

De seks is hard maar seks (*dura sex sed sex*). Het arrest K.A. en A.D. tegen België

SERGE GUTWIRTH &
PAUL DE HERT

'(L)e droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité¹

INLEIDING

1. Op 17 februari 2005 sprak het Europees Hof van de Rechten van de Mens zich unaniem uit over de zaak van de sadomasochistische Mechelse rechter K.A. en één van zijn kompanen, de geneesheer A.D. De verzoekers vangen echter bot want hun klacht tegen hun veroordeling door de Belgische rechters werd door het Straatsburgse Hof afgewezen. Aangezien wij in *Panopticon* 1998/4 de Belgische uitspraken in deze zaak aan een kritische lectuur hadden onderworpen, hebben wij het Straatsburgse verdict dus met enige terughoudendheid en vrees onder de loep genomen. Op het eerste gezicht leken niet alleen de verzoekers maar ook wijzelf het pleit verloren te hebben. Maar bij nader inzien is dat helemaal niet het geval. Het Hof bevestigt in dit arrest ondubbelzinnig ons standpunt dat de seksualiteit tussen instemmende volwassenen vrij is en deel uitmaakt van eenieders autonomie en handelingsvrijheid. Weliswaar verliezen de verzoekers, maar het recht van de Europese democratische rechtsstaten vaart er o.i. wel bij.

DE BELGISCHE RECHTSPRAAK DIE VOORAFGING AAN HET EUROPEES ARREST K.A EN A.D

2. Op 30 september 1997 werd de Mechelse rechter K.A door het Hof van Beroep te Antwerpen met uitstel veroordeeld tot een gevangenisstraf van een jaar en een boete. De andere beklaagden ondergingen ongeveer hetzelfde lot, maar zij kregen lagere straffen met uitstel of genoten van een opschorting van uitspraak. K.A. werd o.m. schuldig bevonden aan het opzettelijk toedienen van slagen en verwondingen met het oogmerk om een bepaald persoon aan te randen (art. 392 en 398 Sw.).

Voor het feitenrelaas verwijzen we hieronder uitgebreid naar de randnummers 12 tot 17 van het Straatsburgse arrest, dat uiteraard, net als het cassatiearrest van 6 januari 1999, is gebaseerd op de vaststellingen van de feitenrechter, in casu het Hof van Beroep te Antwerpen². Dit feitenrelaas, dat oorspronkelijk noch in het *Rechtskundig Weekblad* noch in het *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* werd opgenomen (maar wel te vinden is op een, overigens interessante, SM-website) is onbemiddeld: het beschrijft de sadomasochistische evolutie van K.A. en zijn echtgenote, waarbij over een periode van een zestal jaar, steeds werd gezocht naar sterkere ervaringen en dus hardere experimenten en gedragingen. De deelnemers - zowel de vrouw die slaaf speelde als

de anderen - hadden zich daartoe in speciaal opgezette setting gezamenlijk overgeleverd aan harde SM-praktijken die op videoband werden vastgelegd:

13. (...) On y voyait les prévenus utiliser des aiguilles et de la cire brûlante, frapper violemment la victime, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, la hisser suspendue aux seins puis par une corde entre les jambes, lui infliger des chocs électriques, des brûlures et des entailles, lui coudre les lèvres vulvaires et lui introduire, dans le vagin et l'anus, des vibrateurs, leur main, leur poing, des pincers et des poids.

14. Ainsi par exemple, certaines scènes enregistrées en vidéo montrent-elles la victime hurlant de douleur pendant que les prévenus continuaient de la hisser par les seins au moyen d'une poulie, la fouettent puis lui attachent encore des poids aux seins. Lors d'une autre scène, la victime se voit hisser par une corde et les prévenus lui attachent des pincers aux mamelons et aux lèvres vulvaires, pour ensuite lui administrer pendant plusieurs secondes des chocs électriques, suite à quoi la victime perd conscience et s'effondre. Une autre fois, la victime subit des marquages au fer rouge.

15. La cour d'appel nota aussi que plusieurs fois, les prévenus ont tout simplement ignoré que la victime criait « pitié ! », le mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours. Ainsi par exemple quand la victime, suspendue, se voyait planter des aiguilles dans les seins (au moins sept aiguilles dans chaque sein), les mamelons, le ventre et le vagin, elle se voyait ensuite introduire une bougie dans le vagin, puis fouetter les mamelons. Quant elle hurlait de douleur et criait « pitié ! » en pleurant, les prévenus continuaient de lui planter d'autres aiguilles dans les seins et dans les cuisses, au point qu'un des seins se mit à saigner. Peu après, la victime, qui était alors suspendue par les pieds, se voyait administrer cinquante coups de fouet, pendant qu'on lui faisait couler de la cire brûlante sur la vulve puis qu'on lui introduisait des aiguilles dans les seins et les lèvres vulvaires.' (EHRM, K.A en A.D t. België)

Tevens werd vastgesteld dat grote hoeveelheden alcohol werden gedronken en dat daardoor de remmen steeds verder werden gelost. Het oorspronkelijk arrest stelde eveneens vast dat de praktijken geen blijvende letsels opleverden, op een paar te verwaarlozen littekens na, maar het voegde daar onmiddellijk de interpretatie aan toe, dat 'de aangewende gewelddadigheid en de toegebrachte pijn, angst en vernedering, geen lichte slagen uitmaken doch van een bijzonder ernstige aard en grensoverschrijdend zijn met een potentieel gevaar voor ernstige verwondingen en verminkingen'.

3. Voor slagen en verwondingen volstaat een algemeen opzet, wat, aldus het Hof van beroep te Antwerpen en het Cassatiearrest van 6 januari 1998, tot gevolg heeft dat de eventuele goede bedoelingen van de daders (die elkaar respectievelijk sadistisch en masochistisch seksueel genot willen verschaffen) terzake niet relevant is. Het feit dat alle betrokkenen hadden ingestemd en dat er geen klacht is neergelegd, wordt dan ook door de twee hoven van de hand gedaan met een verwijzing naar het openbare orde karakter van de strafwet en het 'absolute' of 'ongeclausuleerde' karakter van het door artikel 398 Sw. beschermde grondrecht op lichamelijke integriteit. De toestemming van het 'slachtoffer' levert volgens de twee rechtscolleges geen rechtvaardigingsgrond ('de handeling of het gedrag is niet onrechtmatig of wederrechtelijk') of schuldsluitingsgrond ('de handeling is wederrechtelijk, doch de persoon treft geen schuld') op, maar zij kan wel 'incidenteel in overweging genomen worden bij de beoordeling van de strafwaardigheid en alleszins bij de straftoemeting'. Dat betekent dat de toestemming van

