwijnen. De strafrechter die vrijspreekt wegens een strafuitsluitende verschoningsgrond sluit weliswaar de strafwaardigheid en dus de bestrafing uit, maar hij bevestigt wel het bestaan van een delictstypisch feit dat onrechtmatig en verwijtbaar is.<sup>207</sup>

Er zijn twee soorten verschoningsgronden. De rechtsleer en de rechtspraak maken namelijk een onderscheid tussen kwijtscheldende, strafuitsluitende of beslissende verschoningsgronden en strafverminderende of verzachtende verschoningsgronden. De kwijtscheldende, strafuitsluitende of beslissende verschoningsgronden zijn bijzondere, in de wet omschreven omstandigheden die niets afdoen aan het bestaan van het strafbaar feit, maar de straf opheffen om redenen van crimineel beleid.<sup>208</sup>

---

<sup>203</sup> H. BROUCKAERT, "Taal en wetgeving", *T.v.W.* 2009, nr. 4, 335.

<sup>204</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 80.

<sup>205</sup> Cf supra: dit kan betwist worden sinds het arrest van het Hof van beroep van Antwerpen van 30 september 1997.

<sup>206</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 237.

<sup>207</sup> S. VAN DIJCK en J. VANANROYE, "Het lot van de burgerlijke vordering bij toepassing van de strafuitsluitende verschoningsgrond uit artikel 5 2 Sw.", *T. Strafr.* 2004, afl. 3, 191.

<sup>208</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 182.

Strafverminderende of verzachtende verschoningsgronden daarentegen zijn omstandigheden, die door de wet op limitatieve wijze bepaald zijn en die, wanneer zij aanwezig zijn, de rechter verplichten tot het opleggen van een lichtere straf. Zij zijn persoonlijk en gelden dus niet automatisch voor alle deelnemers.<sup>209</sup> Het voornaamste verschil is dus dat de strafverminderende verschoningsgronden de straf enkel verlichten terwijl de strafuitsluitende verschoningsgronden de straf totaal opheffen.

We bekijken nu de twee soorten verschoningsgronden van naderbij en overlopen de voornaamste voorbeelden ervan, terwijl we onderzoeken of één van de constructies van nut zou kunnen zijn voor sadomasochisme.

---

<sup>209</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvoeding en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 190.

#### 4.1. de kwijtscheldende, beslissende of strafuitsluitende verschoningsgronden

De strafuitsluitende verschoningsgronden vormen een bont samenraapsel die weinig anders met elkaar gemeen hebben dan het feit dat ze door de wet worden omschreven en een verplicht karakter hebben. Het kan zowel gaan om feiten als om gedragingen. Soms moeten ze aanwezig zijn op het moment van de delictstypiciteit, met als gevolg de strafuitsluiting, dan weer ontstaan ze pas achteraf en dan spreekt men van strafopheffing.<sup>210</sup> De voornaamste toepassingen van de beslissende verschoningsgronden zijn de aangifte, de onderwerping, het bloed- en aanverwantschap, het herstel van schade en de verschoningsgrond voortvloeiend uit de decumul van strafrechtelijke verantwoordelijkheid bij toepassing van artikel 5, lid 2 Strafwetboek. Tenslotte zijn er nog enkele omstandigheden die soms als beslissende verschoningsgronden worden beschouwd.

##### 4.1.1. De aangifte

Deze kwijtscheldende verschoningsgrond dient ertoe medeplichtigen en mededaders aan te zetten met de overheid mee te werken door het misdrijf te verklikken en zich hierdoor te desolidariseren van de overige deelnemers aan het misdrijf.<sup>211</sup> De overheid kan zo het misdrijf voorkomen of minstens de daders identificeren en eventueel bestraffen. De reden van crimineel beleid die de wetgever hier heeft geleid, is de bevordering van de verklikking.<sup>212</sup> Deze verschoningsgrond is gebaseerd op opportuniteitsoverwegingen.<sup>213</sup>

Opdat deze verschoningsgrond zou kunnen van kracht zijn, zijn er enkele toepassingsvoorwaarden waar moeten aan voldaan worden. Zo moet de aangifte geschieden voor enige vervolging en vooraleer de bedoelde misdrijven gepleegd zijn.<sup>214</sup> Wanneer de strafvordering dus reeds is ingesteld, zal de aangifte geen strafuitsluitende werking meer kennen. Wanneer men dit wel nog zou doen, zou men de aangifte van al haar nut ontdoen aangezien de aangifte dan niet langer een hulpmiddel voor de overheid zou zijn, maar een bekentenis.

---

<sup>210</sup> V. FRANSEN, J. VANHEULE, F. VERBRUGGEN, "Wie heeft het gedaan en wat daarmee gedaan? Sprokkelen in rechtspraak over strafbaarheid en bestraffing.", in Departement vorming en opleiding van de Orde van Advocaten van de Balie van Kortrijk, *Recente ontwikkelingen in het Strafrecht: vormingsprogramma 2008*, Brussel, Larcier, 2008, 26.

<sup>211</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 241.

<sup>212</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvervolgung en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 183.

<sup>213</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 82.

<sup>214</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvervolgung en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 183.

Bovendien zou zij van haar preventieve rol ontdaan worden. Een tweede voorwaarde is dat de aangifte moet gebeuren bij de overheid en dat zij volledig en oprecht moet zijn.<sup>215</sup> Wie juist met 'de overheid' bedoeld wordt, werd door de wetgever niet nader gespecificeerd. De rechtsleer neemt aan dat de aangifte tot doel moet hebben om vervolgingen mogelijk te maken of uit te lokken.<sup>216</sup>

Van de aangifte als verschoningsgrond zijn er verschillende toepassingen te vinden in de wet. Zo vinden we het onder meer terug bij samenzwering tegen de staatsveiligheid<sup>217</sup>, valsmunterij<sup>218</sup>, verspreiding van drukwerken zonder de vereiste vermeldingen<sup>219</sup>, verboden loterijen<sup>220</sup>, bendevoering<sup>221</sup> en lidmaatschap van criminele organisaties<sup>222</sup>. Verder is ook van groot belang de Drugwet<sup>223</sup> die in een strafverminderende<sup>224</sup> en een strafuitsluitende<sup>225</sup> verschoningsgrond voorziet na aangifte. Hier zullen echter nog bijkomende, bijzondere toepassingsvoorwaarden van tel zijn.

We hoeven niet alle voorbeelden te overlopen om tot de conclusie te komen dat de aangifte als verschoningsgrond van geen betekenis kan zijn voor sadomasochisten en niet enkel omdat de wet er niet in voorziet. Hoewel de wet het anders bepaalt, maken de activiteiten van sadomasochisten in hun ogen helemaal geen misdrijf uit. Het zou dan ook helemaal niet logisch zijn dat een van de deelnemers hun activiteiten zou gaan verklikken aan de overheid. Het zou maar al te gek zijn dat elke beoefenaar van SM bij elke sadomasochistische bedrijvigheid zijn partner zou moeten gaan aangeven bij de overheid om te vermijden dat hij of zij voor zijn gedrag zou kunnen gestraft worden. Bovendien zou dit niks oplossen aangezien enkel de verklikker zelf hiermee vrijgesteld wordt van straf.

---

<sup>215</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 183.

<sup>216</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 83.

<sup>217</sup> Artikel 136 Strafwetboek.

<sup>218</sup> Artikel 192 Strafwetboek.

<sup>219</sup> Artikel 300 Strafwetboek.

<sup>220</sup> Artikel 304 Strafwetboek.

<sup>221</sup> Artikel 326 Strafwetboek.

<sup>222</sup> Artikel 326 Strafwetboek.

<sup>223</sup> Wet 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van gifstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen, B.S. 6 maart 1921.

<sup>224</sup> Artikel 6, derde alinea Wet 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van gifstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen, B.S. 6 maart 1921.

<sup>225</sup> Artikel 6, tweede alinea Wet 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van gifstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen, B.S. 6 maart 1921.

De overheid zou namelijk wel telkens kunnen beslissen om de medespeler te gaan vervolgen. Het is dan ook van geen nut om verder bij de aangifte te blijven stilstaan.

#### 4.1.2. de onderwerping

Nog een strafuitsluitende verschoningsgrond die uit opportuïteitsoverwegingen ontstaan is, is de onderwerping. De onderwerping aan de overheid is mogelijk voor leden van oproerige benden die het gemunt hebben op de veiligheid van de staat<sup>226</sup> of voor leden van weerspannige benden of samenscholingen<sup>227</sup>. Deze verschoningsgrond vindt dus zijn toepassing in de artikelen 134 en 273 van het strafwetboek en situeert zich in de sfeer van de verstoring van de openbare orde en veiligheid. Het uitgangspunt is hier dat de overheid door de onderwerping het misdrijf vlugger onder controle zou kunnen krijgen. Opdat iemand zich op deze verschoningsgrond zou kunnen beroepen, mag hij of zij binnen de bende geen bendeleider zijn, noch binnen die bende enige bediening of functie waarnemen. Een tweede toepassingsvoorwaarde is dat de onderwerping moet plaats vinden op de eerste waarschuwing van de burgerlijke of militaire overheid. Wanneer men echter buiten de plaats van het oproer of buiten de plaats waar de weerspanningheid plaatsvond naderhand wordt gevat zonder tegenstand te bieden of zonder wapens, kan men ook een beroep doen op de onderwerping als beslissende verschoningsgrond.

Net zoals bij de aangifte is hier meteen duidelijk dat deze verschoningsgrond niet kan leiden tot strafverval bij sadomasochistische gedragingen daar deze geen verstoringen van de openbare orde en veiligheid teweeg brengen.

---

<sup>226</sup> Artikel 134 Strafwetboek.

<sup>227</sup> Artikel 273 Strafwetboek.



#### 4.1.3. het bloed- en aanverwantschap

Het bloed- en aanverwantschap in bepaalde graden, tussen dader en slachtoffer van bepaalde eigendomsdelicten, leidt tot straffeloosheid. De wetgever heeft hier opnieuw gehandeld uit opportuniteitsoverwegingen: enerzijds wil men vermijden dat door de bestraffing van eigendomsdelicten familiale conflicten zouden ontstaan of zouden exploderen. Anderzijds acht de wetgever het gewoon maatschappelijk niet nuttig om bepaalde delictuele gedragingen tussen familieleden te straffen.<sup>228</sup> Bovendien is ook de bewijslevering in dergelijke situaties niet altijd gemakkelijk.<sup>229</sup>

##### 4.1.3.1. Verschoningsgrond voor bepaalde eigendomsmisdrijven

Artikel 462 Strafwetboek bepaalt dat diefstallen ten aanzien van welbepaalde familieleden alleen aanleiding kunnen geven tot een burgerrechtelijke vordering. Dit geldt meerbepaald wanneer de diefstal wordt gepleegd door een gehuwde ten nadele van zijn echtgenoot, door een weduwnaar of weduwe wat zaken betreft die aan de overleden echtgenoot hebben toebehoord, door afstammelingen ten nadele van hun bloedverwanten in de opgaande lijn, door bloedverwanten in de opgaande lijn ten nadele van hun afstammelingen of door aanverwanten in dezelfde graden. Deze strafuitsluitingsgrond is verder ook van toepassing op het misbruik van vertrouwen<sup>230</sup>, de oplichting<sup>231</sup> en de gevallen van bedrog<sup>232</sup> in artikel 498-499 Strafwetboek. Bovendien werd het toepassingsgebied van artikel 462 Strafwetboek uitgebreid door middel van een analogische interpretatie tot verschillende andere misdrijven.<sup>233</sup> Het gaat met name om de afpersing<sup>234</sup>, de heling<sup>235</sup> en de vernieling van documenten<sup>236</sup>.

---

<sup>228</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 84.

<sup>229</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 186.

<sup>230</sup> Artikel 492 Strafwetboek.

<sup>231</sup> Artikel 496 Strafwetboek.

<sup>232</sup> Artikel 504 Strafwetboek.

<sup>233</sup> V. FRANSEN, J. VANHEULE, F. VERBRUGGEN, "Wie heeft het gedaan en wat daarmee gedaan? Sprokkelen in rechtspraak over strafbaarheid en bestraffing.", in Departement vorming en opleiding van de Orde van Advocaten van de Balie van Kortrijk, *Recente ontwikkelingen in het Strafrecht: vormingsprogramma 2008*, Brussel, Larcier, 2008, 28.

<sup>234</sup> Artikel 470 Strafwetboek.

<sup>235</sup> Artikel 505 Strafwetboek.

<sup>236</sup> Artikel 527 Strafwetboek.

Aangezien sadomasochisme geen eigendomsdelict is en de verschoningsgrond dan ook geen toepassing zou kunnen vinden ten aanzien van sadomasochistische bedrijvigheden, is het niet nodig om hier dieper op in te gaan.

#### 4.1.3.2. Verschoningsgrond voor andere misdrijven

Daden van hulpverlening aan familieleden die opgespoord worden of veroordeeld zijn, kunnen verschoond worden ten gevolge van de band van bloed- of aanverwantschap. We vinden dit terug in artikel 121, alinea 5 van het Strafwetboek alsook in artikel 341 Strafwetboek. Deze artikelen regelen meerbepaald het verbergen van incivieken, het verbergen van misdadigers en het verbergen van lijken.

