

PRIVACY, SEKSUELE VRIJHEID EN SADOMASOCHISME

Privacy

De laatste jaren is er met steeds meer klem op gewezen dat privacy te maken heeft met de zelfbepalingsvrijheid van individuen. Privacy beschermt de vrijheid die het individu heeft om een eigen levensproject op te zetten en aan te passen, een levenswijze uit te bouwen, een eigen persoonlijkheid te ontplooien, zijn relaties met anderen te beleven wanneer en zoals het wil, enzovoort. Het westers privacybegrip is dan ook ingebed in de seculiere democratische rechtsstaat. Het is sterk verbonden met de idee dat individuen zich mogen loswrikken van sociaal dwingende factoren (zoals tradities, gewoonten, godsdiensten, groepsidentiteiten, morele kaders, ...) en zich vrij kunnen gedragen ten aanzien van hun wortels en de context waarin zij (op)groeien. Een pluralistische samenleving erkent dat het individueel gedrag niet zomaar in één of andere richting mag worden gestuurd. Zij huldigt het tegendeel van de monotonie. En dat is de inzet van privacy: privacy is de vrijheid om zichzelf te zijn en meteen ook de vrijheid om anders te zijn.

Eén en ander betekent dat privacy – hoe paradoxaal het ook moge lijken – bij uitstek een sociaal gegeven is. Het begrip verkrijgt alleen maar inhoud in een context en door verwijzing naar een complex geheel van maatschappelijke, institutionele, staatkundige, culturele, godsdienstige, historische, epistemologische en situationele parameters waarvan het afhankelijk is. Privacy is bijgevolg relatief, relationeel, meerduidig en open. En dus tevens ondefinieerbaar en onzegbaar. Deze onzegbaarheid is essentieel omdat zij belet dat privacy zou worden beschreven als een recht ‘op iets’ of een recht ‘om *bepaalde* handelingen’ te stellen. Dat zou averechts en beperkend werken. Vanuit het vrijheidsperspectief zijn het normale, het gebruikelijke, het gewone, het gemiddelde en de doorsnede irrelevant. Privacy is zelfbepalingsvrijheid en meteen ook maatschappelijke diversiteit, pluraliteit en culturele rijkdom. Alle gedrag waartoe zij leidt moet in principe worden aanvaard zolang het niet botst met andere rechten, vrijheden en rechtsnormen.

De bescherming van de privacyvrijheid is natuurlijk niet absoluut. Haar beleving moet afgepast worden aan de rechten van anderen en het algemeen belang. Inmengingen in de privacy zijn dan weer slechts legitiem indien zij voldoen aan bepaalde zwaarwichtige voorwaarden. Die zijn in artikel 8, tweede lid EVRM nog het duidelijkst geformuleerd: ten eerste moet de aantasting bij wet – of equivalent bevonden rechtsbron – voorzien worden (formeel criterium); ten tweede kan zij uitsluitend geschieden als zij nodig is in een democratische samenleving (noodzakelijkheids criterium); ten derde, kan zulks alleen ter verwezenlijking van bepaalde, limitatief in

artikel 8, tweede lid EVRM opgesomde wettige doeleinden zoals openbare veiligheid of de vrijwaring van rechten en vrijheden van anderen (legitimiteitscriterium) en ten vierde heeft het Hof te Straatsburg daaraan als voorwaarde nog toegevoegd, dat de inmenging nuttig, onontbeerlijk en evenredig moet zijn voor de verwezenlijking van het vooropgestelde doel (proportionaliteitscriterium). Het laatste criterium impliceert meer concreet dat het vooropgestelde doel niet had kunnen worden bereikt door een maatregel die de gewaarborgde vrijheid in mindere mate zou hebben aangetast (subsidiariteitscriterium). Indien aan die voorwaarden wordt voldaan, kan de overheid maatregelen treffen die een inmenging in de privacy voorstellen, zo niet kan het Hof te Straatsburg ze in tegenstrijd met het EVRM verklaren. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn als telefoontap in een staat wordt bevolen zonder wetgeving die deze mogelijk en voorzienbaar maakt.

Kortom: privacy belandt vanuit juridisch oogpunt steeds in de balans tegenover het algemeen belang en de vrijheden en rechten van anderen. Nooit mag de spanning verdwijnen, nooit mag de balans worden vervangen door een hakbijl. Er zijn geen economische, godsdienstige, wetenschappelijke, ethische, politieke of tribale waarden of waarheden die absolute prioriteit op persoonlijke vrijheid hebben. Anders dreigen de valse eenvormigheid van het totalitaire en de grijze monotonie van de gemiddelden.