het slachtoffer alsnog een verschoningsgrond kan opleveren, wat in casu ook effectief het geval is m.b.t. de vroegere, lichtere en thuis uitgevoerde sadomasochistische experimenten van het koppel, die dan ook niet strafwaardig worden bevonden. Tevens concluderen beide hoven dat de betrokkenen zich rekenschap moesten geven van het feit dat ze ernstige feiten pleegden, daar elk redelijk en vooruitziend persoon dit in hun plaats zou gedaan hebben. Hiervoor wordt als aanwijzing gebruikt dat de gepleegde feiten niet beantwoordden aan de in de sadomasochistische praktijk gangbare conventies en bijgevolg geweigerd werden in een SM-club tussen gelijkgezinden (reden overigens, waarom er uitgeweken werd naar privé plaatsen). Tenslotte wordt er door het Antwerpse Hof van beroep en het Hof van cassatie gewezen op de irrelevantie van het gebrek aan blijvende schade, daar het misdrijf ex art. 398 Sw. (slagen en verwondingen) dit niet vereist, al geldt blijvende schade na slagen en verwondingen, overeenkomstig de artikelen 399 e.v. Sw., als een verzwarende omstandigheid. Maar op die incriminatie werd door de feitenrechtters niet ingegaan.

Kortom, voor het Antwerpse Hof van beroep, en dat wordt bevestigd door het Hof van cassatie, zijn alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf slagen en verwondingen aanwezig, zonder dat er sprake kan zijn van enige rechtvaardigingsgrond (bv. een bevel van de overheid of wettige zelfverdediging), schulduitsluitingsgrond (dwang of onoverkomelijke dwaling) of grond van niet-toerekeningsvatbaarheid (De Nauw 1999)

4. Toch is de redenering van het Hof van beroep en het Hof van cassatie niet rond, want er is nog niet aangetoond dat de handelingen strafwaardig zijn. Inderdaad, ook al levert een feitenbestek alle constitutieve bestanddelen van artikel 398 SW op, dan nog kan het zijn dat het toch niet strafwaardig is, d.w.z. dat er geen straf dient te worden uitgesproken (verschoningsgronden). Zulks kan volgens de twee Belgische arresten in de eerste plaats het geval zijn wanneer er wetgeving voorhanden is die de wederrechtelijke gedraging uitdrukkelijk of impliciet toelaat, wat het geval is ondermeer voor chirurgische ingrepen, bepaalde sportactiviteiten, het tuchtigingsrecht van ouders, tatoeages en piercings. In de tweede plaats, en hier wordt er volgens A. De Nauw (1999) door het Hof van Cassatie geïnnoveerd, kan dit het geval zijn wanneer de sadomasochistische gedragingen worden beschouwd als een private beleving van de seksuele vrijheid tussen instemmende meerderjarige partners. Alsdan, inderdaad, zouden zij onder de bescherming van artikel 8 § 1 E.V.R.M. vallen, met name het recht op eerbiediging van het privé-leven, waaraan dan volgens artikel 8 § 2 slechts beperkingen kunnen worden opgelegd bij wet (legaliteitsvereiste), indien deze beperkingen noodzakelijk zijn in een democratie (noodzakelijkheidsvereiste), voor bijvoorbeeld de bescherming van de openbare gezondheid en/of de openbare moraal, de rechten van derden, de veiligheid, de economische belangen van het land (legitimiteitsvereiste) en tenslotte voor zover deze beperkingen proportioneel zijn ten aanzien van het doel dat ze willen bewerkstelligen (proportionaliteitsvereiste).³

EEN GESLAAGDE TOETSING AAN HET EUROPEES VERDRAG?

5. Vooraleer op de vervulling van deze voorwaarden in te gaan, haalt het Hof van beroep echter dezelfde niet onschuldige toer uit als het Europese Hof in het *Laskey e.a.* arrest van 1997 (De Hert & Gutwirth 1998). Zo wordt er wordt *en passant* geïnsinueerd dat het feitenbestek, omdat het plaats vond buiten de echtelijke woonst ging, wel eens *niet* onder de bescherming van privacy zou kunnen vallen. Maar ootmoedig schuift het

Hof van beroep deze vraag opzij 'om de gestelde problematiek niet te ontwijken'. Het Hof laat hiermee, net als het Hof te Straatsburg in 1997, de achterkant van zijn tong zien: het insinueert dat sommige vormen van niet gebruikelijke seksualiteit, omdat ze in groep en buiten de slaapkamer geschieden, niet van privacybescherming zouden moeten genieten en, nog een stap verder vraagt het zich luidop af of in casu de 'plicht tot privacy' niet werd geschonden. Een verwittigd lezer is er twee waard.

Het Hof van cassatie laat in zijn arrest van 6 januari 1999 deze kronkel alvast voor wat ze waard is: het stelt immers rechtuit dat de 'seksualiteitsbeleving tussen meerderjarige personen die ermee instemmen, zelfs al gaat deze gepaard met sadomasochistische praktijken, in de regel behoort tot het privé leven waarvan het recht op eerbiediging door art. 8 § 1 EVRM is gewaarborgd'.

6. Het Antwerpse Hof van beroep geeft geen systematische analyse van de vervulling van de vier voorwaarden die overeenkomstig art. 8 § 2 EVRM verenigd moeten zijn opdat een restrictie van de door de eerste paragraaf beschermde privacy verdragsconform zou zijn. Het stelt evenwel, met verwijzing naar een aantal rechtsgeleerde teksten van J. Velaers en E. Dirix, dat de openbare moraal en de eerbied voor de menselijke waardigheid 'hoe dan ook' een grens veronderstellen, die niet 'met het argument van "zelfbeschikking" ("bepaling") of van "consensuele seksualiteit" kan worden overschreden'. Om dit hard te maken werpt het Hof zich onverschrokken in het in Vlaanderen heersende debat over waarden en normen: zelfs 'in de huidige tijd van hyperindividualisme met een verhoogde morele tolerantie [...] inzake de seksualiteitsbeleving', vindt het dat de feiten van deze zaak 'zo ernstig, zo schokkend, gewelddadig en gruwelijk zijn, dat zij de menselijke waardigheid aantasten en geenszins maatschappelijk aanvaardbaar zijn'. Om zijn argument kracht bij te zetten verwijst het Hof terzake naar geschriften van K. Raes, M. Elchardus en F. De Wachter, die nochtans in het waardendebat behoorlijk van elkaar verschillende standpunten verdedigen. Met andere woorden argumenteert een geschokt Hof van beroep dat de openbare moraal en de menselijke waardigheid in dit geval primeren op de keuzen en autonomie van de protagonisten. En voor degenen die nog zouden twijfelen aan het argument van de publieke moraal voegt het hieraan ten overvloede nog toe, opnieuw met verwijzing naar het *Laskey e.a.* arrest, dat de inmenging overigens ook toegelaten is vanuit het oogpunt van de openbare gezondheid, omdat er door de sadomasochistische praktijken van de betrokkenen potentieel gevaar was gecreëerd voor letsels en verminkingen. Het Hof van Cassatie, van zijn kant, brengt wat orde in de redenering, het laat de verwijzingen weg, het specificiert dat art. 398 Sw. tegemoet komt aan de legaliteitseis van art. 8 § 2 EVRM en het bevestigt de uitspraak van het Antwerpse Hof van beroep.