Daarnaast lezen we in artikel 225 Strafwetboek dat de bepalingen betreffende valse verklaringen niet toepasselijk zijn op kinderen beneden de 16 jaar, noch op personen die, uit hoofde van bloed- of aanverwantschap met de beschuldigen of de beklaagden, buiten ede gehoord worden, wanneer die verklaringen zijn afgelegd ten voordele van de beschuldigen of de beklaagden.

Het lijkt duidelijk dat ook in bovenstaande twee gevallen er moeilijk een verschoningsgrond kan gelezen worden voor sadomasochisten. Bovendien zou het ook niet echt een goed voorstel zijn om een bijkomende categorie te creëren voor sadomasochisten onder de koepel van de beslissende verschoningsgronden in gevallen van bloed- en aanverwantschap. Lang niet alle koppels die aan SM doen zijn gehuwde koppels, zelfs lang niet alle personen die sadomasochisme bedrijven, zijn überhaupt een koppel. Een verschoningsgrond creëren voor aanverwanten zou dan ook discriminerend werken ten aanzien van het grootste deel van de sadomasochisten. Daarbij zou het op zijn zachtst gezegd ook maar bevreemdend zijn dat bloedverwanten zich dan wel op deze strafuitsluitende verschoningsgrond zouden kunnen beroepen. Het zou namelijk compleet onlogisch zijn dat een vader en dochter ongestoord sadomasochistische relaties zouden kunnen aanhouden, terwijl een ongehuwd koppel dit niet zou kunnen. Het hoeft dan tevens geen verdere uitleg dat sadomasochisten ook hier geen heil zullen vinden.

#### 4.1.4. Herstel van schade

In principe is het herstel van de schade die door een misdrijf werd veroorzaakt zonder verdere invloed op de straf, er bestaat namelijk geen verplichte strafvermindering of strafuitsluiting. Eens het misdrijf voltooid kan de dader de straf niet meer ontlopen, ook al komt hij naderhand tot inkeer en herstelt of vergoedt hij de schade die hij heeft veroorzaakt. In de regel zal men enkel kunnen hopen dat de rechter verzachtende omstandigheden wil aannemen, maar deze zijn slechts facultatief.<sup>237</sup>

Er zijn echter twee specifieke gevallen waar wel een verplichte strafuitsluiting of strafvermindering bestaat. Het gaat om de gevallen van bedrieglijk onvermogen<sup>238</sup> en het uitgeven van effecten zonder dekking<sup>239</sup>.

Er dient ook nog te worden vermeld dat het herstellen of vergoeden van schade een rol kan spelen in het kader van de bemiddeling in strafzaken<sup>240</sup>. Dit zal echter enkel mogelijk zijn wanneer het feit niet van die aard is dat het gestraft moet worden met een hoofdstraf van meer dan twee jaar correctionele gevangenisstraf of een zwaardere straf. Wanneer de dader dan voldaan heeft aan alle door hem aanvaarde voorwaarden, kan dit tot gevolg hebben dat de strafvordering komt te vervallen. Het gaat hier dus niet echt om een verschoningsgrond. Al zal de buitengerechtelijke afdoening door het parket wel hetzelfde resultaat bekomen als door de toepassing van een strafuitsluitende verschoningsgrond. Het verval van de strafvordering zal verder geen afbreuk doen aan de rechten van de gesubrogeerde partijen of de slachtoffers.<sup>241</sup>

Het herstel van de schade komt niet in aanmerking als beslissende verschoningsgrond voor sadomasochisme. Het druist namelijk in tegen de waarden en normen van sadomasochisten. Zij zijn helemaal niet van mening dat zij elkaar schade toebrengen, in tegendeel zij verschaffen elkaar wederzijds plezier en genot. Zij zien elkaar ook niet als slachtoffers van hun gedragingen, dus het nut van bemiddeling om tot het verval van de strafvordering te komen, zou ook volledig zijn nut missen.

---

<sup>237</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 246.

<sup>238</sup> Artikel 490bis, alinea 3 Strafwetboek.

<sup>239</sup> Artikel 509, alinea 2 en 3 Strafwetboek.

<sup>240</sup> Artikel 216ter Wetboek van Strafvordering.

<sup>241</sup> K. CREYF, "Herstel en bemiddeling in het strafrecht: een doekje voor het bloeden?", *Ad Rem* 2003, nr.3, 23-26.

Bovendien zouden zij telkens een fikse som mogen neertellen ter vergoeding van de zogenaamde toegebrachte schade. Het kan niet de bedoeling zijn wanneer we op zoek gaan naar een goede regeling omtrent sadomasochisme dat we zouden genoeg nemen met een constructie waarin men een schadevergoeding moet betalen om toch maar niet vervolgd te worden voor een gedraging waarvan hij en de persoon ten aanzien van wie hij de gedraging gesteld heeft, menen dat deze helemaal geen misdrijf uitmaakt maar in tegendeel een wederzijdse dienstverlening betreft van genot en plezier. We vonden dan reeds betere opties in de regelingen door middel van een wet en door middel van bepaalde rechtvaardigingsgronden.

#### 4.1.5. de decumul bij strafrechtelijke verantwoordelijkheid.

Deze strafuitsluitende verschoningsgrond vindt zijn toepassing bij onopzettelijk gepleegde misdrijven door rechtspersonen en natuurlijke personen. Artikel 5, tweede lid van het Strafwetboek bepaalt dat wanneer een rechtspersoon verantwoordelijk gesteld wordt uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerd natuurlijk persoon, enkel degene die de zwaarste fout begaan heeft, veroordeeld kan worden. Indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens gepleegd heeft, kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld. Met andere woorden: wanneer de natuurlijke persoon met opzet handelde, worden natuurlijke persoon en rechtspersoon samen veroordeeld ('cumul'), wanneer de natuurlijke persoon uit onachtzaamheid handelde dan kan maar één van beide worden veroordeeld, namelijk diegene die de zwaarste fout begaan heeft ('decumul'). Hoewel de bedoeling van de wetgever de bescherming van de natuurlijke persoon was, kan door de algemene bewoording de decumulregeling ook in het voordeel van de rechtspersoon uitdraaien.<sup>242</sup> Zeer snel verklaarde de rechtspraak en rechtsleer deze constructie onder de noemer van strafuitsluitende verschoningsgrond daar deze regel de strafwaardigheid opheft van een misdrijf waarvan verder alle constitutieve bestanddelen zijn verenigd.<sup>243</sup> Door het moeilijk hanteerbare concept van de zwaarste fout wordt deze verschoningsgrond echter zelden toegepast.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> V. FRANSSEN, J. VANHEULE, F. VERBRUGGEN, "Wie heeft het gedaan en wat daarmee gedaan? Sprokkelen in rechtspraak over strafbaarheid en bestraffing.", in Departement vorming en opleiding van de Orde van Advocaten van de Balie van Kortrijk, *Recente ontwikkelingen in het Strafrecht: vormingsprogramma 2008*, Brussel, Larcier, 2008, 32.

<sup>243</sup> Cass 22 juni 2011, N.C. 2011, nr. 6, 381, noot V. FRANSSEN en S. VAN DYCK.

<sup>244</sup> V. FRANSSEN, J. VANHEULE, F. VERBRUGGEN, "Wie heeft het gedaan en wat daarmee gedaan? Sprokkelen in rechtspraak over strafbaarheid en bestraffing.", in Departement vorming en opleiding van de Orde van Advocaten van de Balie van Kortrijk, *Recente ontwikkelingen in het Strafrecht: vormingsprogramma 2008*, Brussel, Larcier, 2008, 33.

Zoals blijkt kan deze verschoningsgrond enkel toepassing kennen wanneer er een rechtspersoon bij de feiten betrokken is. Enkel bij cumulatieve toerekening aan een rechtspersoon en een natuurlijk persoon kan er immers een afweging gebeuren van de zwaarste fout. Dit heeft meteen tot gevolg dat ook deze verschoningsgrond kan geschrapt worden van het lijstje in onze zoektocht naar een regeling omtrent sadomasochisme.

#### 4.1.6. omstandigheden die soms als beslissende verschoningsgronden worden beschouwd

Tenslotte kunnen we nog enkele omstandigheden bekijken die soms als strafuitsluitende verschoningsgronden worden aanzien.

Een eerste voorbeeld hiervan is het bevel van de meerdere<sup>245</sup>. Dit werd echter reeds eerder besproken onder de rechtvaardigingsgronden.

Daarnaast zien het Hof van Cassatie en sommige rechtsleer ook in artikel 245, tweede lid van het Strafwetboek een beslissende verschoningsgrond. Volgens dit artikel wordt iedere persoon gestraft die een openbaar ambt uitoefent en die, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenpersonen of door schijnhandelingen, enig belang neemt of aanvaardt in de verrichtingen, aanbestedingen, aannemingen of werken in regie waarover hij ten tijde van de handeling geheel of ten dele het beheer of het toezicht had of die, belast met de ordonnancering van de betaling of de vereffening van een zaak daarin enig belang neemt. Het tweede lid van het artikel voegt er dan aan toe dat de voorafgaande bepaling niet toepasselijk is op hem die in de gegeven omstandigheden zijn private belangen niet kon bevorderen door zijn betrekking en openlijk heeft gehandeld. Andere auteurs zien in dit artikel echter een bestanddeel van het misdrijf.<sup>246</sup>

Ook omtrent artikel 362, tweede lid van het Strafwetboek is er wat discussie. Dit artikel, dat de niet-aangifte van het vinden van een pasgeboren kind bestraft, voorziet volgens sommige auteurs in een verschoningsgrond, volgens andere dan weer in een rechtvaardigingsgrond.<sup>247</sup>

---

<sup>245</sup> Artikel 152 en 260 Strafwetboek.

<sup>246</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 190.

<sup>247</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 190.

#### 4.1.7. besluit

Geen van deze omstandigheden lijkt ook maar in iets op de omstandigheden waarin sadomasochisten zich bevinden. We kunnen dan ook besluiten dat er in de bestaande strafuitsluitende verschoningsgronden geen voer voor sadomasochisten te vinden is.

## 4.2. Strafverminderende of verzachtende verschoningsgronden

De strafverminderende verschoningsgronden zijn bijzondere omstandigheden die de delictomschrijving van het gepleegde misdrijf niet beïnvloeden, maar toch strafvermindering tot gevolg hebben. Ze zijn wettelijk omschreven en hebben bovendien een verplicht karakter dat de rechter niet kan negeren. Dit vormt het grote verschil met de verzachtende omstandigheden.<sup>248</sup>

Het verschil met de strafuitsluitende verschoningsgronden is, zoals de naam het zelf zegt, dat deze verschoningsgronden niet de uitsluiting maar wel de vermindering van de straf tot gevolg hebben.

We bespreken de meest courante voorbeelden van de verzachtende verschoningsgronden en kijken of ze van betekenis kunnen zijn voor sadomasochisten.

### 4.2.1. Minderjarigheid

De algemene verschoningsgrond van de jeugdige leeftijd van de dader vinden we terug in artikel 12 Strafwetboek. Levenslange opsluiting of levenslange hechtenis kan niet worden uitgesproken ten aanzien van een persoon die op het tijdstip van de misdaad de volle leeftijd van achttien jaar nog niet bereikt had. Het is de enige algemene verschoningsgrond die van toepassing is op alle misdrijven waarop de levenslange opsluiting of de levenslange hechtenis staat.

Om twee redenen is de algemene verschoningsgrond van de minderjarigheid niet van nut voor sadomasochistische gedragingen. Een eerste evidente reden is dat opzettelijke slagen en verwondingen al niet met levenslange opsluiting of levenslange hechtenis bestraft worden. Bovendien is de voorwaarde voor deze verschoningsgrond net dat de dader een jeugdige leeftijd moet hebben. Dit druist totaal in tegen de basisprincipes van sadomasochisme, dat alleen maar rechtsgeldig zou mogen kunnen plaats vinden tussen twee instemmende volwassenen.

---

<sup>248</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 395.

#### 4.2.2. Uitlokking of provocatie

In het strafwetboek worden twee gevallen van uitlokking voorzien die, wanneer zij tot doodslag of slagen en verwondingen hebben geleid, aanleiding kunnen geven tot strafvermindering. Het gaat meerbepaald om zware gewelddaden tegen personen<sup>249</sup> en om inbraak overdag<sup>250</sup>.

In tegenstelling tot de algemene verschoningsgrond van minderjarigheid is deze verschoningsgrond specifiek. Hij kan enkel worden aangevoerd ter verschoning van doodslag of opzettelijke slagen en verwondingen. In andere gevallen zou de rechter uitlokking enkel als een verzachtende omstandigheid in aanmerking kunnen nemen.

