

PAUL DE HERT*
BJORN KETELS**

Toestemming en strafrecht

Een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven

Dierickx, A., Antwerpen, Intersentia, 2006, 561 p.

Wie dezer dagen een bioscoop betreedt, kan er haast niet naast kijken. Een grijzende, wat triest uitzierende man in magistratentoga, een dame in een weinig verhullend zwart latexpakje en een paar handboeien sieren menige in het oog springende filmaffiche. Goed tien jaar na datum werpt “SM Rechter” het beklijvende verhaal van Koen AUROUSSEAU en zijn echtgenote Magda op het witte doek. Wat te verwachten was, geschiedde: al geruime tijd voor de release ging de aandacht van de populaire media crescendo. Intussen heeft deze gedoodverfde kaskraker zelfs eigen profielen op sociale netwerksites zoals Facebook, Myspace en Netlog. In zijn nasleep verschijnen echter ook heel wat (lijvige) artikels waarin oudere achtergrondinformatie vanonder het stof wordt gehaald en terug in de actualiteit gekatapulteerd. Voor die hernieuwde aandacht lijkt een breed draagvlak te bestaan. Tot op vandaag blijft de juridische crux achter het filmscenario de gemoederen immers verhitten: wat is de rol van de toestemming in het strafrecht (zie bv. S. GUTWIRTH en P. DE HERT, “Seksueel masochisme is een mensenrecht”, *De Morgen* 3 maart 2009, 12). Dit is nu net het onderwerp van het proefschrift dat Ann DIERICKX in oktober 2005 aan de K.U.Leuven verdedigde. De handelseditie ervan verscheen in 2006 bij Intersentia. Hoog tijd dus voor een recensie in Panopticon.

De subtitel van het boek belooft de lezer een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven. Tegen de achtergrond van enkele wijzigingen in de strafrechtelijke benadering van gedragingen die raken aan de fysieke en seksuele integriteit en het leven, zoals daar zijn abortus, sado-masochisme, genitale vermindering en levensbeëindiging op verzoek, stelt de auteur zich meer bepaald de pertinente vraag of de traditionele voorstelling van de toestemming¹ overeind blijft dan wel of daarover binnen een strafrechtsdogmatische wetenschapcontext, in het licht van de bestaansvoorwaarden van strafbare feiten, op een andere manier dient gedacht. Haar antwoord is terug te vinden in de hoofdstukken twee tot en met acht.

In De ‘toestemming’ in het strafrecht (hoofdstuk twee) krijgen we een eerste exploratieve indruk van de theorievorming betreffende toestemming in het Belgisch strafrecht, of beter gezegd: van de armoede eraan. Ann DIERICKX vermeldt dan ook dat voor de opbouw van haar doctoraat vooral inspiratie werd geput uit de – relatief omstandige – Franse en Duitse theorievorming. De auteur onderscheidt vier strafrechtelijke contexten waarin de toestemming aan de orde is: de bestaansvoorwaarden van het misdrijf, de strafprocedure, de straftoemeting en de strafuitvoering. Vervolgens neemt zij voor

* Vrije Universiteit Brussel

** Universiteit Gent

1 T.t.z. de toestemming van de persoon ten aanzien van wie een gedraging wordt gesteld.

elk van de drie laatstgenoemde contexten enkele materiële en formele strafrechtelijke leerstukken onder de loep. Na terecht vastgesteld te hebben dat de toestemming blijkbaar geen eenduidige strafrechtelijke betekenis heeft, snijdt DIERICKX in dit hoofdstuk ook reeds de kernactiviteit van haar studie aan: de toestemming in het kader van de bestaansvoorwaarden van misdrijven. Vooral dit laatste onderdeel leest als een *teaser*. Aan de hand van prikkelende vragen worden op deze plaats immers de grondvesten gelegd voor de verdere analyse (de toestemming, de persoon die toestemt, het voorwerp van de toestemming en de betekenis ervan, zie p. 49 en volgende).