7. In onze commentaar van 1998 hebben wij kritisch uitgehaald naar deze rechtspraak, inclusief het Straatsburgse *Laskey e.a.* arrest. De leidraad van ons betoog was dat privacy seksuele vrijheid en seksuele diversiteit beschermt, en bijgevolg niet kan worden versmald tot de bescherming van het recht om bepaalde soorten 'normale', gangbare of aanvaarde seksualiteit te beleven. Seksueel gedrag is door privacy beschermd, het is dus vrij en het mag in beginsel niet worden geregeld of genormaliseerd. Om deze reden vonden wij het misplaatst dat de Straatsburgse rechters (in *Laskey e.a.*) gevolgd door het Antwerpse Hof van beroep op eigen initiatief suggereerden dat sadomasochisme wel eens niet onder privacybescherming zou kunnen ressorteren (supra): op deze wijze zou de deur immers zijn opengezet voor een controle op alle mogelijke vormen van seksualiteit, buiten de echtelijke slaapkamerseks. Gaatjes in de rechtspraak van de *Supre-*

me Court over seksuele autonomie hebben inderdaad in de jaren zeventig geleid tot (Amerikaanse) rechtspraak waarin beperkingen werden aanvaard van vormen van seksualiteit binnen en buiten de slaapkamer waarbij meer dan twee personen of alleen personen van eenzelfde geslacht waren betrokken (Eichbaum, 1978).

Tevens vonden we het hypocriet dat de Europese en Belgische rechters terugvielen op het argument van de openbare gezondheid en de *potentiële* schade die de sadomasochistische praktijken volgens hen met zich meebrachten. Op die manier kunnen immers zowat alle mogelijke menselijke activiteiten worden verboden zoals dansen, televisiekijken, ongezonder eten en reizen, om niet te spreken van alpinisme en benjiespringen. Tenslotte spraken we onze angst uit voor een moralistische en paternalistische rechtspraak die in naam van de 'menselijke waardigheid' of de 'openbare moraal', inmengingen in de autonomie en keuzen van de individuen zou toelaten. Wij wilden in ons seksueel leven geen vingerwijzende rechters ontmoeten, die ons op grond van (hun?) ethische opvattingen zouden diets maken waar de grenzen liggen van wat kan en niet kan en wat (volgens hen) 'grensoverschrijdend' is.

Maar ten aanzien van het feitenbestek van de zaak K.A. hadden we toch enige twijfels. Daarom schreven we dat de Belgische rechters een sterker verhaal hadden kunnen doen gelden. Immers, uit het feitenrelaas blijkt dat de gefilmde slavin meermaals het afgesproken wacht- of stopwoord heeft ingeroepen, zonder dat K.A. en zijn dronken gezellen hieraan hadden gevolg gegeven. Precies dit gebrek aan eerbied voor de toestemming van het 'slachtoffer' schoven we naar voren als een aspect dat *eventueel* de toepassing van het strafrecht in casu had kunnen legitimeren. Want met het schenden van afspraken en de intrekking van de toestemming verdwijnt natuurlijk de verschooningsgrond.

HET EUROPEES ARREST K.A. EN A.D. TEGEN BELGIË VAN 17 FEBRUARI 2005

8. Het was uitkijken naar het arrest van het Hof van Straatsburg, te meer daar de toezetting van *Laskey e.a.* inzake sadomasochisme niet echt tot optimisme strekte. In zijn arrest van 17 februari 2005⁴ gaat het Hof echter onbevangen en scherp te werk. Het onderwerpt de voorgaanden aan een uitvoerige en o.i. volledige bespreking in het licht waarvan het zich uitspreekt over de toepassing van art. 8 EVRM op het feitenbestek.

Ofschoon de toepassing van art. 8 § 1 EVRM niet wordt betwist door de partijen, stelt het Hof toch vast dat de betekenis en reikwijdte van bescherming van het privé leven niet exhaustief kunnen worden bepaald. Maar dit neemt evenwel niet weg dat het vaststaat dat seks, seksuele geaardheid en het seksueel leven er belangrijke bestanddelen van uitmaken. Hierbij wordt verwezen naar vroegere rechtspraak, waarbij opvalt dat de *Laskey e.a.* uitspraak niet wordt vermeld. Wat niet verwonderlijk is, want het Hof *anno* 2005 doet het perfecte tegendeel dan het Hof *anno* 1997: eerder dan hierover twijfel te zaaien, bevestigt het dat de seksualiteitsbeleving tot de kern van het privé-leven behoort.

9. In tegenstelling tot de Belgische rechtbanken gaat het Hof wél systematisch te werk bij de toetsing van de vier voorwaarden waarvan de vervulling een beperking of inmenging in het privé-leven verdragsconform en dus legitiem maakt. Ten eerste: de legaliteitsvoorwaarde. Die is volgens het Hof te Straatsburg vervuld omdat de toepassing van art. 398 Sw. voorspelbaar was, niettegenstaande het gebrek aan sadomasochistische precedentes en de door de verzoekers ingeroepen permissiviteit van de samenleving. Dit is het geval omdat de in het geding zijnde sadomasochistische prak-

tijken zodanig extreem en bijgevolg zeldzaam waren dat het gebrek aan rechtspraak niet kon verwonderen. De redenering van de verzoekers is volgens Hof ook paradoxaal want ze zou ertoe leiden dat de meest extreme praktijken, juist doordat ze zeldzaam zijn, zouden ontsnappen aan het strafrecht. De beklaagde rechter kon volgens het Hof overigens niet op geloofwaardige wijze inroepen dat hij niet wist dat de toestemming van het 'slachtoffer' geen rechtvaardigingsgrond kon uitmaken. Het is niettemin juist, zo stelt het Hof verder, dat de rechtspraak - impliciet of expliciet - andere gedragingen toestaat die als 'slagen en verwondingen' kunnen doorgaan, dit tenminste wanneer deze gedragingen voldoen aan de regels die erop toepasselijk zijn (bvb. de vechtsporten). Maar volgens het Hof werden deze regels, hier van het sadomasochisme, door K.A. en zijn gezellen niet gerespecteerd omdat zij het afgesproken stopwoord negeerden en grote hoeveelheden drank verbruikten. Daarbij staat ook vast dat zij wisten dat hun gedrag afweek van de SM-normen omdat zij naar privé locaties moesten uitwijken precies omdat hun handelingen verboden waren in sadomasochistenclubs.