In artikel 412 Strafwetboek lezen we een vermoeden van provocatie in een inbraak die plaats vindt overdag. Waar het een rechtvaardigingsgrond uitmaakt als de inbraak 's nachts gebeurt, wordt het een verschoningsgrond indien deze overdag geschiedt. De wetgever is er namelijk van uitgegaan dat de situatie overdag minder gevaarlijk is en dat men dan sneller op hulp van derden en de overheid zal kunnen rekenen.<sup>251</sup>

Artikel 411 Strafwetboek stelt dat doodslag, verwondingen en slagen verschoonbaar zijn indien zij onmiddellijk uitgelokt zijn door zware gewelddaden tegen personen. Een eerste voorwaarde die we hier kunnen uit afleiden is dat het vereist is dat het misdrijf onmiddellijk zou volgen op de daad waardoor het werd uitgelokt. De verschoonbare handelingen moeten geheel onder invloed van de uitgelokte emoties zijn gesteld.<sup>252</sup> Men zou dus kunnen aanvoeren dat moord niet met deze voorwaarden verzoenbaar is omdat deze altijd met voorbedachten rade gepleegd wordt, anders spreekt men namelijk van doodslag. En deze voorbedachte rade impliceert nu net dat er tijd is verlopen tussen het opvatten van het plan om de moord te plegen en de effectieve uitvoering van dit plan. Toch lijkt de rechtspraak te aanvaarden dat ook moord verschoonbaar is, namelijk wanneer ze werd geconditioneerd door een uitgelokte psychologische beïnvloeding.<sup>253</sup>

---

<sup>249</sup> Artikel 411 Strafwetboek.

<sup>250</sup> Artikel 412 Strafwetboek.

<sup>251</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 397.

<sup>252</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 240.

<sup>253</sup> Cass. 15 maart 1897, *Pas.* 1897, I, 116.



Naast de voorwaarde van de onmiddellijkheid zijn er nog enkele voorwaarden te onderscheiden. Zo moet het geweld gericht zijn tegen personen. Dit is in de eerste plaats tegen de verschoonbare dader zelf, maar ook tegen anderen op voorwaarde dat een hevige verontwaardiging in hoofde van de verschoonbare dader aannemelijk is. Geweld tegen zaken en dieren kan niet volstaan.<sup>254</sup>

Volgens een derde voorwaarde moet het geweld wederrechtelijk zijn. Wanneer de persoon die het geweld pleegt in staat van noodweer handelde of het geweld uitgaat van een openbaar ambtenaar die wettig optreedt of die optreedt naar aanleiding van een rechtmatig overheidsbevel, is dit dus niet het geval.<sup>255</sup>

De laatste en waarschijnlijk tevens belangrijkste voorwaarde is dat het moet gaan om ernstig geweld. Deze voorwaarde wordt echter door de rechtspraak soepel geïnterpreteerd, zo kan moreel geweld zoals brutale beledigingen of kwetsende vernederingen en pesterijen voldoende zijn. Om deze voorwaarde te kunnen beoordelen moet de rechter dus een subjectief criterium hanteren. De verschoning berust op de morele dwang die de dader heeft ondergaan op het ogenblik van de feiten. Doorslaggevend is dan ook niet de materiële hevigheid van de uitlokkingsdaad, maar de hevigheid van de reactie die zij heeft veroorzaakt.<sup>256</sup>

Deze verschoningsgrond heeft op het eerste zicht al iets meer aanknopingspunten met het sadomasochisme. Het moet namelijk gaan om opzettelijke slagen en verwondingen. We zouden de toepassingsvoorwaarden van de ernstige gewelddaden tegen personen kunnen gaan overlopen om te zien of sadomasochistische gedragingen kunnen verschoond worden door artikel 411 Strafwetboek. Wanneer we echter kijken naar de eerste voorwaarde, namelijk die van de onmiddellijkheid, voelen we meteen al dat we klem komen te zitten. Volgens die voorwaarde moet het misdrijf onmiddellijk volgen op de daad waardoor het werd uitgelokt. Het grote probleem is natuurlijk dat sadomasochisme geen reactie is op een daad van ernstig geweld. De pijnigingen en de vernederingen die worden toegebracht tijdens het sadomasochistische spel zullen meestal maar van één kant komen, namelijk van de dominus, en zij zullen ook maar worden geprojecteerd op één persoon, namelijk de onderdanige. Er is dus niet de nodige interactie tussen de beide partijen.

---

<sup>254</sup> H. FRANSEN, "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 192.

<sup>255</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 397.

<sup>256</sup> Cass. 9 maart 1896, *Pas.* 1896, I, 125.

De gedragingen komen niet voort als reactie op een daad van geweld, maar in tegendeel komen zij voort uit een onderlinge verstandhouding waarin beide partijen de gedragingen gewild en misschien zelfs gevraagd hebben. Bijgevolg kan zelfs de soepele interpretatie van de rechtspraak met betrekking tot het morele geweld geen soelaas bieden. Het heeft geen nut om de verdere voorwaarden nog te overlopen, door het feit dat sadomasochisme niet het gevolg is van uitlokking of provocatie kan zij ook nooit verschoond worden op deze gronden.

#### 4.2.3. besluit

Ook de strafverminderende of verzachtende verschoningsgronden lijken dus geen soelaas te bieden voor sadomasochisten. Noch de verschoningsgrond van de jeugdige leeftijd, noch die van de uitlokking of de provocatie zal kunnen verhinderen dat SM-beoefenaars geen straf oplopen naar aanleiding van de opzettelijke slagen en verwondingen die zij toegebracht hebben tijdens het SM-spel.

#### 4.3. Een nieuwe verschoningsgrond voor sadomasochisme

Daar de bestaande verschoningsgronden niet van toepassing kunnen zijn voor sadomasochisten, rijst de vraag of er een nieuwe verschoningsgrond in de wet zou kunnen ingeschreven worden.

Men zou kunnen een nieuw artikel in het Strafwetboek invoegen dat bepaalt dat de daders van opzettelijke slagen en verwondingen niet gestraft worden indien de slagen en verwondingen toegebracht werden tijdens het sadomasochistische spel en indien er aan bepaalde voorwaarden werd voldaan.

Een eerste voorwaarde vormt natuurlijk de instemming. De sadomasochistische activiteiten moeten plaats vinden tussen twee instemmende volwassenen. Die toestemming moet vanzelfsprekend aan de gewoonlijke geldigheidsvoorwaarden voldoen. Zo moet zij op ondubbelzinnige wijze gebeuren, moet zij op een weloverwogen en geïnformeerde wijze gebeuren en moet het om een volwaardige toestemming gaan. Dit houdt in dat degene die zijn of haar toestemming verleent niet onder invloed mag zijn van alcohol of andere verdovende middelen.

Het niet onder invloed zijn van alcohol of andere verdovende middelen tijdens het sadomasochistische spel zou de tweede voorwaarde moeten vormen. Het zou misschien onnuttig kunnen lijken om deze voorwaarde in te voegen, daar zij eerder een preventieve werking heeft en moet verhinderen dat de zaken uit de hand zouden kunnen lopen, terwijl ze dan uiteindelijk pas na de gedraging zou gecontroleerd worden, namelijk op het ogenblik dat de beklaagden voor de rechtbank verschijnen. Toch heeft het ook zijn voordelen om een dergelijke voorwaarde in te schrijven. Ten eerste wordt het zo duidelijk voor iedereen die zich aan sadomasochisme wil gaan wagen dat het belangrijk is om bij volle bewustzijn te zijn terwijl pijnigingen aan een menselijk lichaam worden toegebracht. De wetgever geeft op deze manier een duidelijk signaal over hoe ernstig hij deze voorwaarde opneemt. Bovendien kunnen sadomasochisten die zich niet aan deze voorwaarde houden daarvoor gestraft worden. Het niet voldaan zijn van deze voorwaarde, net zoals van iedere andere voorwaarde, zou er immers toe leiden dat de verschoningsgrond niet kan toegepast worden.

Ook een veiligheidsvoorwaarde zou van kracht moeten zijn. Dit houdt in dat de sadomasochistische activiteiten moeten plaats vinden volgens de regels van de kunst. De veiligheid van de beoefenaars moet op de eerste plaats komen en deze moet dan ook zo goed mogelijk gegarandeerd worden. Door onzorgvuldig gedrag zou men kunnen besluiten dat aan deze veiligheidsvoorwaarde niet voldaan werd. Deze voorwaarde impliceert ook dat al te extreme vormen van SM niet kunnen verschoond worden. Extreme vormen waarbij ernstige verwondingen toegebracht worden die leiden tot permanente letsels, zijn niet verzoenbaar met een dergelijke veiligheidsvoorwaarde.

Tenslotte moet er altijd gewerkt worden met een stopwoord. We zouden kunnen stellen dat dit deels samenhangt met de veiligheids- en de toestemmingsvoorwaarde. Sadomasochisten die zich niet langer goed voelen met wat er gebeurt tijdens het SM-spel moeten dit kunnen duidelijk maken en er moet dan ook onmiddellijk gevolg gegeven worden aan hun wens om de gedragingen te beëindigen. Het feit dat men een stopwoord zou genegeerd hebben, zou er dan ook kunnen toe leiden dat men zich niet kan beroepen op de verschoningsgrond en dat men dus toch bestraft wordt voor opzettelijke slagen en verwondingen.

Een nieuwe verschoningsgrond lijkt dus op het eerste zicht geen slechte oplossing. Het zou een beleidsoverweging kunnen zijn binnen de rechtbank om lichte vormen van SM die aan de hierboven gestelde voorwaarden voldoen niet strafwaardig te achten en hier door middel van een nieuwe verschoningsgrond uiting aan te geven. Negatief ten opzichte van de rechtvaardigingsgrond is wel dat het misdrijf op zich nog steeds blijft bestaan. Dit kan misschien vooral sadomasochisten zelf tegen de borst stoten daar zij er van overtuigd zijn dat SM geen misdrijf is. Toch lijkt dit zeker een plausibele mogelijkheid die de essentie van het probleem, namelijk de bestraffing van sadomasochisten, wegneemt zonder dat er vrij spel geboden wordt om de fysieke integriteit tot in het extreme te gaan aantasten.

## 5. Verzachtende omstandigheden

Verzachtende omstandigheden zijn feitelijke gegevens die verband houden met het gepleegde misdrijf of met de persoon van de dader en die de rechter in staat stellen om een lagere dan de wettelijk bepaalde minimumstraf op te leggen.<sup>257</sup> Ze zijn dus niet bij de wet bepaald, wat het essentiële verschil vormt met de strafverminderende verschoningsgronden<sup>258</sup>, maar ze worden op onaantastbare wijze door de rechter over de grond van de zaak beoordeeld.<sup>259</sup>

De verzachtende omstandigheden zijn facultatief, wat tot gevolg heeft dat de rechter er rekening kan mee houden, maar daartoe helemaal niet verplicht is.<sup>260</sup> Dit vormt dan weer het onderscheid met de rechtvaardigings- en de schulditsluitingsgronden en tevens met de verschoningsgronden, die, eens zij bewezen zijn, door de rechter moeten toegepast worden. Zodra de rechter echter aanneemt dat een bepaalde omstandigheid een verzachtende omstandigheid uitmaakt, mag hij niet meer de maximumstraf uitspreken want dan zou hij zichzelf tegenspreken. Hij moet de straf dan ook effectief enigermate verminderen.<sup>261</sup>

Verzachtende omstandigheden zijn, zoals de schulditsluitingsgronden, persoonlijk. Dit heeft tot gevolg dat zij enkel op de persoon van de dader kunnen slaan en geen weerslag zullen hebben op mededaders en medeplichtigen<sup>262</sup>. Het feit dat de rechter voor de ene beklaagde een welbepaalde verzachtende omstandigheid in aanmerking neemt, verplicht hem dan ook niet dit te doen voor de andere beklaagde.

Door de wet op de verzachtende omstandigheden<sup>263</sup> kunnen de verzachtende omstandigheden ook reeds door het openbaar ministerie en door de onderzoeksrechtsmachten, namelijk de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling, in aanmerking worden genomen.

---

<sup>257</sup> R. DECLERCQ, "Verzachtende omstandigheden en correctionalisatie", *T.Strafr.* 2009, afl. 5, 247.

<sup>258</sup> Artikel 78 Strafwetboek.

<sup>259</sup> H. FRANSEN, "Verzachtende omstandigheden" in X., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, V184/05-V184/08, 203.

<sup>260</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 248.

<sup>261</sup> Cass. 14 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, afl. 3, 408; *Pas.* 2001, afl.3, 404.

<sup>262</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 248.

<sup>263</sup> Wet 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, *B.S.* 5 oktober 1867.

De verzachtende omstandigheden zijn toepasselijk op alle misdaden, ook deze die in bijzondere wetten omschreven zijn. Ze zijn daarnaast van toepassing op de wanbedrijven in het Strafwetboek en op de buiten het Strafwetboek vermelde wanbedrijven, maar slechts voor zover de bijzondere wet het bepaalt.<sup>264</sup>

De rechtsfiguur van de verzachtende omstandigheden is de dag van vandaag helemaal uitgehold. Het aannemen van de verzachtende omstandigheden is praktisch een automatisme geworden. Hierdoor hebben ze inhoudelijk veel van hun oorspronkelijke betekenis verloren. De hierboven besproken wet van 4 oktober 1867<sup>265</sup> is deze ontwikkeling niet ten goede gekomen.