De wijzen waarop de 'toestemming' het bestaan van het misdrijf kan uitsluiten (hoofdstuk drie) bouwt daarop logisch verder. De eerste van de vier genoemde contexten staat hier centraal, met name de toestemming als brug tussen het niet strafbare en het strafbare. Doel van dit derde hoofdstuk is na te gaan op welke manieren het strafrechtelijk in aanmerking nemen van de toestemming van de persoon ten aanzien van wie een gedraging wordt gesteld tot gevolg kan hebben dat die gedraging (g)een strafbaar feit uitmaakt. De auteur bijt zich hier met andere woorden krachtig vast in de context van de bestaansvoorwaarden die in het voorgaande hoofdstuk al geëntameerd werd. Daartoe expliciteert zij eerst op welke rechtsdogmatische misdrijfconceptie haar studie is gevest. Na een gefundeerde keuze voor de zogenaamde Leuvense voorstellingwijze, volgt een overzicht van de vier constitutieve niveaus in de structuur van het strafbaar feit waarop de toestemming de strafrechtelijke benadering van een gedraging kan sturen. Gevolg aan minutieus onderzoek, waarvan getuige de stevige brok tekst, concludeert DIERICKX dat de aan- dan wel de afwezigheid van de toestemming van de persoon ten aanzien van wie een (aan de seksuele of fysieke integriteit of het leven rakende) gedraging wordt gesteld, zowel op het niveau van de delictsomschrijving, de wederrechtelijkheid, de schuld als de strafwaardigheid van de gedraging, rechtstreeks of onrechtstreeks tot de straffeloosheid van de gedraging *kan* leiden. Bij wijze van voorbeeld wijzen we hier op het niveau van de wederrechtelijkheid (p. 128-176). In dit verband vormt de zaak AUROUSSEAU een dankbare rode draad bij het belichten van de relevantie van de toestemming als rechtvaardigingsgrond. DIERICKX sluit de rechtvaardigende werking van de toestemming op zich niet uit maar gaat voornamelijk dieper in op de wettelijke toelating als rechtsfiguur waarbinnen de toestemming prima gedijt. Een laatste luikje is aan de noodtoestand gewijd, zij het veeleer als alternatief voor eerder omschreven rechtvaardigingsgronden dan als leerstuk met betrekking tot de toestemming. Het globale plaatje niet uit het oog verliezend, wijst de auteur ook herhaaldelijk op de relatie tussen de voornoemde niveaus (zie bv. p. 127 en 176).

Nu de toestemming van de persoon tot wie een gedraging is gericht in de misdrijfstructuur is gekaderd en vastgesteld werd dat deze niet altijd en overal wordt weerhouden bij het beoordelen van de strafbaarheid, zoomt DIERICKX in hoofdstuk vier (*Het in aanmerking nemen van de 'toestemming' bij de beoordeling van de bestaansvoorwaarden van het misdrijf*) in op de uit rechtspraak en doctrine op te vissen redenen voor het nu eens wel, dan weer niet in rekening brengen van die toestemming. De auteur checkt ook of deze redenen hun houdbaarheidsdatum niet voorbij zijn en gaat na of in casussen waarbij de toestemming strafrechtelijk wél een zekere rol te spelen heeft belang dient gehecht aan het constitutieve niveau in de structuur van het misdrijf waarop die toestemming opduikt. DIERICKX poneert dat de "veroorloovende ingesteldheid" (over dit begrip, zie *infra* nog) van de persoon ten aanzien van wie een gedraging wordt gesteld, slechts (mede) kan verhinderen dat deze gedraging een strafbaar feit uit-

maakt als het strafrecht die ingesteldheid in aanmerking neemt als een toestemming in het kader van de bestaansvoorwaarden van het misdrijf dat het gedrag zou kunnen uitmaken. Al snel blijkt dat zulks gekoppeld is aan de wijze waarop het statuut van het goed waaraan de bedoelde gedraging raakt (het rechtsgoed) strafrechtelijk te concipiëren valt, met name de strafrechtelijk beschermde openbare orde, goede zeden en algemeen belang enerzijds en het aan sommige strafbepalingen ten grondslag liggende (en bijgevolg specifiek door de wetgever verleende) zelfbepalingsrecht anderzijds. Zo illustreert de irrelevantie van de toestemming bij de genitale vermindering dat het recht op zelfbepaling *in casu* heeft moeten wichten voor het hogere rechtsgoed van de fysieke integriteit van de vrouw (zie p. 201).