10. Vervolgens verdiept het Hof zich in de legitimiteitseis en het stelt vast dat de vervolgingen wegens slagen en verwondingen gericht waren op de in art. 8 § 2 EVRM vermelde 'bescherming van de rechten en vrijheden van anderen' in de mate dat zij de kwestie van de toestemming van het 'slachtoffer' betroffen. In een eenzame en niet geargumenteerde zin in § 81 van het arrest wordt hieraan toegevoegd dat de vervolging eveneens streefde naar de bescherming van de gezondheid⁵, maar in de slotparagraaf (§ 87) van het arrest wordt dit dan weer weggeduwd; daar wordt uitsluitend gewezen op 'bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'. Het is opvallend dat het Hof enerzijds met geen woord rept over de goede zeden of de publieke moraal, doelstellingen die nochtans expliciet naar voor werden geschoven door de Belgische hoven, terwijl het anderzijds wel focust op een doelstelling die niet expliciet door die hoven werd nagestreefd. Op deze wijze worden de redeneringen van de Belgische hoven alvast op een elegante manier rechtgetrokken en bijgeschaafd.

11. Ten derde gaat het Hof in op de noodzakelijkheidsvoorwaarde en met name op de vraag of de genomen maatregel (hier de straf) noodzakelijk is in een democratische samenleving. Daartoe moet de maatregel kunnen beschouwd worden als een proportioneel antwoord op een *pressing social need* (of *un besoin social impérieux*). Om deze kwestie te beantwoorden gaan de Straatsburgse rechters dieper in op art. 8 EVRM en zij komen met verwijzing naar vroegere rechtspraak (vooral het *Pretty* arrest, met opnieuw de opmerkelijke afwezigheid van het *Laskey e.a.* arrest) tot de conclusie dat het artikel het recht op zelfontplooiing, persoonlijke ontwikkeling of autonomie beschermt. Het houdt eveneens het recht in om relaties met anderen en de wereld te hebben en te onderhouden, in het bijzonder in het domein van de seksuele relaties dat behoort tot de meest intieme aspecten van het privé-leven en dat het recht op beschikking over het eigen lichaam veronderstelt. Met verwijzing naar *Pretty* wordt hieraan nog expliciet toegevoegd dat ieders vrijheid om zijn/haar leven te leiden zoals hij/zij dat wil eveneens kan inhouden dat wordt gekozen voor activiteiten die worden waargenomen als schadelijk of gevaarlijk voor geest en lichaam. Met andere woorden bevestigt het Hof, met verwijzing naar *Pretty*, dat de persoonlijke autonomie het recht impliceert om keuzen te maken met betrekking tot het eigen lichaam. De conclusie van de redenering, staat in het motto hierboven: de seksualiteit is vrij en alleen *bijzonder ernstige redenen* kunnen een inmenging van de staat in deze aangelegenheid legitimeren.

12. Dat laatste is volgens het Hof een kwestie die in het licht van de proportionaliteit moet worden bekeken. Dat veronderstelt een contextgebonden evaluatie die in casu uitvalt in het nadeel van de verzoekers. Het Hof vindt de uitgesproken straffen en hun omvang niet disproportioneel ten aanzien van het doel dat zij beogen, een doel dat overigens niets te maken heeft met publieke moraal en goede zeden, maar alles met de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. De limieten van het sadomasochisme liggen inderdaad bij het voortgezette respect van de wil van alle participanten, en natuurlijk van vooral het 'slachtoffer', wat impliceert dat de praktijken experimenteren die worden opgezet, op een zodanige manier worden georganiseerd en uitgevoerd dat dit respect effectief ook wordt gewaarborgd. Met andere woorden vindt het Hof dat sadomasochisme kán, in zoverre de praktijk zo wordt opgevat en gecontroleerd dat de vrijheid van alle participanten, en in het bijzonder die van het masochistische 'slachtoffer', wordt gerespecteerd. Nu is juist dat volgens het Hof in deze zaak niet gebeurt: uit het feitenrelaas blijkt immers dat K.A. en zijn kompanen de afspraken niet hebben nageleefd omdat zij hun handelingen niet onmiddellijk hebben stopgezet nadat het 'slachtoffer' het daartoe afgesproken stopwoord had uitgesproken, en dus haar toestemming introk. Bovendien blijkt dat gaandeweg - mede omwille van het drankverbruik - elke organisatie en controle van de situatie onmogelijk werd en een escalatie van geweld werd ingezet. Straatsburg beslist dus dat de vervolging en veroordeling van de verzoekers K.A en A.D. in democratische samenleving noodzakelijk waren voor de 'bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.

EEN ZUCHT VAN OPLUCHTING EN EEN AFWIJZING VAN HET COMMUNITARISTISCH PERSPECTIEF

13. Het Straatsburgse arrest ontlokt ons een zucht van opluchting, en dat is niet te verwonderen want onze vroegere stellingnamen worden bijna volledig bevestigd. Het Hof plaatst seksualiteit volledig in het teken van de autonomie en de zelfbepalingsvrijheid. Een onverdeelde nadruk wordt geplaatst op de 'negatieve vrijheid': de seksualiteit is vrij en behoort tot die aspecten van het leven die principieel geen inmenging dulden. Seksualiteit wordt beschermd door wat we elders een opaciteitsinstrument hebben genoemd: juridische middelen die strekken tot de verzekering van de niet-inmenging in het individuele leven of m.a.w. tot de bescherming van hun onzichtbaarheid, anonimiteit en onschendbaarheid (De Hert & Gutwirth 2003 en 2004). Zij creëren een handlingsruimte waarvan het recht de randvoorwaarde vormt, waar het recht marginaal is, een beetje zoals voor vriendschap het geval is: een zone van niet-recht wordt verondersteld (Gutwirth 1998b). Seksualiteit heeft dus niets te maken met de slaapkamer of de echtelijke woonst, maar alles met zelfontplooiing in relaties. De nadruk op de negatieve vrijheid sluit de link met de positieve vrijheid bijgevolg niet uit. Integendeel. Te vaak horen we dat de liberale moraal en de zorg voor autonomie een wereld veronderstellen van geïsoleerde, atomistische of asociale individuen. Maar door respect te betonen voor de seksuele autonomie van het individu, respecteert en faciliteert men precies de beslissing van het individu om met anderen te interageren. Vrouwen die te weinig worden beschermd tegen verkrachting komen tenslotte niet meer buiten.⁶