Bij het bestuderen van de constructie van de verzachtende omstandigheden wordt meteen duidelijk dat zij geen geschikt antwoord kunnen vormen op de rechtsvraag van deze masterproef. Het is niet dat een rechter bij een concrete zaak over sadomasochisme geen verzachtende omstandigheden zou kunnen aannemen. Integendeel, we zouden al allerlei verzachtende omstandigheden kunnen terug vinden in de voorwaarden die we in het vorige hoofdstuk stelden voor de totstandkoming van een nieuwe verschoningsgrond.<sup>266</sup> Zo zou de rechter bijvoorbeeld het gebruik van een stopwoord kunnen in aanmerking nemen. Ook het feit dat de sadomasochistische betrekkingen met de volle toestemming van de beide partijen hebben plaatsgevonden, zou een verzachtende omstandigheid kunnen uitmaken. Of nog bepaalde veiligheidsmaatregelen die werden genomen, enzovoort. Het ontbreken van aanleidingen voor verzachtende omstandigheden hoeft dus niet het probleem te vormen, hoewel dit natuurlijk in concrete zaken zal afhangen van de beklaagden zelf. Wat daarentegen wel het probleem vormt is dat de verzachtende omstandigheden alleen maar kunnen leiden tot een strafvermindering en nooit tot een strafuitsluiting. Bovendien is een rechter niet verplicht om deze verzachtende omstandigheden aan te nemen en om er gevolgen aan toe te kennen.

De verzachtende omstandigheden zien als een oplossing voor de strafbaarheid van sadomasochisme zou dus verkeerd zijn. Sadomasochisten zouden er ten eerste nooit echt kunnen op vertrouwen dat de verzachtende omstandigheden aanvaard worden gezien zij afhangen van de discretionaire beoordeling van de rechter, daarbij zouden zij, zelfs als ze aanvaard worden, nog geen ideale uitkomst met zich kunnen mee brengen. Zij zouden door het inroepen van verzachtende omstandigheden immers nooit een straf volledig kunnen ontlopen.

---

<sup>264</sup> R. DECLERCQ, "Verzachtende omstandigheden en correctionalisatie", *T.Strafr.* 2009, afl. 5, 247.

<sup>265</sup> Wet 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden, *B.S.* 5 oktober 1867.

## 6. Schulduitsluitingsgronden

Vooraleer we ons richten op de schulduitsluitingsgronden is het van belang om een goede notie te hebben van wat het schuldbegrip precies inhoudt. Dit begrip is echter niet zo makkelijk te definiëren. Nergens wordt in de wetgeving bepaald wat men nu precies onder strafrechtelijke verantwoordelijkheid moet verstaan.

### 6.1. het schuldbegrip

Het strafwetboek van 1867 erkent een schuldstrafrecht. Dit houdt in dat de strafrechtelijke schuld de mogelijkheidsvoorwaarde en de legitiematiegrond van de straf zal vormen. Slechts als men schuldig is, zal men gestraft worden en men wordt gestraft juist omdat men schuldig is. zowel de fundering van het recht op bestraffing als de begrenzing van dit recht ligt in het strafrechtelijke schuldbegrip. Dit principe van het Belgische schuldstrafrecht kan verwoord worden in het adagium '*nullum crimen sine culpa*'.<sup>267</sup>

Men zal vooreerst moeten schuldbekwaam zijn. Hieronder worden verstaan de interne eigenschappen van een persoon opdat hij strafrechtelijke schuld zou kunnen hebben. Enerzijds gaat het om bepaalde verstandelijke vermogens om de draagwijdte en het eventueel strafbaar karakter van zijn daden te kunnen beseffen, anderzijds betreft het de nodige wilsvrijheid om zelf zijn daden te kunnen bepalen.<sup>268</sup>

Het begrip strafrechtelijke verantwoordelijkheid kan in twee verschillende betekenissen worden bekeken. Enerzijds is er de enge betekenis, deze verwijst naar de psychologische relatie tussen dader en daad. De schuld vormt dan eigenlijk het morele element van het misdrijf en kan worden gelijk gesteld met het opzet.<sup>269</sup> Volgens sommigen moet het morele constitutieve element echter worden losgekoppeld van schuld in de zin van verwijtbaarheid. Het gevolg hiervan is dat schulduitsluitingsgronden de opzet of de onachtzaamheid in de regel niet gaan uitsluiten. Zij krijgen dan als het ware een zelfstandige functie.<sup>270</sup>

---

<sup>267</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 380.

<sup>268</sup> S. VERVERKEN, "De beoordeling van het moreel element van misdrijven bij rechtspersonen", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 1, 175-176.

<sup>269</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 254-255.

<sup>270</sup> A. JEURISSEN, "het morele element in hoofde van de geestesgestoorde delinquent", *N.C.* 2011, 132.

Anderzijds is er de bredere betekenis, in deze betekenis gaan ook de schulduitsluitingsgronden een rol spelen. Het morele element vormt als het ware de positieve voorwaarde want de vereiste schuldvorm moet aanwezig zijn. Het afwezig zijn van enige schulduitsluitingsgrond maakt de negatieve voorwaarde uit, er mogen geen omstandigheden zijn die de schuld van de dader uitsluiten. Om aan de brede betekenis van het begrip strafrechtelijke voorwaarde te voldoen, zal zowel de positieve als de negatieve voorwaarde moeten vervuld zijn.<sup>271</sup>

De volgende vraag die we ons nu vanzelfsprekend moeten gaan stellen, is wat bedoeld wordt met het morele element. Het schuldbegrip is namelijk afhankelijk van de opvatting over het morele element. Volgens Jeurissen zijn er drie hypothesen inzake de schuldvorm te onderscheiden. In de eerste hypothese heeft de dader zowel de gedraging als de gevolgen ervan gewild. In dit geval spreekt men van opzet. In een tweede hypothese heeft de dader de gedraging wel gewild, maar niet de gevolgen ervan. De dader heeft dan gehandeld uit onachtzaamheid. Tenslotte kan een dader een bepaalde gedraging gewild hebben, zonder de gevolgen gewild te hebben maar zonder ook deze gevolgen te kunnen hebben voorzien.<sup>272</sup>

Er kan dus een onderscheid gemaakt worden tussen het opzet en de onachtzaamheid. Opzet kan omschreven worden als de wil om iets te doen wat door de strafwet verboden is of om iets na te laten wat door de strafwet gedogen is. De rechtspraak definieert het opzet als de doelgerichte wil de gedraging te stellen die de wet verbiedt.<sup>273</sup> Het impliceert dus zowel een kennis- als een wils-element. Het kenniselement impliceert dat de dader zich ervan bewust is dat zijn gedraging een inbreuk uitmaakt op de strafwet. Het vermoeden dat iedereen de wet kent, speelt hierbij een belangrijke rol. Het wils-element veronderstelt dat de dader zijn handeling gewild heeft en dat hij effectief de bedoeling had om die bepaalde daad te stellen.<sup>274</sup> De dader moet het misdrijf wetens en willens begaan. Voor misdaden en wanbedrijven uit het Strafwetboek wordt het opzet steeds vereist, ook al staat het niet expliciet in de wet. Overtredingen daarentegen eisen slechts opzet als de wet het expliciet vereist.<sup>275</sup>

---

<sup>271</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 255.

<sup>272</sup> A. JEURISSEN, "het morele element in hoofde van de geestesgestoorde delinquent", *N.C.* 2011, 136.

<sup>273</sup> Cass. 16 oktober 1973, *Pas.* 1974, I, 177.

<sup>274</sup> S. VERVERKEN, "De beoordeling van het moreel element van misdrijven bij rechtspersonen", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 1, 176.

<sup>275</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 274.



Dit algemeen opzet zal echter niet voor alle misdrijven volstaan. Sommige misdrijven vereisen namelijk een bijzonder opzet. De dader heeft het misdrijf niet enkel wetens en willens begaan, er is daarenboven nog een bijzondere beweegreden. Dit bijzonder opzet kan bijvoorbeeld bestaan uit een bedrieglijk opzet of uit het oogmerk om te schaden. Het bijzonder opzet zal blijken uit de aard van het misdrijf of uit de delictsomschrijving. Er wordt enkel rekening gehouden met de door wetgever geachte relevante beweegreden, een ander subjectief inzicht doet er niet toe. Uitzonderlijk wordt er vereist dat de dader bij het plegen van het misdrijf een bepaalde beweegreden heeft, dan spreekt men van het gans bijzonder opzet.<sup>276</sup>

Bij onopzettelijke misdrijven zal het morele bestanddeel de vorm van de onachtzaamheid aannemen. De dader zal de gedraging wel vrijwillig stellen, maar wou de gevolgen, rechtstreeks dan wel onrechtstreeks, niet veroorzaken. Het is uit gebrek aan voorzorg en voorzichtigheid dat hij de strafwet overtreedt. Het gebrek aan voorzichtigheid houdt in dat de dader zich niet realiseerde wat de gevolgen van zijn handeling zouden zijn, hoewel hij ze kon en moest voorzien te vermijden. Een gebrek aan voorzorg veronderstelt dan weer dat de dader er niet voor gezorgd heeft dat de nadelige gevolgen van zijn handeling niet konden optreden.<sup>277</sup> De fout bestaat er dus in dat hij deze gevolgen, hoewel niet gewild, wel moest kunnen voorzien en belet hebben.<sup>278</sup> Niet elke strafrechtelijke waarde geniet echter van dergelijke bescherming. Enkel het leven en de fysieke integriteit worden namelijk op deze wijze beschermd. Zij worden immers beschermd tegen opzettelijke en onopzettelijke misdrijven, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de eigendom die enkel wordt beschermd tegen opzettelijke misdrijven.<sup>279</sup>

Met betrekking tot het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen, waar de sadomasochisten schuldig aan bevonden worden, moeten we enkel gaan kijken naar het opzet. De onachtzaamheid zal hier geen rol kunnen spelen daar deze enkel voorkomt bij onopzettelijke misdrijven. Noch uit de delictsomschrijving van opzettelijke slagen en verwondingen, noch uit de aard van het misdrijf kunnen we afleiden dat er een bijzonder opzet zou voorhanden zijn.

---

<sup>276</sup> A. JEURISSEN, "het morele element in hoofde van de geestesgestoorde delinquent", *N.C.* 2011, 136-137.

<sup>277</sup> S. VERVERKEN, "De beoordeling van het moreel element van misdrijven bij rechtspersonen", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 1, 176.

<sup>278</sup> A. JEURISSEN, "het morele element in hoofde van de geestesgestoorde delinquent", *N.C.* 2011, 137.

<sup>279</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 274.

Was dit er wel geweest, bijvoorbeeld een bijzonder opzet in de vorm van het oogmerk om te schaden, gingen sadomasochisten al een heel stuk moeilijker kunnen veroordeeld worden. Want deze intentie om schade toe te brengen, zal meestal niet aanwezig zijn. Zij handelen niet vanuit de drijfveer om elkaar zo veel mogelijk pijn of een andere vorm van schade toe te brengen, zij willen elkaar daarentegen zo veel mogelijk genot en plezier doen beleven, al is dat dan door middel van een ervaring waarvan de meerderheid van de bevolking niet kan inzien hoe deze tot voldoening kan leiden.

Het feit dat er dus geen bijzonder opzet af te leiden valt, brengt ons tot de conclusie dat er enkel een algemeen opzet vereist is. Het volstaat dus dat de feiten wetens en willens gepleegd worden. Dit algemeen opzet zal vanzelfsprekend altijd aanwezig zijn bij sadomasochistische gedragingen. De verboden gedragingen zijn volledig gewild, zelfs door diegene die de verboden gedragingen ondergaat (al zal dit geen invloed uitmaken op het figuur van het opzet). Bovendien is de dader op de hoogte van de feitelijke omstandigheden waardoor de gedraging een misdrijf uitmaakt en weet dat zijn gedraging een inbreuk op de strafwet uitmaakt. In een van de eerste zaken omtrent sadomasochisme in België werd nog aanvaard dat dit algemeen opzet niet aanwezig was aangezien de beklaagden niet op de hoogte waren van de wederrechtelijkheid van hun gedragingen.<sup>280</sup> Mijn inziens is deze bewering van onwetendheid echter vandaag de dag niet langer te verdedigen vanwege de ruchtbaarheid en de overvloedige media-aandacht die besteed werd de laatste decennia aan de zaak over de SM-rechter en aan sadomasochisme in het algemeen.

---

<sup>280</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 262, noot P. ARNOU.

## 6.2. Schulduitsluitingsgronden

Schulduitsluitingsgronden zijn omstandigheden die de mogelijkheid van het schuldverwijt ontkrachten, hetzij wegens het ontbreken van psychofysische vaardigheden tot normconform gedrag, hetzij wegens omstandigheden waardoor een gepast gebruik van deze vaardigheden op dergelijke indringende wijze verstoord of verhinderd werd, dat de redelijkheid gebiedt het schuldverwijt achterwege te laten.<sup>281</sup>

Het zijn dus omstandigheden die meebrengen dat het misdrijf niet aan de dader kan worden verweten of die met andere woorden de schuld van de dader wegnemen. Het gepleegde feit zal niet gerechtvaardigd worden zoals bij de rechtvaardigingsgronden. Schulduitsluitingsgronden laten het misdrijf bestaan maar zij verontschuldigen enkel de dader omwille van de subjectieve toestand waarin hij zich bevond toen hij het feit pleegde.<sup>282</sup>

Men onderscheidt de gronden van niet-toerekenbaarheid van de gronden van niet-toerekeningsvatbaarheid. In het eerste geval is er geen schuldverwijt omdat de gedraging medebepaald werd door incidentele omstandigheden. Het vermogen van de dader werd zodanig verstoord door omstandigheden buiten zijn wil dat hij niet anders kon handelen dan hij gehandeld heeft. Tot deze categorie behoren de schulduitsluitingsgronden van de overmacht of dwang en de onoverwinnelijke dwaling. Bij de gronden van niet-toerekeningsvatbaarheid of schuldonbekwaamheid daarentegen zal er geen grondslag zijn voor bestraffing wegens het ontbreken van de strafrechtelijke schuldbequaamheid of toerekeningsvatbaarheid. Een dergelijke schuldbequaamheid kan ontbreken bij bepaalde vormen van geestesstoornis en wordt geacht afwezig te zijn in geval van strafrechtelijke minderjarigheid.<sup>283</sup> Op deze laatste categorie wordt niet dieper ingegaan daar deze vormen van schuldonbekwaamheid geen belang vertonen voor sadomasochisten in het bijzonder.