Op naar het vijfde kapittel nu, waarin de verschillende vereisten om bij de beoordeling van de bestaansvoorwaarden van het misdrijf van een geldige toestemming te spreken, worden ontleed (*De geldige 'toestemming'*). Ter zake van handelingscontexten waarbij de veroorlopende ingesteldheid – in het licht van het voorgaande – strafrechtelijk in aanmerking kan worden genomen, dient deze inderdaad nog aan een aantal van de handelingscontext afhankelijkke condities te voldoen opdat de genoemde verdisconterering ook daadwerkelijk plaats zou kunnen vinden. In een extensief en goed genuanceerd betoog passeren vijf geldigheidsvoorwaarden voor de toestemming de revue: de vrijwilligheid, de geïnformeerde in hoofde van de persoon om wiens ingesteldheid het gaat, de vormelijke geldigheidsvoorwaarden en de temporele alsook de op de persoon ten aanzien van wie de gedraging wordt gesteld betrokken geldigheidsvoorwaarden. Wat opvalt is dat het strafrecht geen algemene leer heeft over de geldige toestemming. Zo is er een verschil in vormvoorwaarden tussen de toestemming bij seks en de toestemming bij euthanasie. In dit hoofdstuk komt ook een andere prangende kwestie aan bod, met name de vaststelling en het bewijs van de aan- dan wel afwezigheid van de geldige toestemming. Dit onderdeel lijkt ons ook voor de rechtspracticus van betekenis.

De analyse van de voornoemde geldigheidsvoorwaarden in relatie tot gedragingen die raken aan de lichamelijke en het leven, noopt DIERICKX er op het gebied van de toestemming toe het strafrecht van het levensfeitelijke te differentiëren. Hoofdstuk zes (*De 'toestemming': een constructie?*) gaat dan ook dieper in op het onderscheid tussen de toestemming als juridische categorie en de feitelijke veroorlopende ingesteldheid als categorie uit de belevingswereld. Doel is meer bepaald vast te stellen of de geldige toestemming als juridische categorie in het kader van de strafrechtelijke benadering van de bedoelde gedragingen op een adequate wijze is toegesneden op de dagdagelijkse realiteit (of de levensfeitelijke noden). Ann DIERICKX argumenteert dat een ingesteldheid zowel op het niveau van de belevingswerkelijkheid als op het strafrechtelijke echelon welbepaalde grenzen dient te overschrijden opdat ze als veroorlopende ingesteldheid respectievelijk geldige toestemming zou kunnen worden geëtiketteerd. Deze verschillen naargelang de handelingscontext en de feitelijke en strafrechtelijke grenzen moeten ook niet per se samenvallen. De geldige toestemming ontpopt zich eerst als een constructie wanneer de door het strafrecht getrokken geldigheidsgrenzen die van de belevingswereld overvleugelen (zie p. 467). Hoofdstuk zes bevat de meest kwetsbare bladzijden van het proefschrift. Het mobiliseert immers nieuwe terminologie en veel moeilijke bagage rond de eenvoudige vaststelling dat een toestemming in het dagelijkse leven nog geen geldige juridische toestemming vormt. Het recht is geen of is niet altijd een beschrijving van de realiteit.

Vanuit deze beide benaderingen van het rekening houden met de geldige toestemming rijst de finale vraag of er geen grenzen moeten worden gesteld aan de greep van de feitelijke toestemming op het recht en op het strafrecht. In het zevende hoofdstuk, *Het strafrechtelijk in aanmerking nemen van de 'toestemming' bij de beoordeling van de bestaansvoorwaarden van het misdrijf: carte blanche voor de particulier?*, tracht DIERICKX daarop een antwoord te formuleren. De toestemming is een strafrechtelijke constructie die in bepaalde gevallen tegemoetkomt aan de persoon tot wie een gedraging is gericht, met name als de aan- of afwezigheid van een veroorlopende ingesteldheid in zijn hoofde de strafrechtelijke benadering van de gedraging mede beïnvloedt. Voor DIERICKX gaat die tegemoetkoming niet te ver. Particulieren krijgen daardoor immers bezwaarlijk aanspraken op het stellen van die gedraging. Alleen wanneer met de afwezigheid van toestemming op zich rekening wordt gehouden op het niveau van de delictsomschrijving lijkt de persoon ten aanzien van wie de gedraging wordt gesteld (en om wiens ingesteldheid het dus gaat) door de bedoelde gedraging te veroorloven de strafrechtelijke benadering ervan volledig zelf te kunnen bepalen. Geen sprake dus van absolute vrijheid.

De auteur concludeert in hoofdstuk acht (*Algemeen besluit*) dat de traditionele voorstelling van het leerstuk van de toestemming aan het wankelen is gebracht. Middels de casus van de strafrechtelijke benadering van gedragingen die raken aan de fysieke integriteit en/of de seksuele integriteit en het leven, komt zij tot de vaststelling dat het klassieke concept van de toestemming te bot is en dus onvoldoende verfijnd voor een adequate strafrechtelijke afstemming op de maatschappelijke noden. Het heeft simpelweg te weinig oog voor de levensfeitelijke nuances en complexiteiten en er gaat ook onvoldoende aandacht uit naar de feitelijke en juridische contextuele bepaaldheid van de toestemming. Bijgevolg dient de handelingscontext opgekrikt. Bovendien wordt geopteerd voor de introductie van een nieuw begrip, de “veroorlopende ingesteldheid” (wat *de facto* neerkomt op de toestemming in het dagelijkse taalgebruik). Via dit begrip zou het mogelijk worden om meer recht te doen aan de voornoemde nuances en complexiteiten. Tevens laat het begrip toe toestemming voor te behouden voor die hypothesen waarin voldaan is aan alle juridische geldigheidsvoorwaarden.