14. Het arrest van het Europees Hof in de zaak van de sadomasochisten bevestigt onze visie dat privacy, alvast wat betreft de seksualiteit, moet worden geconceptualiseerd vanuit een publiekrechtelijk vrijheidsperspectief eerder dan vanuit een privaatrechtelijk rechtenperspectief (De Hert en Gutwirth 2000, Gutwirth 1998a). De Straatsburgse

rechters leggen verder de nadruk op het belang van de bescherming van zulke sfeer van vrije seksualiteit door de legitieme beperking ervan expliciet te onderwerpen aan een sterk geformuleerde eis: opdat een interventie noodzakelijk zou zijn in een democratische samenleving moeten er *des raisons particulièrement graves* voorhanden zijn (zie motto). Dit houdt een voorijking van de balans in ten voordele van de privacybescherming van de vrije beleving van seksualiteit, met het onmiddellijke gevolg dat de proportionaliteitstoets moet worden verzwaaard. Om het triviaal uit te drukken: een interventie van de staat in de seksualiteit moet dubbel moeten worden onderbouwd en gelegitimeerd. Wat eerder reeds in de homoseksualiteitsarresten *Dudgeon, Norris* en *Modinos* werd uitgetekend, wordt nu, in tegenstelling tot *Laskey*, doorgetrokken naar sadomasochistische seksualiteit.

Het kan dan ook niet verwonderen dat het Hof van Straatsburg in de zaak *K.A en A.D.* geheel geen gewag maakt van goede zeden en publieke moraal. Het laat, zoals Stefan Sottiaux al opmerkte, 'het discours van de Belgische rechters over "schokkende" "gruwelijke" of maatschappelijk onaanvaardbare praktijken ver achter zich' (Sottiaux 2005). Inderdaad: de morele verontwaardiging van de Antwerpse rechters wordt door het Hof minzaam met een volstreekte stilte bedekt. Het Straatsburgse arrest vertoont geen spoor van paternalisme en moralisme. Indien sadomasochisme moet worden beperkt dan kan dit, althans in deze zaak, niet gelegitimeerd worden door de betrachting vrije individuen tegen zichzelf te beschermen, noch door de nood om een ethisch minimum te handhaven. Het Hof maakt in dit arrest dan ook geen gewag van de 'menselijke waardigheid', een begrip dat steeds meer wordt gemobiliseerd om de mensenrechten ondergeschikt te maken aan een essentialistische en universalistisch opgevatte ethische ondergrens. Een ondergrens die, los van de context en de wil van de participanten, in abstracto, buiten elk conflict, buiten elke schade, aan de rechters zou toelaten te bepalen wat ethisch en maatschappelijk onaanvaardbaar is. Een grens die wel eens, op gevaarlijke wijze, vooral zou kunnen ingegeven zijn door de walging en het gewruwel van de rechters en/of volksvertegenwoordigers.

Het Hof verwerpt dit soort benaderingen, althans wat betreft (sodomasochistische) seksualiteit, door er ostentatief over te zwijgen niettegenstaande de Belgische rechters hun uitspraken o.m. op deze manier motiveerden. Niet de 'menselijke waardigheid' maar een vooraf niet begrensde seksuele vrijheid staan voorop. Het Hof huldigt een constructivistisch perspectief, waarbij het er vanuit gaat dat de seksuele individuele zelfontplooiing zich alleen contextueel en relationeel laat verstaan, als een proces dat steeds opnieuw zijn eigen mogelijkheidsvoorwaarden genereert. In die zin leunt het Hof zeker meer aan bij een liberaal dan communitaristisch gedachtegoed. Het hoeft niet te verbazen dat deze opstelling kritiek ontlokt bij zij die de seksuele moraal ondergeschikt willen maken aan de bescherming van het traditionele (heteroseksuele) gezin (Levinet, 2002).

15. In het slothoofdstuk van zijn monumentale analyse over toestemming, verwerpt Alan Wertheimer de communitaristische zienswijze van onder meer Michael Sandel. Deze laatste stelt dat principes van rechtvaardigheid ten dele irrelevant zijn binnen liefhebbende koppels omdat deze de grens tussen 'het mijne' en 'het jouwe' minder scherp aan de orde stellen gezien hun belangen grotendeels samenhangen (Wertheimer, 2003) (Vgl. Claes 2003). Wertheimer verwerpt die zienswijze op normatieve en empirische gronden. Praten over rechtvaardigheid en het stellen van grenzen hoeft geenszins uitgesloten te worden binnen koppels, aldus Wertheimer, die geamuseerd opmerkt dat alleen door het bestaan van verschillen in wederzijdse belangen, koppels

in staat zijn elkaar hun door communitaristen zo geprezen 'robuuste betrokkenheid' te tonen. Een goede relatie hoeft niet te worden voorgesteld als een 'unie', maar als een relatie tussen individuen met eigen belangen en doelstellingen: 'A form of contractual thinking here is not merely a concession to hard-nosed realism. It may reflect a more attractive view of marital relations, and, it might be said, a view that acknowledges women's rightful claim to moral agency' (p. 272). In de terminologie van het Europees Hof: privacy beschermt geen 'liefhebbende koppels of families' maar wel individuen die toetreden tot bepaalde relaties. Illustratief voor de risico's van het communitaristisch perspectief is precies de argumentatie van de veroordeelde Belgische rechter die getrouwd was met het 'slachtoffer'. Bij hem horen we het argument dat 'zijn' koppel de rangen sluit en dat de ontstentenis van elke klacht (achteraf door de vrouw) zich verzet tegen het toepassen van de principes van het strafwetboek op zijn geval.

DE TE ONTHOUDEN BOODSCHAP

16. Het contractualistisch perspectief verklaart genoegzaam waarom de Straatsburgse rechters bij hun beoordeling van de legitimiteits-, noodzakelijkheids- en proportionaliteitsvereiste de aandacht volledig toespitsen op de 'bescherming van rechten vrijheden van anderen', te weten de betrokken sadomasochistische medespelers. Een oordeel over seksuele praktijken kan dan inderdaad alleen worden gevormd op basis van een evaluatie van de manier waarop de beleving van de enen zich articuleert op die van de anderen. Werden de afspraken nageleefd? Bleef de wil van de participanten gerespecteerd? Kwam de consensualiteit in het gedrang?