---

<sup>281</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 70.

<sup>282</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 292.

<sup>283</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 71.

### 6.2.1. Dwang of overmacht

Er is geen misdrijf wanneer de beschuldigde of de beklaagde op het tijdstip van de feiten leed aan een geestesstoornis die zijn oordeelsvermogen of de controle over zijn daden heeft tenietgedaan of ernstig heeft aangetast, of wanneer hij gedwongen werd door een macht die hij niet heeft kunnen weerstaan.<sup>284</sup> Het veronderstelt dus dat de dader, wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil, in de onmogelijkheid was een strafrechtelijk verboden handeling te vermijden of een strafrechtelijk geboden handeling te stellen. De dwang heeft betrekking op het wilselement in het strafrechtelijke schuldconcept. De wilsvrijheid van de dader werd dermate aangetast dat het misdrijf hem niet meer kan worden verweten.

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de fysieke en de morele dwang. De fysieke dwang bestaat uit een onweerstaanbare fysieke kracht die rechtstreeks wordt uitgeoefend op het lichaam waardoor de dader tot het misdrijf werd gebracht. De morele dwang is het gevolg van de psychische bedreiging met een ernstig, onrechtmatig en onmiddellijk gevaar, dat enkel kan worden vermeden door een misdrijf te plegen.<sup>285</sup> De schulditsluitingsgrond van dwang en overmacht kan ingeroepen worden voor alle misdrijven, zelfs voor de onopzettelijke misdrijven.<sup>286</sup>

Opdat een dader zich op een schulditsluitingsgrond zou kunnen beroepen, moet voldaan zijn aan enkele toepassingsvoorwaarden. Een eerste voorwaarde stelt dat de dwang onweerstaanbaar moet zijn. De dader mag geen andere mogelijkheid gehad hebben dan het misdrijf te plegen. Het volstaat dus niet dat de dader moeilijkheden ondervond om de wet na te leven.<sup>287</sup> De beoordeling van deze voorwaarde is een feitenkwestie. De rechter zal steeds moeten nagaan, of in de concrete omstandigheden van de zaak, de dader het misdrijf had kunnen vermijden.<sup>288</sup>

---

<sup>284</sup> Artikel 71 Strafwetboek.

<sup>285</sup> A. JEURISSEN, "het morele element in hoofde van de geestesgestoorde delinquent", *N.C.* 2011, 143.

<sup>286</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 72.

<sup>287</sup> Cass. 22 december 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 560; *Bull.* 1982, 548; *Pas.* 1982, I, 548.

<sup>288</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 294.

Volgens de tweede voorwaarde moet de wil van de dader volledig uitgeschakeld zijn. De vrije wil moet volledig vernietigd of uitgeschakeld geweest zijn, een loutere verzwakking van de wilsvrijheid is onvoldoende. De schulduitsluitingsgrond zal bijgevolg niet kunnen toegepast worden in de gevallen van doelbewuste wetsovertreding zoals burgerlijke ongehoorzaamheid. Dit zijn namelijk bewuste wilsuitingen waarbij er geen probleem bestaat omtrent de wilsvrijheid van de dader.<sup>289</sup> Ook deze beoordeling is een feitenkwestie.

De laatste voorwaarde stelt dat de dwang niet aan de dader mag te wijten zijn. Eigen schuld in de vorm van een eigen aandeel in de overmachtsituatie waarin het delict is gepleegd, zal niet aanvaard worden bij een beroep op de schulduitsluitingsgrond. De Hullu spreekt in dat geval van *culpa in causa* of de afwezigheid van een voorafgaandelijke fout.<sup>290</sup> Vanwege deze voorafgaandelijke fout kan men zich het nut gaan afvragen van de toepassing van deze schulduitsluitingsgrond voor onachtzaamheidsmisdrijven. Doorgaans zal de onachtzaamheid, namelijk het gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid, namelijk samenvallen met de voorafgaandelijke fout.<sup>291</sup>

### 6.2.2. Dwaling of onwetendheid

Deze schulduitsluitingsgrond is niet expliciet in het Strafwetboek terug te vinden. De dwaling heeft betrekking op het kenniselement in het strafrechtelijke schuldbegrip. Men beschikt immers wel over het nodige kennisvermogen en de vrijheid om een gedraging te willen.<sup>292</sup> Dwaling wordt gelijkgesteld met onwetendheid. Dwaling veronderstelt een verkeerd begrip, onwetendheid veronderstelt de totale afwezigheid van elk begrip omtrent de feiten of de strafbaarheid van de gedraging. Zij hebben echter dezelfde consequenties, waardoor een verder onderscheid niet nodig is.<sup>293</sup>

Men maakt een onderscheid tussen de feitelijke dwaling en de rechtsdwaling. Bij de feitelijke dwaling is er een misvatting omtrent de feiten die tot de strafbaarstelling kan leiden, terwijl men wel weet heeft van de strafbaarstelling op zich.

---

<sup>289</sup> Mil. Ger. 13 mei 1981, *Rev. Dr. Pén.* 1982, 174 en Mil. Ger. 24 september 1981, *Rev. Dr. Pén.* 1982, 172.

<sup>290</sup> J. DE HULLU, "de invloed van eigen schuld op de beoordeling van strafuitsluitingsgronden" in L. DUPONT en F. VERBRUGGEN (eds), *Strafrecht als roeping: liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire pers, 2005, 43.

<sup>291</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 297.

<sup>292</sup> A. JEURISSEN, "het morele element in hoofde van de geestesgestoorde delinquent", *N.C.* 2011, 144.

<sup>293</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 299.

Bij rechtsdwaling heeft men geen weet van de strafbaarheid van een bepaalde gedraging.<sup>294</sup> Vroeger werd de rechtsdwaling niet aanvaard omwille van het principe dat iedereen geacht is de wet te kennen. In 1946 veranderde de rechtspraak echter haar kijk hier op.<sup>295</sup> De regeling met betrekking tot deze twee soorten van dwaling is dezelfde. Deze schulduitsluitingsgrond wordt algemeen aanvaard voor alle misdrijven.

Ook met betrekking tot de dwaling moeten enkele toepassingsvoorwaarden nageleefd worden. Zo moet de dwaling onoverwinnelijk zijn opdat zij tot strafuitsluiting zou kunnen leiden.<sup>296</sup> De dwaling mag niet aan de dader kunnen worden verweten. De loutere goede trouw zal dan ook niet volstaan om een dwaling op te leveren.<sup>297</sup> Om deze voorwaarde te beoordelen maakt men toepassing van het criterium van de gemiddelde, redelijke en vooruitziende persoon. Men gaat dus onderzoeken of eenieder redelijkerwijze, in dezelfde omstandigheden, het misdrijf zou hebben gepleegd.<sup>298</sup> Er wordt hier dus een objectief criterium gehanteerd, in tegenstelling tot het subjectieve criterium dat bij dwang wordt aangewend.

De tweede voorwaarde bepaalt dat de dwaling moet slaan op een constitutief element van het misdrijf. Dwaling betreffende bijkomstige omstandigheden zal dus geen schulduitsluitingsgrond kunnen opleveren.<sup>299</sup>

### 6.2.3. Besluit

De dwang en de dwaling als schulduitsluitingsgronden vertonen geen rechtstreeks belang met betrekking tot het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen zoals dit voortkomt uit sadomasochistische activiteiten. De schulduitsluitingsgronden zullen namelijk ontstaan uit de omstandigheden die met het misdrijf gepaard gaan. Er kan dus pas *in concreto* met betrekking tot bepaalde feiten in een bepaalde zaak beslist worden of zij tot straffeloosheid zullen kunnen leiden. Toch kunnen we al inzien dat de schulduitsluitingsgronden moeilijk toepassing zullen kunnen vinden naar aanleiding van een sadomasochistische gedraging.

---

<sup>294</sup> A. JEURISSEN, "het morele element in hoofde van de geestesgestoorde delinquent", *N.C.* 2011, 144.

<sup>295</sup> Cass. 10 juli 1946, *Pas.* 1946, I, 293.

<sup>296</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 2007, 75.

<sup>297</sup> Cass. 8 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 37; *Bull.* 1983,33; *Pas.* 1983, I, 33.

<sup>298</sup> Cass. 29 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 480; *Bull.* 1998, 509; *J.L.M.B.* 1999, 231.

<sup>299</sup> C. VAN DEN WYNGAERT, *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 304.

Vooraf dwang zal moeilijk te verdedigen zijn wanneer sadomasochisten zich voor het gerecht moeten komen verantwoorden voor hun gedragingen. Het lijkt namelijk moeilijk te bepleiten dat men de gedragingen gesteld heeft vanuit een onweerstaanbare drang. Sadomasochisme stoelt net op het principe dat het gebeurt tussen twee instemmende volwassenen die beiden de gedragingen volledig gewild hebben. Men kan bezwaarlijk gaan aanvoeren dat de lust een onweerstaanbare dwang vormde en de dader bijgevolg niet anders kon dan de pijnigingen in het kader van het SM-spel toe te dienen. Gezien de eerste toepassingsvoorwaarde dus al niet vervuld raakt, lijkt het amper haalbaar de rechter te kunnen overtuigen om deze schulduitsluitingsgrond toe te passen.

Met betrekking tot de dwaling was het in de jaren negentig nog een ander verhaal. In 1997 aanvaardde het Hof van Beroep te Gent namelijk nog dat de beklaagden die terecht stonden voor slagen en verwondingen in het kader van sadomasochisme onwetend waren over het feit dat hun activiteiten strafbaar waren. Het Gentse Hof oordeelt dat de lichte vormen van fysisch geweld die toegebracht werden in het kader van het sadomasochistische spel niet strafbaar zijn als opzettelijke slagen omdat het daartoe vereiste opzet ontbreekt.<sup>300</sup> Het Hof doet dus, zonder het met zoveel woorden te zeggen, een beroep op de rechtsdwaling als strafuitsluitingsgrond.

Deze uitspraak is volgens P. Arnou op zijn minst betwistbaar. Zoals we hierboven al stelden is een van de voorwaarden voor dwaling dat zij onoverwinnelijk is. Elk normaal redelijk en voorzichtig mens zou in dezelfde omstandigheden de dwaling ook hebben begaan. De goede trouw volstaat niet en het is bijgevolg niet voldoende dat de betrokkene in een concreet geval niet wist dat hij de wet overtrad. Volgens Arnou is het dan ook verre van zeker dat ieder normaal redelijke en voorzichtige mens, weze het in het liefdesspel, bij het toedienen van zweepslagen, het doorprikken met naalden van de huid of het toedienen van elektroshocks, in de mening zou geweest zijn daarmee niet de strafwet te overtreden.<sup>301</sup> Mijn inziens is de uitspraak van het Hof van Beroep inderdaad enigszins omstreden, maar het lijkt me dat het in die tijd wel mogelijk was dat mensen effectief niet wisten dat hun handelingen wederrechtelijk waren, vooral omdat zij met de toestemming van de beide partijen plaats vonden.

---

<sup>300</sup> Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 262, noot P. ARNOU.

<sup>301</sup> P. ARNOU, "somasochisme: wel ontucht, geen slagen?" (noot onder Gent 23 september 1997), *A.J.T.* 1997-98, 263.

Vandaag lijkt die stelling mij echter al een heel stuk minder verdedigbaar. Na alle media-aandacht en zelfs een verfilming<sup>302</sup> over het onderwerp moet een normaal redelijk en voorzichtig mens toch wel op de hoogte zijn van de wederrechtelijkheid van sadomasochistische gedragingen. Waar er vroeger dus een mogelijkheid bestond dat de dwaling als schulduitsluitingsgrond zou aanvaard worden, is die er heden ten dage naar mijn mening niet meer. Ook de dwaling zal dus geen meerwaarde kunnen betekenen voor sadomasochisten.

---

<sup>302</sup> “SM-rechter”: verfilming van het waargebeurde verhaal van voormalig Mechelse strafrechter Koen Arousseau en zijn vrouw Magda Wolters van der Wey.



## 7. Zelfregulering

Na het onderzoeken van allerlei rechtsfiguren zoals de wet, rechtvaardigingsgronden, verschoningsgronden, verzachtende omstandigheden en schulduitsluitingsgronden moeten we besluiten dat de mogelijkheden niet overlopen. We kunnen ons dan ook afvragen of een strafrechtelijke regeling wel de beste optie is. Is het met betrekking tot bepaalde zaken niet beter om het te laten aan zij die er het meest van weten en om hen zelf een systeem te laten uitbouwen waarin het onaanvaardbare van het aanvaardbare wordt onderscheiden en daar eventueel een bestraffing aan gekoppeld wordt?