De kracht van dit doctoraal proefschrift schuilt in de actualisering en scherpe demarcatie van (het quasi braakliggende terrein van) de toestemming. De strafrechtsdogmatiek is één standaardwerk rijker want dit lijkt inderdaad de eerste Belgische studie te zijn waarin voornoemd concept op een dergelijke onderbouwde, doorgedreven en geschaarste manier tegen het licht werd gehouden.

Op inhoudelijk vlak treden wij de grondidee dat het toestemmingsleerstuk anders kan worden gedacht volmondig bij. DIERICKX' poging om dit grondslagenrechtelijk in kaart te brengen, is dan ook allerminst terminologische spelerei. Nochtans kan de door haar geïntroduceerde en legio voordelen toegemeten “veroorlopende ingesteldheid” niet zonder enige commentaar blijven. Naast de strafrechtelijk geldige toestemming komt ons ook dit nieuwe concept immers over als een constructie, minstens een constructie die de onderliggende ambities niet volledig lijkt te kunnen waarmaken. Intussen heeft deze kritiek haar weg gevonden naar de doctrine. Met verwijzing naar p. 506 van het proefschrift, schrijft Tom GOFFIN bv. dat de keuze voor de term “veroorlopende ingesteldheid” in een medischrechtelijk kader, wellicht wat overroepen lijkt. Volgens hem kunnen de onduidelijkheden rond het begrip toestemming in voormelde rechtstak

voor het grootste deel worden opgelost door terug te grijpen naar het begrip “geïnformeerde instemming”, als vertaling van “*informed consent*” (zie daarover T. GOFFIN, 2007-08, 1313). Wij kunnen die redenering volgen. De toestemming komt tot ons in meerdere gedaanten, niet alleen vormelijk maar ook inhoudelijk. Via verduidelijkingen kan dit tot uitdrukking worden gebracht.

Tot slot nog een taalopmerking. De schrijfstijl waarvan Ann DIERICKX zich bedient, staat niet alleen garant voor een genuanceerd betoog maar tevens voor een zinsbouw die van tijd nogal complex overkomt. Hoewel de algemene structuur erg goed zit, het boek nuttige en verduidelijkende schematische voorstellingen bevat en stevast teruggrijpt naar voorbeelden, dreigt de lezer daardoor soms de draad te verliezen. De terminologie helpt ook niet echt. Nu het in het strafrecht ontbreekt aan een echte theorie rond de toestemming, zien wij geen reden om de term toestemming wel te gebruiken voor de beschrijving van het recht maar niet voor de beschrijving van de praktijk, zoals de auteur voorstelt. Dat is de wereld op zijn kop zetten. Het lijkt ons geen probleem dat het recht in zijn logica niet aansluit op de werkelijkheid. Dat is een vals probleem creëren, want het recht houdt zich op geheel onproblematische wijze niet bezig met het beschrijven van de realiteit doch wel met het leggen van verbanden tussen gebeurtenissen en het toepassen van eigen regels naar aanleiding van concrete geschillen (B. LATOUR, 2002). Er is bijgevolg geen enkele reden om de praktijk op te zadelen met een nieuw begrip “veroorloevende ingesteldheid”. Laten we het dus maar bij het begrip “toestemming” houden als we verkrachttertje spelen, sterven en neusbellen steken. Met DIERICKX zijn we het eens dat bij het toepassen van het strafrecht hierop, rekening moet worden gehouden met de “veroorloevende ingesteldheid” van wat ouderwetse juristen koppig “het slachtoffer” blijven noemen.

Het mag duidelijk zijn dat DIERICKX met deze monografie ontegenzeggelijk een stempel heeft gedrukt op het strafrecht en op zijn wereldvreemdheid.

BIBLIOGRAFIE

- GOFFIN, T., “Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem”, *R.W.* 2007-08, 1306-1317.
- GUTWIRTH, S. en DE HERT, P., “Seksueel masochisme is een mensenrecht”, *De Morgen* 3 maart 2009, 12.
- LATOUR, B., *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d’Etat*, Parijs, La Découverte, 2002, 320 p.