In onderhavige zaak vindt het Hof dat het probleem juist hier schuilt: het tilt bijzonder zwaar aan het niet respecteren van de afspraak in verband met het stopwoord, de dronkenschap en het feit dat onvoldoende waarborgen werden voorzien voor een goed verloop van de praktijk. Dat zijn de factoren die de veroordeling van K.A. en A.D. rechtvaardigen, factoren, het weze toch gezegd, die door de Belgische hoven niet als dusdanig werden geïnterpreteerd.

Uiteraard kan de interpretatie van de feiten worden betwist, wat de betrokkenen ook deden en doen. Hierover hebben wij natuurlijk niets te zeggen. Wel kunnen we ons inbeelden dat de transgressie een belangrijk aspect is van het sadomasochistische gebeuren, en dat juist omdat het spelen op de grens en met de grens wellicht tot het gezochte genot bijdraagt. Maar dit veronderstelt dan weer dat er lagen van afspraken zijn, waarbij er ongezegde afspraken moeten worden verondersteld met betrekking tot het respect van de expliciete afspraken over de encenering en stopzetting van het sadomasochistische ritueel. Dat het 'slachtoffer' achteraf geen klacht neerlegde wijst misschien in die richting. Maar dat de groep rond K.A. de gebruiken en tradities van de sadomasochistencultuur niet respecteerde, wijst dan weer in de andere richting.

17. De te onthouden boodschap is dat seksualiteit best niet voorgesteld wordt als een oncontroleerbare passie die ontsnapt aan elke deliberatie (Wertheimer 2003). Ethisch en juridisch geldt eerder het tegendeel. Het huwelijk en het 'ja-woord' geeft de man geen blanco check tot niet-consensuele seks. Dit was reeds eerder door het Europees Hof uitgemaakt in de zgn. Britse verkrachtingszaken (cf. De Hert, 1998). Maar ook doorheen het dagelijks beleven van de seksualiteit geldt de regel van de consensualiteit. Een 'nee' is daarbij steeds een 'nee'. Een 'ja' kan op elk moment herroepen worden, ook tijdens de penetratie of op het hoogtepunt van het (somasochistisch) spel. Een 'ja' is doorgaans een 'ja', maar kan in uitzonderlijke gevallen (dwang, leugen, beneveling) een

'nee' zijn. Een retroactieve 'ja' moet zoveel mogelijk vermeden worden. Impliciete toestemming is perfect mogelijk, maar omdat seksualiteit tussen mensen wordt bedreven, is het aangewezen dat de geïmpliceerde toestemming toch ook vorm krijgt in aanwijsbare tekens (veelbetekende stiltes, een bepaalde context, etc.).

Dergelijke 'default rules' gaan ten koste van bepaalde seksuele praktijken en kunnen bijvoorbeeld het verleidingsspel ten dele ontmoedigen. Tegenover dit verlies staat evenwel een allocatie van risico's die mogelijke misverstanden in het seksspel en asymmetrische kosten vloeiend uit verkeerde beslissingen vermijdt. Opdat de toestemming haar ethische en juridische magie zou kunnen uitoefenen, met name door een situatie van rechten en belangen te transformeren in een andere, moet deze zichtbaar worden gemaakt (performatieve i.p.v. subjectieve toestemming). De verantwoordelijkheid ligt daarbij in regel bij die partner (doorgaans de man) die de lichamelijke integriteit van de andere beperkt door aanraking of penetratie. De tijd is voorbij dat de vrouw alleen de verantwoordelijkheid droeg voor het zichtbaar maken van de toestemming. De pendel van het formaliseren van de toestemming is de andere kant uitgegaan. Het arrest *M.C. tegen Bulgarije* van 4 december 2003 bevat een opvallend lange rechtsvergelijkende analyse van strafbepalingen betreffende verkrachting in verschillende landen, alsmede van de rechtspraak van het Tribunaal voor voormalig Joegoslavië. Het Europees Hof komt daarbij tot de slotsom dat bij verkrachting uitsluitend moet gekeken worden naar de toestemming van het slachtoffer. Staten kunnen niet langer geldig de voorwaarde inbouwen dat er pas van verkrachting sprake is als het slachtoffer door middel van verzet te kennen heeft gegeven niet gediend te zijn met seksuele handelingen. Bulgarije werd dan ook veroordeeld omdat een verkrachte persoon juridisch niet beschermd werd (door het bestraffen van de dader) omdat er geen bewijs was dat het slachtoffer zich had verzet. Ten onrechte was de vermoedelijk gepleegde verkrachting niet strafrechtelijk vervolgd. De beslissing om niet tot vervolging over te gaan werd dan ook gelezen als een schending van de (positieve en horizontale) verplichting van een verdragstaat burgers te beschermen tegen inbreuken op hun EVRM vrijheden en rechten. Cruciaal en gebald is volgende paragraaf: "The Court considers that while in practice it may be sometimes difficult to prove lack of consent in the absence of "direct" proof of rape, such as traces of violence or direct witnesses, the authorities must nevertheless explore all the facts and decide on the basis of an assessment of all the surrounding circumstances. *The investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent*" (§ 181, onze cursivering).

18. Praktisch kunnen we alle mannen aanbevelen voortaan minstens één toetsingsmoment in te bouwen, met min of meer strategische vragen zoals 'zullen we even stoppen zodat ik een condoom kan grijpen?'. De sadomasochistische medemens zal overigens nog meer van dit soort toetsingsmomenten moeten inbouwen, precies omwille van het contextsensitieve karakter van de toestemming. 'Kinky seks', waarbij personen seks wensen waarbij ze plezier scheppen in het 'nee-roepen' en het zich schijnbaar verzetten tegen seks ligt bijzonder gevoelig en zal evident leiden tot ethische en juridische bewijsproblemen. Tenzij controleerbaarheid kan worden ingebouwd, dringt uerghoudendheid dringt zich hier op. Dat is de prijs van de toepassing van de distributieve rechtvaardigheid op de seksualiteit, waarbij ook het maatschappelijk belang verdisconteerd wordt op bescherming van zwakkeren die bijvoorbeeld omwille van de goede vrede in een relatie ervan terugschrikken om (juridisch) voor hun geschonden belangen op te komen.

Los van discussies over de schade had louter dit gebrek aan eerbied voor de toestemming de doorslag moeten geven bij de waardering van de feiten in de Belgische zaak. Een ernstige toetsing van de toestemmingsvoorwaarde neemt immers geen genoegen met een a posteriori goedkeuring van de gepleegde handelingen. Eigenlijk was het feitenbestek in de zaak van de Mechelse rechter niet ingewikkeld. De intrekking van de toestemming negeren is zo nodig moreel nog verwerpelijker dan de toestemming overschrijden, en dient daarom juridisch sanctioneerbaar te zijn omwille van het algemeen belang bij het vertrouwen in de seksuele afspraken. Het negeren van de intrekking van de toestemming vormt eenvoudigweg de meest elementaire misstap in de problematiek van de toestemming. (cf. de zorgvuldige analyse van O'Neill, 1985).