### 7.1. Begrip

Zelfregulering impliceert dat de betreffende sector zelf kwaliteitsstandaarden ontwikkelt of zich vrijwillig aan bestaande onderwerpt, die gebaseerd zijn op een brede consensus binnen die sector.<sup>303</sup> Het is een verzamelbegrip voor particuliere regelgeving en het geldt voor de betrokken groep als een vorm van recht. Van Driel omschrijft het als niet-statelijke regels die al dan niet in samenwerking met anderen worden vastgesteld door degenen voor wie de regels bestemd zijn respectievelijk hun vertegenwoordigers, en waarbij het toezicht op de naleving mede door deze groepen wordt uitgeoefend.<sup>304</sup>

Zelfregulering is een van de nieuwe instrumenten van het wetgevingsbeleid en met dit instrument wordt een grotere rol toebedeeld aan de private actoren.<sup>305</sup> Een van de meest courante voorbeelden dat we heden ten dage terug vinden van zelfregulering is dat van de journalistiek. Daar bestaat een instantie voor de zelfregulering van journalistieke deontologie. Deze zelfregulering is deels ingegeven door de opvatting dat zelfregulering de meest aangewezen vorm is voor de regulering van journalistiek omwille van de speciale taak en functie van de journalist in de maatschappij, en deels door het verbod op inmenging door de overheid in de vrijheid van meningsuiting in artikel 10 EVRM.<sup>306</sup>

---

<sup>303</sup> G. VERMEULEN (ed.), *EU quality standards in support of the fight against trafficking in human beings and sexual exploitation of children : exploratory study of the potential and feasibility of self-regulation of public-private co-operation*, Antwerpen, Maklu, 2007, 75.

<sup>304</sup> M. VAN DRIEL, *zelfregulering: hoog opspelen of thuisblijven*, Deventer, Kluwer, 1989, 2.

<sup>305</sup> P. POPELIER, "betere regelgeving: vijf uitdagingen voor juristenkwaliteit van wetgeving", *R.W.* 2011-2012, nr. 1, 33.

<sup>306</sup> E. LIEVENS, "bye-bye journalistieke zelfregulering?", *Auteurs en media* 2009, nr. 6., 658.

Een dergelijke verdediging kan ook opgaan voor sadomasochisme. We zouden enerzijds kunnen aanvoeren dat zelfregulering de meest aangewezen vorm is voor de regulering van sadomasochisme omwille van de delicate materie die zij uitmaakt en de moeilijke aanvaarding ervan door de maatschappij. Anderzijds kunnen we ook argumenteren dat zelfregulering de meest aangewezen vorm is voor de regulering van sadomasochisme omwille van het recht op privacy en het bijkomende verbod op inmenging door de overheid in artikel 8 EVRM. Bovendien moet het gezegd dat niemand beter dan SM-beoefenaars zelf de regels kunnen opstellen met betrekking tot hun activiteiten en beoordelen wanneer er te ver wordt gegaan.

Algemeen is in Vlaanderen een tendens waar te nemen naar dergelijke vormen van regulering. Hoewel de overheid in de eerste plaats nog naar klassieke wetgeving grijpt, maakt het denken in alternatieven stilaan ook deel uit van het federale maar vooral van het Vlaamse beleid. De RIA-handleiding<sup>307</sup> geeft zelfs als richtlijn om vooraf te onderzoeken of een alternatieve vorm van regulering mogelijk is in plaats van dwingende overheidsregulering. Het kan dan gaan om gedragscodes, labels, audits enzovoort. Het grootste probleem dat zich stelt met betrekking tot zelfregulering is de beperkte afdwingbaarheid. De democratische en rechtstatelijke garanties die van kracht zijn bij de traditionele vormen van regulering, bieden immers geen bescherming aan een systeem van zelfregulering.<sup>308</sup>

Het systeem van zelfregulering kan echter ook vele voordelen bieden. Ten eerste zal er een samenwerking ontstaan met de SM-beoefenaars zelf. Zij zullen zelf de regels kunnen opstellen waaraan moet voldaan zijn. Dit betekent meteen dat de regels zullen opgesteld worden vanuit een zo groot mogelijke expertise. Daarnaast heeft dit ook tot gevolg dat de regels makkelijker zullen nageleefd worden. De nalevingsbereidheid voor eigen regels is namelijk meestal beduidend groter dan voor regels die door een externe instantie worden opgelegd. Nog een ander voordeel is de mogelijkheid van snelle vaststelling en wijziging van regels. Zoals hierboven al eens voorzichtig aangehaald zijn er echter ook enkele negatieve punten. Zo is er de moeilijkheid tot handhaven van de regels en de regels zullen alleen gelden voor diegenen die ze willen onderschrijven.

---

<sup>307</sup> Richtlijnen voor de opmaak van een reguleringssimpactanalyse, zie website dienst wetsmatiging: [www.vlaanderen.be/wetsmatiging](http://www.vlaanderen.be/wetsmatiging).

<sup>308</sup> P. POPELIER, "betere regelgeving: vijf uitdagingen voor juristenkwaliteit van wetgeving", *R.W.* 2011-2012, nr. 1, 33.

## 7.2. Zelfregulering door middel van kwaliteitslabels

Het is niet de bedoeling om in deze masterproef een perfect op punt gesteld systeem van zelfregulering voor te stellen. Er zal echter wel ruw geschetst worden hoe een dergelijke regeling zou kunnen benaderd worden zodat de voor-, de nadelen en de haalbaarheid aan het licht komen. De denkwijze die hier naar voren gebracht zal worden, is dus niet de enige mogelijke denkwijze, maar slechts een voorbeeld van hoe een dergelijk systeem georganiseerd zou kunnen worden.

Een manier van zelfregulering die interessant lijkt in het licht van deze masterproef, is het werken met kwaliteitslabels. In dat systeem wordt een soort van label verleend aan organisaties, clubs, dienstverleners enzovoort wanneer zij zelf of hun leden, klanten enzovoort zich houden aan de vooropgestelde regels. In een dergelijk systeem is het belangrijk dat voldoende ruchtbaarheid en bekendheid wordt gegeven aan de labels zodat mensen op de hoogte zijn van hun betekenis. We zouden het als het ware kunnen vergelijken met de slagerij die het label van keurslager draagt of de bakker die het label van warme bakker toegekend krijgt.

De labels kunnen zowel een expressie vormen van een morele toewijding alsook kunnen zij functioneren als een instrument om de gaten in de wetgeving op te vullen.<sup>309</sup> Deze laatste motivering is hier zeker aan de orde. Met betrekking tot sadomasochisme kunnen we toch wel stellen dat er een lacune in de wetgeving aanwezig is en een systeem van kwaliteitslabels zou dit mogelijks kunnen opvullen.

Hoe zou dit systeem van kwaliteitslabels nu concreet in zijn werk kunnen gaan? Een manier om deze te integreren in de SM-wereld, zou kunnen zijn door een samenwerking aan te gaan met de SM-clubs. Hier komt al meteen een eerste vereiste aan het licht. Opdat een dergelijk systeem zou kunnen werken, moet er vanuit het SM-milieu zelf een brede interesse voor een dergelijke samenwerking komen. Wanneer de SM-clubs deze samenwerking massaal afwijzen, heeft deze aanpak al geen kans op slagen.

---

<sup>309</sup> G. VERMEULEN (ed.), *EU quality standards in support of the fight against trafficking in human beings and sexual exploitation of children : exploratory study of the potential and feasibility of self-regulation of public-private co-operation*, Antwerpen, Maklu, 2007, 281.

Er nu van uitgaande dat de meerderheid van de SM-clubs en SM-beoefenaars wel bereid is om mee te gaan in het idee van de kwaliteitslabels, kunnen we een lijst gaan opstellen met regels waaraan de betrokken clubs moeten voldoen. Het gaat als het ware om een code of conduct, een soort van gedragscode die zij zelf en ook hun leden ondertekenen. Eerst gaan we even na welke vereisten allemaal in deze code of conduct zouden kunnen opgenomen worden.

We beginnen bij het begin, namelijk bij het binnentreden van een SM-club. De eerste vereiste waar we dan kunnen aan denken, is de leeftijdsvoorwaarde. Enkel personen die reeds de leeftijd van volwassenheid bereikt hebben, mogen de club betreden. Dit heeft tot gevolg en stelt meteen ook de bijkomende voorwaarde dat wie de club wil betreden, zich moet identificeren. Een mogelijke optie voor clubs zou zijn om te werken met lidkaarten. Op die manier zouden uitbaters steeds op de hoogte zijn wie allemaal aanwezig is in de club. Bovendien is dit ook een goede manier om de naleving van de regels te verzekeren. Wanneer men nieuwe leden toelaat, zou men kunnen vereisen dat deze contractueel moeten verklaren dat zij het clubreglement zullen eerbiedigen, vooraleer zij het lidmaatschap kunnen verkrijgen. Wanneer zij dit dan niet doen, kunnen ze hen ook meteen bestraffen door het lidmaatschap weer in te trekken. Het clubreglement zou moeten bestaan uit de vereisten die hier opgesomd worden. Als men met een dergelijk systeem van lidmaatschap werkt, moet men er wel voor zorgen dat er voldoende toegang gewaarborgd wordt voor nieuwe leden en dat er geen discriminerende aanpak ontstaat.

Wanneer leden effectief willen overgaan tot sadomasochistische activiteiten, stellen zich opnieuw enkele vereisten. De eerste en wellicht de belangrijkste is deze van de toestemming<sup>310</sup>. Binnen de club kunnen en mogen enkel sadomasochistische activiteiten beoefend worden tussen instemmende volwassenen. Deze toestemming moet voldoen aan enkele geldigheidsvoorwaarden. Ten eerste moet zij volledig vrijwillig tot stand gekomen zijn. Daarbij moet het gaan om een geïnformeerde toestemming. Partners moeten dus elkaars wensen en limieten kennen en op voorhand afspraken maken zodat zij redelijkerwijs kunnen weten wat er komen gaat. Hiermee gaat ook samen dat de toestemming vooraf moet gebeuren en dat deze veruitwendigd moet worden.

---

<sup>310</sup> Cf. supra, "Toestemming".

Tenslotte moeten de verschillende partijen bekwaam zijn om hun instemming te verlenen. Dit houdt in dat zij enerzijds meerderjarig moeten zijn, wat sowieso al een voorwaarde moet vormen om de club te mogen betreden. Anderzijds heeft dit ook betrekking op hun geestestoestand. Zij moeten de verstandelijke vermogens bezitten om een dergelijke toestemming te kunnen verlenen. Het heeft echter ook tot gevolg dat personen die reeds zwaar beschonken zijn of onder invloed zijn van andere toxicerende middelen, geen geldige toestemming kunnen verlenen.

Een tweede vereiste die zou kunnen van toepassing zijn, is er een van hygiëne. De SM-beoefenaars moeten hun lichaamshygiëne verzorgen en zo veel als mogelijk maatregelen nemen om seksueel overdraagbare ziektes te voorkomen. Zo zouden, wanneer de SM-spelletjes gepaard gaan met geslachtsgemeenschap, de deelnemers verplicht moeten worden om voldoende voorbehoud- en beschermingsmiddelen te gebruiken. Niet alleen de leden, maar ook de club zelf moet natuurlijk aan bepaalde hygiënevereisten voldoen.

Ook de veiligheid moet een belangrijke plaats innemen binnen die voorwaarden. De leden moeten verklaren dat zij hun activiteiten zullen uitoefenen volgens de regels van de kunst en dus geen gedragingen zullen ondernemen die, wegens hun onorthodoxe uitoefening, grote risico's kunnen inhouden. Voor wie nieuw is in het wereldje kan daarom voorzien worden in een soort van opleiding of bijstand binnen de club. Het voordeel van de uitoefening in clubverband is dat er steeds sociale controle is en dat er altijd hulp en bijstand is voor het geval er toch iets mocht mislopen. De veiligheidsvereiste houdt ook in dat extreme vormen van SM niet kunnen toegelaten worden. Vormen waarbij zware, langdurige verwondingen worden toegebracht die blijvende littekens of schade kunnen opleveren, mogen niet getolereerd worden. Nog in het kader van deze voorwaarde moet op voorhand een stopwoord afgesproken worden. Wanneer het stopwoord wordt uitgesproken is men verplicht alle activiteiten, op zijn minst tijdelijk, stil te leggen. Het niet naleven van het stopwoord is een zware schending van het clubreglement en zou moeten bestraft worden met het intrekken van het lidmaatschap of, indien men zonder leden werkt, met het verbieden van de toegang tot de club. In het licht van de veiligheidsvoorwaarde zouden ten slotte geen alcoholische dranken of andere verdovende middelen mogen gebruikt worden. Tijdens het bedrijven van SM moet men helder van geest zijn om te vermijden dat er ongelukken zouden gebeuren.

Een laatste vereiste waar de clubs zich zouden moeten aanhouden, is dat er geen illegale vormen van prostitutie mogen plaats vinden binnen hun lokalen.