19. In de toekomst kunnen dan ook juridische betwistingen ontstaan over heel wat complexere gevallen. Wat te denken van sadomasochistische praktijken die leiden tot blijvende schade en verminkingen, maar volledig steunen op zuivere toestemming? Inzichten van distributieve rechtvaardigheid kunnen in dit geval leiden tot de positie dat het recht moet ingrijpen. Door het verbieden van bepaalde seksuele handelingen beschermt een samenleving immers eenieders seksualiteit: 'We often punish to uphold systems of rights and values that we will sometimes maintain by punishing offences even if a particular victim, because of idiosyncratic preferences and values, has less than a normal interest in the values at stake' (Murphy aangehaald door Wertheimer, 2003). Maar waar ligt de grens?

Die grens mag alleszins na het Europees arrest *K.A en A.D* niet langer te snel worden getrokken in het nadeel van de persoon die voor verminking kiest. In het hierboven al aangehaalde arrest *Pretty* uit 2002 weigerde het Hof in het recht op leven (artikel 2 EVRM) een vrijheid te lezen om te kiezen voor stopzetting van het leven. Evenwel werd in datzelfde arrest een vrijheidslectuur van het recht op privacy (artikel 8 EVRM) in de zin van een vrijheid om te kiezen voor zelfverminking, niet uitgesloten (*supra*). Het bleef evenwel een aanzet die door latere arresten moest worden verduidelijkt (Mendelts 2003). *K.A en A.D.* brengt deze verduidelijking en laat er geen twijfel over bestaan dat het autonomiebegrip beschermd door artikel 8 EVRM een keuze voor schade aan het eigen lichaam mogelijk maakt, tenzij er *raisons particulièrement graves* zijn aan te wijzen om dit tegen te houden (§ 84).

RESPECT VOOR GEBRUIKEN EN TRADITIES VAN SADOMASOCHISTEN

20. Tot slot willen we stilstaan bij het belang dat door het Hof wordt gegeven aan de tradities, afspraken en regels die in sadomasochistische middens gelden. Hier wordt inderdaad expliciet naar verwezen wanneer het erop aan komt te oordelen over de legaliteit en voorspelbaarheid van de inmenging (§§ 56 en 57) en impliciet wanneer wordt geoordeeld over het respect van de toestemming van het slachtoffer binnen de context van het sadomasochistische gebeuren (§85). Het Hof geeft inderdaad veel belang aan 'les règles normalement reconnues pour ce genre de pratiques'. M.a.w. worden het oordeel over de legaliteit en voorspelbaarheid van de vervolging en de toch wel complexe kwestie van de toestemming van het masochistische 'slachtoffer', beoordeeld tegen de achtergrond van een lokaal en wellicht in grote mate informeel en ongeschreven geheel van regels, met name dat van de sadomasochisten en de sadomasochistenclubs. Hun *do's and don't's*, hun gebruiken en gewoonten, worden au sérieux genomen, en worden mee bepalend geacht voor de interpretatie van het gedrag van de protagonisten.

Dit is een interessant gegeven omdat het uitdrukking geeft aan de reeds dikwijls vastgestelde multipliciteit, complexiteit en heterogeniteit van rechtsordes en -tradities, zelfs binnen de nationale rechtssystemen. Het beeld van de gesloten, unitaire, logisch sluitende en piramidale rechtsorde, wijkt voor een grote diversificatie of ver网werking van het recht (bv. Glenn 2004, Ost & Van de Kerchove 2002, Rigaux 1997 & Rouland 1991). Bovendien wordt hiermee de idee erkend dat de betrokkenen bij bepaalde praktijken (ook bv. op het vlak van sport of religieus recht) het best geplaatst zijn om, in eerste instantie, aan die praktijken vorm te geven en te bepalen waaruit hun eigenheid bestaat en welke constraints zij daarvoor moeten respecteren. Dit alles rijst een aantal erg fundamentele vragen zowel met betrekking tot de reikwijdte van het klassieke principe van de algemene vertegenwoordiging en met betrekking tot wat Glenn *sustainable diversity in law* noemt. Wij vinden het dan ook een belangwekkend aspect van het *K.A. & A.D.* arrest dat het de tradities en gebruiken van de sadomasochisten au sérieux neemt als rechtsbron.

21. Rest ons nog de vraag of zo'n sérieux ook terug te vinden is in de Belgische strafwetgeving en rechtspraak inzake zedendelicten. Zonder op deze vraag uitdrukkelijk in te willen gaan, merken we kort op dat deze schijnbaar tot tevredenheid van de meerderheid *niet* de seksuele autonomie centraal stelt, doch de morele houding van de gemeenschap of van een deel van die gemeenschap. Eerdere pogingen, onder meer van toenmalig minister Miet Smet om het seksueel zelfbeschikkingsrecht centraal te stellen, werden nauwelijks ernstig genomen (Hutsebaut 1997). We verwijzen tevens naar onze kritische bespreking van de Belgische rechtspraak in de zaak *K.A.*. Het door sommige commentatoren positief gewaardeerde cassatiearrest in deze zaak, kan evenmin bevredigen en dit om een principiële reden. Er is inderdaad iets niet in de haak wanneer een rechtssysteem een handeling strafbaar stelt (op grond van het delict 'slagen en verwondingen'), en tezelfdertijd die handeling beschermt via het privacygrondrecht. Juridisch wordt zo'n spanning o.i. best niet opgevangen door de creatie van een verschoningsgrond, zoals het Hof van Cassatie doet, doch wel door te spreken van een rechtvaardigingsgrond. Indien seksuele aanrakingen door sadomasochisten verdragsconform zijn, dan dienen deze aanrakingen als rechtmatig en niet-wederrechtelijk te worden beschouwd. Sadomasochisten die de regels van het spel eerbiedigen horen bijgevolg niet thuis in het strafwetboek. Hun seksualiteit is niet-wederrechtelijk en ze moeten verschoond worden van een rechtspraak die hun gedrag als principieel strafbaar beschouwt, doch omwille van de grondrechten *in laatste instantie* wel bereid blijven om de aanwezigheid van een verschoningsgrond aanvaarden. De huidige rechtspraak is er te veel op gericht een te breed geformuleerde incriminatie te redden. Eiser in deze Europese zaak heeft dan ook een punt wanneer hij verdedigt dat de toepassing van een geweldsdelict op een seksuele handeling juridisch niet echt voorzienbaar is. Tenslotte heeft de wetgever omwille van het belang van de seksualiteit voor het individu, een bijzondere groep zedendelicten gecreëerd *naast* de bestaande geweldsdelicten. Een specifiek kader creëren voor verkrachting, doch niet voor onrechtmatig sadomasochisme lijkt ons geen eenduidige boodschap.