De vereisten die hier opgesomd werden, zijn de belangrijkste en meest courante. Vanzelfsprekend zouden nog bijkomende voorwaarden kunnen gesteld worden. Een overleg met partijen uit het milieu is hiertoe zeker aan te raden. Zij zullen de pijnpunten kunnen bloot leggen en wijzen op eventuele tekortkomingen.

SM-clubs die een dergelijk reglement zouden onderschrijven en zo goed als mogelijk de naleving ervan, zowel door henzelf als door hun leden, garanderen, komen dan in aanmerking om het kwaliteitslabel te verkrijgen.

De vaststelling komt boven drijven dat, opdat een dergelijk systeem zou werken, men voldoende op de hoogte moet zijn van de kwaliteitslabels en hun impact en betekenis. Wanneer zo goed als niemand weet heeft van de kwaliteitslabels en waar zij voor staan, is het vanzelfsprekend dat zij niet veel zullen uithalen. Het is de bedoeling dat de kwaliteitslabels in de SM-wereld danig bekend worden dat de zichzelf- en zijn partnerrespecterende SM-liefhebber alleen wil vertoeven in de clubs die een kwaliteitslabel toegekend gekregen hebben. Zoals een huisvrouw verkiest om naar de slager met het label van keurslager te gaan om de beste kwaliteit van vlees te krijgen, moet de SM-liefhebber verkiezen om naar clubs te gaan die het kwaliteitslabel verkregen hebben.

Om dit doel te bereiken, zal er een zeker voordeel moeten vasthangen aan het label, naast de goede naam die het met zich meebrengt. Zo zou de overheid bijvoorbeeld kunnen het beleid vooropstellen sdomasochisten die hun activiteiten uitoefenen binnen de clubs met kwaliteitslabel en die zich aan het betreffende clubreglement houden niet te vervolgen wegens opzettelijke slagen en verwondingen. Een dergelijk voordeel is ook nodig opdat het hele systeem zou werken. Het zou geen enkel nut hebben om een volledig systeem van zelfregulering uit te bouwen wanneer de overheid naar eigen willekeur dan toch nog zou kunnen beslissen om te gaan vervolgen. Deze toegeving van de overheid kan dan natuurlijk alleen maar van toepassing zijn voor gedragingen die binnen de club gesteld worden. Leden die buiten de club ook aan SM doen zijn dan vanzelfsprekend niet beschermd.

Het wordt dus duidelijk dat een zekere samenwerking met de overheid niet te vermijden valt. Men spreekt in dat geval van een tweezijdige vorm van zelfregulering.<sup>311</sup>

---

<sup>311</sup> M. VAN DRIEL, *zelfregulering: hoog opspelen of thuisblijven*, Deventer, Kluwer, 1989, 83.

De vraag stelt zich natuurlijk wie zal zorgen voor de toekenning en de controle van de kwaliteitslabels. Hier zijn verschillende opties mogelijk. Men zou een overheidsinstantie kunnen aanduiden die dan de bevoegdheid zou verkrijgen om de kwaliteitslabels toe te staan, de naleving van de vereisten te controleren, en indien nodig de labels weer in te trekken. Men zou ook een nieuw orgaan in het leven kunnen roepen voor deze bevoegdheid, die bestaat uit actoren uit het milieu zelf. Het voordeel is dat zij de nodige expertise met betrekking tot de materie bezitten, men zou zich anderzijds wel kunnen afvragen of dergelijke personen niet vooringenomen zullen zijn en niet sneller een oogje zullen toeknippen.

Zoals reeds aangegeven moeten de labels ook weer ingetrokken kunnen worden. Het is niet omdat een club het kwaliteitslabel verkregen heeft, dat zij safe zitten. Er zal dus voldoende controle moeten zijn opdat men een blijvende inspanning zou leveren om de vereisten na te leven. Er moet ook een sanctiemechanisme ingebouwd worden voor wanneer dit niet het geval zou zijn. Men zou eerst kunnen werken met een waarschuwing en wanneer deze niet opgevolgd wordt, met de intrekking van het label.

Tenslotte moet dan ook nog nagedacht worden over een instantie die eventuele geschillen kan beslechten. Men zou hiervoor ofwel een beroep kunnen doen op de traditionele rechtbanken ofwel een aparte geschilleninstantie in het leven roepen die zich enkel met bedoelde geschillen bezig houdt.

### 7.3. Besluit

De optie voor zelfregulering door middel van kwaliteitslabels lijkt helemaal geen verkeerd idee. Zij voelt minder strikt aan dan een wettelijke regeling, wat in het milieu van sadomasochisme zeker een voordeel kan zijn. De betrokken personen zullen allicht liever een regeling naleven die zij zelf mogen hebben helpen uitbouwen, dan een regeling die zij zomaar opgelegd krijgen en die opgesteld is door leken. Tegelijk biedt zij toch het voordeel dat er een zekere vorm van controle behouden blijft voor de overheid. Ook voor de liefhebbers van sadomasochisme zal zij het voordeel bieden dat zij niet langer vervolgd kunnen worden wanneer zij zich aan de voorwaarden houden. Hiermee komt ook het pijnpunt echter boven drijven. Deze regeling kan alleen bescherming bieden aan sadomasochisten die hun activiteiten willen uitoefenen in clubverband. Koppels die hun bezigheden liever privé houden, zullen geen beroep kunnen doen op deze bescherming. Men zou dan wel weer kunnen opwerpen dat dergelijke koppels minder snel kunnen 'betrap't worden gezien het gering aantal personen die weet hebben van hun voorliefde voor SM en dat zij dan ook minder kans lopen veroordeeld te worden en bijgevolg minder nood hebben aan bescherming. Ondanks dit minpunt lijkt het systeem voldoende voordelen te bieden om het als een effectieve mogelijkheid te beschouwen.



## Besluit

Het doel van deze masterproef was het vinden van een goede regeling voor sadomasochisme. Een regeling, al dan niet strafrechtelijk, die ervoor zorgt dat sadomasochisten die hun boekje niet te buiten gaan, niet langer gestraft kunnen worden voor hun seksuele voorkeur.

Vooraleer een dergelijke regeling kan geconstrueerd worden, moet er duidelijkheid zijn omtrent wat sadomasochisme juist inhoudt. Een sluitende, allesomvattende definitie bleek echter niet zo makkelijk te vinden. Dit is zowel te wijten aan het feit dat er een zeer grote diversiteit bestaat als aan het feit dat de SM-liefhebbers hier meestal zelf niet mee te koop lopen en er bijgevolg een waas van mysterie over heen hangt. Een definitie die wel het bestuderen waard was, was deze van het Hof van Cassatie. Volgens de rechters van Cassatie is SM *een vorm van seksualiteitsbeleving waarbij, voor of tijdens de seksuele bevrediging, bewust en gewild door de ene partner lichamelijke vernederingen en pijnigingen worden toegebracht aan de andere partner die daarmee instemt of er zelfs om verzoekt.*<sup>312</sup>

Vervolgens werd de belangrijkste rechtspraak met betrekking tot sadomasochisme van de laatste decennia overlopen. Hier konden enkele belangrijke conclusies uit getrokken worden, die later nog van belang zouden blijken. Zo maakten zowel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>313</sup> als het Hof van Beroep van Antwerpen<sup>314</sup> en het Hof van Cassatie<sup>315</sup> duidelijk dat de toestemming geen rechtvaardigingsgrond kon uitmaken.

Het uitdiepen van het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen maakte duidelijk dat enkel een algemeen opzet vereist is. Dit heeft tot gevolg dat wanneer het materiële element, namelijk de gedraging, en het morele element, zijnde het wetens en willens plegen van de gedraging, aanwezig zijn, men strafbaar is. Het feit dat geen bijzonder opzet vereist is, speelt zeker in het nadeel van sadomasochisten, aangezien zij geen intentie hebben om elkaar te schaden. Zij proberen elkaar enkel een zo groot mogelijk genot toe te brengen door pijnigingen en vernederingen.

---

<sup>312</sup>Cass. 6 januari 1998, Arr. Cass. 1998, nr. 3, R.W., 1998-99, 290, Rev. Dr. Pén. 1999, 562, noot A. De Nauw.

<sup>313</sup>E.H.R.M. 17 februari 2005, K.A. en A.D./België, <http://cmiskp.echr.coe.int>, §55.

<sup>314</sup>Antwerpen 30 september 1997, R.W. 1997-98, 749.

<sup>315</sup>Cass. 6 januari 1998, Arr. Cass. 1998, nr. 3, R.W., 1998-99, 290, Rev. Dr. Pén. 1999, 562, noot A. De Nauw.

Na de context rond sadomasochisme en het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen duidelijk gemaakt te hebben, kon de zoektocht naar een goede regeling van start gaan. Een eerste evidente optie was een wet. Gelijkaardig aan de wetten die er zijn voor piercings en tatoeages en euthanasie zou er ook voor sadomasochisme een wet kunnen opgesteld worden. In die wet zouden dan een heel aantal voorwaarden opgenomen worden waaraan moet voldaan zijn vooraleer het strafbare karakter van sadomasochisme zou kunnen ontnomen worden. Dit lijkt best een goede optie, al rijst wel de vraag of SM-liefhebbers hier zelf zo enthousiast over zullen zijn. Het is niet ondenkbaar dat zij een dergelijke wet een regelrechte aanslag op hun recht op privacy zullen vinden. Ook werpt de vraag zich op of de doorsnee burger klaar is voor een wet over SM.

Een tweede mogelijkheid waren de rechtvaardigingsgronden. Enkel het wettelijk voorschrift leek geschikt. Zoals er een uitzondering voorzien is voor heelkundige ingrepen en voor bepaalde sporters wiens gedragingen in principe slagen en verwondingen uitmaken, zou er ook een uitzondering kunnen voorzien worden voor sadomasochisme. Dit kan echter niet zomaar, er moet een tegennorm voorhanden zijn. Deze tegennorm zouden we ofwel kunnen terug vinden in het bestaande artikel 8 EVRM of er kan een nieuwe wet gemaakt worden zoals hierboven reeds besproken. Ondanks dat hier dezelfde tegenwerpingen als bij de wet kunnen naar voren geschoven worden, lijkt het wettelijk voorschrift bijzonder geschikt.

Daarna werd bestudeerd of de toestemming geen invloed kon uitmaken op de wederrechtelijkheid van sadomasochisme. Het probleem met de toestemming is dat zij volgens de rechtspraak geen rechtvaardigingsgrond kan uitmaken. Wel opvallend was dat het Hof van Beroep te Antwerpen aangaf dat de toestemming wel kon in aanmerking genomen worden bij de beoordeling van de strafwaardigheid en de straftoemeting.<sup>316</sup> Dit leek een opvallende uitspraak want bij verdere analyse leek deze uitspraak tot gevolg te hebben dat verschoningsgronden niet langer een wettelijk karakter vereisten, maar dat ook beleidsoverwegingen zouden kunnen in aanmerking genomen worden. De vraag blijft natuurlijk of het Hof danige implicaties zo bedoeld heeft.

---

<sup>316</sup> Antwerpen 30 september 1997, *R.W.* 1997-98, 750.

Dit zorgt voor de naadloze overstap naar de verschoningsgronden. Er is een onderscheid tussen de strafuitsluitende en de strafverminderende verschoningsgronden. Helaas blijken de bestaande verschoningsgronden van bijzonder weinig nut in deze masterproef. Dit betekent echter niet dat het hoofdstuk verschoningsgronden kan afgesloten worden. Men zou nog steeds kunnen een nieuwe verschoningsgrond in het leven roepen, afgestemd op sadomasochisten. Nadeel is dat de gedragingen als wederrechtelijk blijven bestaan, ze hebben enkel tot gevolg dat er niet langer een straf aan verbonden wordt. Er blijft op die manier dus wel een negatieve connotatie aan de gedraging vast hangen.

Daar de mogelijkheden binnen de bestaande rechtsfiguren niet overlopen, werd er ook nagegaan of er een mogelijkheid is om een vorm van zelfregulering uit te bouwen. Een mogelijk scenario waarin gewerkt wordt met kwaliteitslabels die aan SM-clubs kunnen toegekend worden wanneer zij bepaalde vereisten naleven, werd ruw geschetst en de voordelen en de nadelen ervan uitgemeten. Een dergelijk systeem lijkt zeker aan te raden. De betrokken partijen worden in het reguleringsproces betrokken waardoor zij makkelijker de regels zullen naleven. Nadeel lijkt te zijn dat alleen de sadomasochisten die hun activiteiten uitoefenen binnen een SM-club onder de regeling vallen.

Er blijken dus zeker wel enkele mogelijkheden voorhanden te zijn om sadomasochisme te gaan regelen. Ten eerste is er de mogelijkheid van het creëren van een nieuwe wet die dan als de tegennorm kan dienen in de constructie van het wettelijk voorschrift. Men zou ook een nieuwe verschoningsgrond in het leven kunnen roepen. Ten slotte zou men er voor kunnen kiezen om aan zelfregulering te doen en zodoende de betrokken actoren een systeem te laten uitbouwen waarbij zij zelf zorgen voor de totstandkoming van een aantal regels en voor de naleving van die regels.

# Bibliografie

## Wetgeving

Burgerlijk Wetboek.