BIBLIOGRAFIE

EHRM, *K.A. en A.D.* t. België, 17 februari 2005 via <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>
EHRM, *Pretty* t. Verenigd Koninkrijk, 29 april 2002 via <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>

EHRM, *Laskey, Jaggard en Brown* t. Verenigd Koninkrijk, 19 februari 1997, *R.A.D.-R.J.D.*, 1997, I, 120-148; *E.H.R.R.*, 1997, deel 1; *R.T.D.H.*, 1997, 733-745, noot LEVINET, M. en via <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc>

EHRM, *Modinos*, 22 april 1993, *Publ. Cour eur. D.H.*, Série A, nr. 259

EHRM, *Norris*, 26 oktober 1988, *Publ. Cour eur. D.H.*, Série A, nr. 142

EHRM, *Dudgeon*, 22 oktober 1981, *Publ. Cour eur. D.H.*, Série A, nr. 45

EHRM, *M.C.*, 4 december 2003, rolnummer 39272/98, *EHRC*, 2004/6, noot G. Mols.

Cass. 6 januari 1998, *R.D.P.C.* 1999, 562-572 en via <http://www.juridat.be>

Cass. 25 juni 1998, via <http://www.juridat.be>

Antwerpen, 30 september 1997, *R.W.*, 1997-98, 749-750 en via <http://users.pandora.be/BlackMaster/rechtspraakdocumenten/30.09.97.htm> (website van "BDSM", *dc* 22/3/2005)

Gent, 23 september 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, 263-266.

CLAES E. (2003), *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht. Een grondslagentheoretische benadering*, Universitaire Pers Leuven, 2003, 521 p.

DE HERT, P. (1998), 'Liefde en mensenrechten. Europese rechtspraak', in *Liefde's onrecht. Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht*, RAES, K. (Ed.), *Tegenspraak Cahier* nr. 18, Gent, Mys en Breesch, 78-103.

DE HERT, P. & GUTWIRTH, S. (1998), 'Editoriaal: Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme', *Panopticon*, 1998/4, 279-286.

DE HERT, P. & GUTWIRTH, S. (2000), 'Tussen vrijheid en grondrechten. Een paradigmastrijd met blijvende actualiteitswaarde', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2000/3, 205-214.

DE HERT P. & GUTWIRTH S. (2003) 'Making sense of privacy and data protection. A prospective overview in the light of the future of identity, location based services and the virtual residence' in IPTS-JRC, *Security and Privacy for the Citizen in the Post-September 11 Digital Age. A prospective overview. Report to the European Parliament Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Homme Affairs* (LIBE), July 2003, IPTS-Technical Report Series, EUR 20823 EN, p.111-162. Ze ook: <ftp://ftp.jrc.es/pub/EURdoc/eur20823en.pdf>

DE HERT P. & S. GUTWIRTH (2004), 'Veiligheid en grondrechten. Het belang van een evenwichtige privacypolitiek' in E.R. MULLER (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2004, 587-631.

DE NAUW, A. (1999), 'Les conditions générales de la sanction', noot bij Cass. 6 januari 1998, *R.D.P.C.* 1999, 573-579

EICHBAUM, J.A., 'Lovisi v. Slayton: Constitutional Privacy and Sexual Expression', *Columbia Human Rights Law Review*, 1978-79, vol. 10, nr. 2, 525-540

GLENN, H.P. (2004), *Legal traditions of the world. Sustainable diversity in law*, Oxford U.P., Second edition, 2004, 396 p.

GUTWIRTH, S. (1998a), *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, The Hague, Rathenau Instituut/Otto Cramwinckel, 1998, 152 p.

GUTWIRTH, S. (1998b), 'Vriendschaps niet-recht. Ofte: *De l'amitié comme mode de vie*' in *Liefde's onrecht. Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht*, RAES, K. (Ed.), *Tegenspraak Cahier* nr. 18, Gent, Mys & Breesch, 1998, 211-220.

HUTSEBAUT, F. (1997), 'Het voorontwerp van wet houdende wijziging van een aantal strafbepalingen in het strafwetboek in verband met fysiek en seksueel geweld', *Vigiles*, 1, 1-8.

LEVINET, M. (2002), 'La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité?', *Rev. trim. dr.h.*, 345-368.

- MENDELTS, P. (2003), 'De reikwijdte van grondrechten. Rechterlijke grondrechtsinterpretatie in een toetsingsmodel', *NJCM-Bulletin*, vol. 28, nr. 6, 723-734.
- O'NEILL, O., (1985) 'Between Consenting Adults', *Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, nr. 3, 252-277.
- OST FR. & VAN DE KERCKHOVE M. (2002), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publ. FUSL, 2002, 600p.
- RIGAUX F. (1997), *La loi des juges*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997, 319 p.
- ROULAND, N., *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991, 318 p.
- SOTTIAUX S. (2005), 'Straatsburg beschermt sadomasochisme', *Juristenkrant*, nr. 105, 9 maart 2005, 12.
- WERTHEIMER, A. (2003), *Consent to Sexual Relations*, Cambridge, Cambridge U.P., 293p.

NOTEN

- 1 EHRM, K.A. en A.D. t. België, 17 februari 2005 via <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>, § 84
- 2 Voegen we hier nog aan toe dat K.A. omwille van zijn veroordeling uit het ambt van rechter werd ontzet door het Hof van cassatie op 25 juni 1998 (met verlies van zijn pensioenrechten in de openbare sector).
- 3 Art. 8 EVRM: 1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling; 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan m.b.t. de uitoefening van dit recht dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van rechten en vrijheden van anderen.
- 4 We gaan uitsluitend in op de art. 8 EVRM gerelateerde aspecten van het arrest.
- 5 '[Les juridictions belges] ont aussi visé la "protection de la santé"', staat er te lezen, maar verder wordt er geen aandacht meer aan besteed? Dat zullen wij ook niet doen, en we verwijzen naar wat we hierboven reeds schreven over *potentiële* schade aan de gezondheid en de kritiek die we hierop reeds gaven in onze vroegere commentaar op het *Laskey* arrest (De Hert & Gutwirth, 1998)
- 6 Vgl. 'the Court is persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual's sexual autonomy' (EHRM, M.C., 4 december 2003, rolnummer 39272/98, EHRC, 2004/6, noot G. Mols, § 166)