Strafwetboek.

Wet 28 februari 1882, *B.S.* 3 maart 1882.

Wet 24 februari 1921 betreffende het verhandelen van gifstoffen, slaapmiddelen en verdovende middelen, psychotrope stoffen, ontsmettingsstoffen en antiseptica en van de stoffen die kunnen gebruikt worden voor de illegale vervaardiging van verdovende middelen en psychotrope stoffen, *B.S.* 6 maart 1921.

Wet 31 mei 1958 tot reglementering van de bokswedstrijden en –exhibities, *B.S.* 12 juni 1962.

Wet 28 mei 2002 betreffende euthanasie, *B.S.* 22 juni 2002.

KB nr. 78, 10 november 1967 nr. 78 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, *B.S.* 14 november 1967.

K.B. 25 november 2005 betreffende de reglementering van tatoeages en piercings, *B.S.* 12 juni 2007.

## Rechtspraak

E.H.R.M. 19 februari 1997, *Laskey, Jaggard and Brown / Verenigd Koninkrijk*, *Jaarboek mensenrechten* 1996-97, 277; *Rep.Eur.Court H.R.* 1997, I, 120; *Rev. Trim. DH* 1997, 733, noot LEVINET, M.

E.H.R.M. 17 februari 2005, *K.A. en A.D. / België*, <http://cmiskp.echr.coe.int>.

Cass. 9 maart 1896, *Pas.* 1896, I, 125.

Cass. 15 maart 1897, *Pas.* 1897, I, 116.

Cass. 28 november 1932, *Pas.* 1933, I, 31.

Cass. 13 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1203; *Bull.* 1987, 1061; *R.C.J.B.* 1989, 588, noot DE NAUW A.

Cass. 16 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993 191; *Bull.* 1993 177; *Pass.* 1993, I, 177; *Soc. Kron.* 1993, 105.

Cass. 27 februari 1933, *Pas.* 1933, I, 141.

Cass. 10 juli 1946, *Pas.* 1946, I, 293.

Cass. 22 december 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 560; *Bull.* 1982, 548; *Pas.* 1982, I, 548.

Cass. 8 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 37; *Bull.* 1983, 33; *Pas.* 1983, I, 33.

Cass. 12 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 952; *Rev. Dr. Pen.* 1984, 399.

Cass. 18 februari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 803 ; *Rev. Dr. Pén.* 1987, 689.

Cass. 29 maart 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 989; *Bull.* 1988, 910; *Pas.* 1988, I, 910.

Cass. 6 januari 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 10; *Bull.* 1998, 11; *Rev. Dr. Pén.* 1999, 562; noot DE NAUW, A.; *R.W.*, 1998-99, 290.

Cass. 29 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 480; *Bull.* 1998, 509; *J.L.M.B.* 1999, 231.

Cass. 14 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, afl. 3, 408; *Pas* 2001, afl. 3, 404.

Cass. 27 februari 2002, *Rev. Dr. Pén.* 2002, 956.

Gent 23 september 1997, *A.J.T.* 1997-98, 260-266, noot ARNOU, P.

Antwerpen 19 december 1986, *R.W.* 1987-88, 82, noot MERCKX, D.

Antwerpen 30 september 1997, *R.W.*, 1997-98, 749-750.

Corr. Brussel, 28 april 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 862.

Corr. Brussel 20 april 1999, *Journ. Proc.* 2000, afl. 393, 23, noot PREUMONT., M.

Corr. Gent 19 mei 1960, *J.T.* 1960, 576.

Mil. Ger. 13 mei 1981, *Rev. Dr. Pén.* 1982, 174.

Mil. Ger. 24 september 1981, *Rev. Dr. Pén.* 1982, 172.

## Boeken

BECKMANN A., *The social construction of sexuality and perversion: deconstructing sadomasochism*, University of Lincoln, Palgrave Macmillan, 2009, 262.

BEKAERT H., *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, Antwerpen, De Sikkel, 1958, 142.

BEKAERT H., *Handboek voor studie en praktijk van het Belgisch strafrecht*, Antwerpen, Ontwikkeling, 1965, 359.

COLLIN F., *Strafrecht*, Brussel, Larcier, 1948, 305.

DE NAUW A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 471.

DE NAUW A., *Het strafrecht bedreven: liber amicorum Alain De Nauw*, Brugge, Die Keure, 2011, 1012.

DE NAUW A., "opzettelijk doden, niet doodslag genoemd, en opzettelijk toebrengen van lichamelijke letsel", in *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 1997, O160/105- O160/234, 187-260.

DE NAUW A. en DERUYCK F., *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, Die Keure, 2003, 269.

DEWANDELEER D., "Art. 398 t/m 410 Sw. Opzettelijk doden, niet doodslag genoemd en opzettelijk toebrengen van lichamelijke letsel" in X., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2001, O 160/105- O 160/234, 187-234.

DIERICKX A., *toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 561.

DUPONT L. en VERBRUGGEN F. (eds), *Strafrecht als roeping: liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire pers, 2005, 1267.

EDMUNDSON M., *Nightmare on Main Street: angels, sadomasochism and the culture of gothic*, Cambridge, Harvard university press, 1997, 190.

FRANSEN H., "Rechtvaardiging", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2001, R65/14- R65/91, 280-357.

FRANSEN H., "Verschoning", in X., *Postal Memorialis. Lexicon Strafrecht, Strafvordering en bijzondere wetten*, Kluwer, 2002, V165/08- V165/21, 182-195.

FRANSEN H., "Verzachtende omstandigheden" in X., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, V184/05-V184/08, 203-206.

FRANSSEN V., VANHEULE J., VERBRUGGEN F., "Wie heeft het gedaan en wat daarmee gedaan? Sprokkelen in rechtspraak over strafbaarheid en bestrafing.", in Departement vorming en opleiding van de Orde van Advocaten van de Balie van Kortrijk, *Recente ontwikkelingen in het Strafrecht: vormingsprogramma 2008*, Brussel, Larcier, 2008, 378.

HALBERSTADT-FREUD H.C., *Het sadomasochisme: Proust en Freud*, Amsterdam, De arbeiderspers, 1977, 379.

HART L., *Between the body and the flesh: performing sadomasochism*, New York, Columbia University press, 1998, 269.

HENKIN W en HOLIDAY S., *Consensual sadomasochism: how to talk about it and how to do it safely*, San Francisco, Daedalus, 1996, 264.

LARGIER N., *In praise of the whip: a cultural history of arousal*, New York, Zone Books, 2007, 526.

LEGROS R., *Opzet*, Brussel, Larcier, 1959, 54.

LINDEN R., *Against Sadomasochism: a radical feminist analysis*, San Francisco, Frog in the Well, 1982, 212.

MOSER C. en MADESON J.J., *Bound to be free : the SM experience*, New York, Continuum, 1998, 209.

- NOVICK J. en NOVICK K., *Fearful symmetry: the development and treatment of sadomasochism*, London, Aronson, 1996, 416.
- ONGENA T., “Wettige verdediging of noodweer” in *Strafrecht en strafvordering: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, losbl., 32p.
- RAES K., *Liefde’s onrecht: het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 220.
- SCHAD-SOMERS S., *Sadomasochism: etiology and treatment*, London, Aronson, 1996, 300.
- SPENGLER A., *Sadomasochisten und ihre Subkulturen*, Frankfurt am Main, Campus, 1979, 128.
- TAELS J. (ed), *Over zichzelf beschikken: juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 628.
- THOMPSON B., *Sadomasochism: painful perversion or pleasurable play?* , London, Cassel, 1994, 279.
- VAN DEN WYNGAERT C., *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2006, 499.
- VAN DEN WYNGAERT C., *strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2006, 1317.
- VAN DRIEL M., *Zelfregulering: hoog opspelen of thuisblijven*, Deventer, Kluwer, 1989, 329.
- VERBRUGGEN F. en VERSTRAETEN R., *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen -Apeldoorn, Maklu, 2007, 305.
- VERHEYLESOONE A., “les causes de justification”, in X., *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 2011, Suppl. 26, 108.
- VERMEULEN G. (ed.), *EU quality standards in support of the fight against trafficking in human beings and sexual exploitation of children : exploratory study of the potential and feasibility of self-regulation of public-private co-operation*, Antwerpen, Maklu, 2007, 444.
- VERMEULEN G., *Privacy en strafrecht: nieuwe en grensoverschrijdende verkenningen*, Antwerpen, Maklu, 2007, 627.
- VISSER D., *Met genoeg minder nemen: aspecten van sado-masochisme*, Baarn, Anthos, 1986, 190.
- WEEKS J., *The languages of sexuality*, New York , Routledge, 2011, 247.
- WEINBERG T. S. en KAMEL G.W.L., *SandM Studies in sadomasochism*, University of California, Prometheus Books, 1983, 211.

## Tijdschriften

ARNOU P., "Het moreel bestanddeel van het misdrijf: oude en nieuwe wegen doorheen het moeras", *A.J.T.* 1999-2000, 25-32.

ARNOU P., "somasochisme: wel ontucht, geen slagen?" (noot onder Gent 23 september 1997), *A.J.T.* 1997-98, 263.

BORGERS M., "Het wettelijk sanctiestelsel en de straftoemingsvrijheid van de rechter", *T. Strafr.* 2005, afl. 2, 73-148.

BROUCKAERT H., "Taal en wetgeving", *T.v.W.* 2009, nr. 4, 335.

CORNELIS L., CLAEYS I., "Sport en aansprakelijkheid – een stand van zaken", *TBBR* 2003, afl. 8, 568-596.

CREYF K., "Herstel en bemiddeling in het strafrecht: een doekje voor het bloeden?", *Ad Rem* 2003, nr.3, 23-28.

DE BUSSEER E., "Wanneer is een verzwarende omstandigheid echt verzwarend?", *T. Strafr.* 2005, afl. 3, 210-211.

DE HERT P. en GUTWIRTH S., "Privacy, seksuele vrijheid en somasochisme", *Panopticon* 1998/4, 279-286.

DE HERT P. en GUTWIRTH S., "De seks is hard maar seks (dura sex sed sex). Het arrest K.A. en A.D. tegen België.", *Panopticon* 2005/3, 1-14.

DECLERCQ R., "Verzachtende omstandigheden en correctionalisatie", *T.Strafr.* 2009, afl. 5, 247-251.

DIERICKX A., "Borderliner duidelijk onbekwaam om toe te stemmen met seks?" (noot onder Antwerpen 29 juni 2004), *N.C.* 2007, nr. 1, 68-73.

DIERICKX A., "De strafrechtelijke benadering van somasochisme. Een commentaar naar aanleiding van het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 februari 2005 in de zaak K.A. en A.D./ België.", *T. Strafr.* 2005, 387-404.

FRANSEN V. en VAN DYCK S., "Let's stick together (c'mon c'mon): decumul enkel mogelijk bij gezamenlijke vervolging van natuurlijke persoon en rechtspersoon?" (noot onder Cass 22 juni 2011), *N.C.* 2011, nr. 6, 381.

GENICOT G., "Le somasochisme face à la liberté sexuelle et au droit au respect de la vie privée", *Rev. Trim. Dr. Fam.* 2000, nr. 2, 213-224.

GOFFIN T., "Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem.", *R.W.* 2007-2008, nr. 32, 1306-1317.

JEURISSEN A., "het morele element in hoofde van de geestesgestoorde delinquent", *N.C.* 2011, 127-178.

JULES S., "le consentement de la victime justifie-t-il les lésions corporelles?" , *Rev. dr. pén.*, 1933, n°5, 457-476.



KETELS B., "Cassatie verduidelijkt draagwijdte seksuele toestemming", *Juristenkrant* 2008, nr. 164, 3.

LANGENAKEN E., "à propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par delà le consentement des partenaires", *Rev. Dr. Pén.* 2003, nr. 4, 474-506.

LIEVENS E., "bye-bye journalistieke zelfregulering?", *Auteurs en media* 2009, nr. 6., 658.

MELIS B., "Kan men na de toestemming nog van verkrachting spreken? Eens ja, altijd ja!?", *RABG* 2005, nr. 16, 1536-1538.

POPELIER P., "betere regelgeving: vijf uitdagingen voor juristenkwaliteit van wetgeving", *R.W.* 2011-2012, nr. 1, 28-35.

SOTTIAUX S., "Recente ontwikkelingen in de Europese rechtspraak inzake seksuele betrekkingen: een gemiste kans?", *T.B.P.* 2001/6, 375-383.

TACK S. en BALTHAZAR T., "Patiëntenrechten - informed consent in de zorgsector: recente evoluties", *CABG* 2007, nr. 5, 1-100.

TAHON R., "le consentement de la victime (1)", *Rev. dr. pén.*, 1951-52, 323-342.

VAN DIJCK S. en VANANROYE J., "Het lot van de burgerlijke vordering bij toepassing van de strafuitsluitende verschoningsgrond uit artikel 5 2 Sw.", *T. Strafr.* 2004, afl. 3, 191.

VANDEBERGHE K., "Wettige verdediging en uitlokking: interferentie en verfijningen", *A.J.T.* 1999-2000, 176-178.

VERVERKEN S., "De beoordeling van het moreel element van misdrijven bij rechtspersonen", *Jura Falc.* 2009-2010, nr. 1, 173-214.