Seksuele vrijheid

Nergens komt het voorgaande beter tot uiting dan in de seksualiteit. Privacy is er niet om bepaalde vormen van seksualiteit, laat staan om 'normale seksualiteit' te beschermen. Het is juist het tegendeel: privacy beschermt seksuele vrijheid en seksuele diversiteit. In beginsel is seksueel gedrag vrij en mag het niet worden geregeld of genormaliseerd. Maar zo vanzelfsprekend is dat niet, al was het maar omdat seks in elk geval niet zó vrij is dat hij openlijk kan worden beleefd. Op seks rust immers een discretiegebod dat tot uiting komt in strafbaarstellingen die de openbare schending van zeden of eerbaarheid beteugelen.

Daarnaast blijft het de vraag in welke mate de seksuele vrijheid op de bescherming van privacy kan rekenen. Dat is natuurlijk niet het geval als de keuzevrijheid terzake wordt uitgeschakeld zoals bij verkrachting en seks met kinderen. Strafbarestellingen zijn dan vanzelfsprekende vormen van overheidsingrijpen. Minder duidelijk staan de zaken wanneer het gaat om vormen van seks die (zo luidt het toch) niet gangbaar zijn in de goegemeente. Men denke daarbij bijvoorbeeld aan orale, anale, lesbische, sadomasochistische of incestueuze seks tussen instemmende volwassenen. Is het niet té ver gaan die vormen van vrijwillige seksualiteit te verbieden?

Staat de strafbaarstelling van bijvoorbeeld sodomie nu wel of niet haaks op de privacy? Het Supreme Court van de Verenigde Staten oordeelde in 1986 alvast van niet. In *Bowers v. Hardwick* weigerde het inderdaad een wet van Georgia die anale en orale sodomie tussen toestemmende volwassenen incrimineerde, ongrondwettelijk te verklaren. Droog stelde het dat het recht om homoseksuele sodomie te bedrijven

geen grondwettelijk recht is. Daarbij werd geargumenteerd dat sodomie in strijd is met de morele en familiale tradities van de meerderheid van de burgers in Georgia. Justice BLACKMUN schreef evenwel in zijn virulente *Dissenting opinion* terecht dat het hof naast de kwestie zat. Want Hardwick ging volgens hem over de veel essentiëlere en positief te beantwoorden vraag naar het bestaan van een fundamentele vrijheid om intieme relaties naar eigen inzicht te leiden, ongeacht wat de meerderheid daarover denkt. De macht van de meerderheid beperken is juist een opzet van de *Constitution*. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde in de soortgelijke zaken Dudgeon (1981), Norris (1988) en Modinos (1993) anders dan het hoogste Amerikaanse gerechtshof. Het verklaarde de respectievelijk Britse, Ierse en Cypriotische incriminaties van sodomie in strijd met artikel 8 EVRM dat het respect voor het privé-leven waarborgt. Seksualiteit behoort tot de meest intieme aspecten van de privacy waardoor in een democratische samenleving slechts bijzonder stringente redenen een inmenging van de overheid kunnen legitimeren. Die zijn volgens het Hof in het geval van toestemmende volwassenen niet te vinden: de seksuele vrijheid moet primeren, zelfs wanneer de meerderheid de gedragingen waartoe zij aanleiding geeft, afkeurt. Ook het *Human Rights Committee* van de Verenigde Naties nam een gelijkaardig standpunt in ten aanzien van een soortgelijke incriminatie in Tasmanië.

Deze houding is ook de juiste. Privacy is er immers niet om bepaalde vormen van ‘aanvaardbare’ seks, maar wel om de seksuele vrijheid te beschermen. De ‘normaliteit’ van de seksualiteit is een irrelevante kwestie: beperkingen van de seksuele vrijheid kunnen alleen worden ingegeven worden door de intersubjectieve spanningen waartoe zij aanleiding kan geven. Niet de morele of godsdienstige gevoelens van anderen moeten daadwerkelijk worden geschonden, maar wel hun rechten en vrijheden of het algemeen belang (dat *nota bene* tevens de bescherming van de privacy inhoudt).

Sadomasochisme

Inzake sadomasochistische praktijken heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet dezelfde positie ingenomen als ten aanzien van sodomie. In Laskey, Jaggard en Brown (1997) oordeelde het unaniem dat, zelfs al behoort de seksualiteit tot het privé-leven, de overheid zich toch mag inmengen in praktijken die lichamelijk letsel veroorzaken. De staat mag zulke seksualiteit bijgevolg incrimineren, vervolgen en bepalen tot op welke hoogte de toestemming van het ‘slachtoffer’ de wederrechtelijkheid van de daad wegneemt. Het belang van de openbare gezondheid primeert op de privacy.

De drie klagers – Laskey, Jaggard en Brown – zijn, tezamen met een veertigtal personen, betrokken geweest bij sadomasochistische handelingen, die zich uitstrekten over een periode van tien jaar. In hun speciaal daartoe aangelegde folterkamers werden evenwel geen blijvende letsels of infecties toegebracht daar de betrokkenen op elk ogenblik via een stopwoord de bewuste handelingen konden onderbreken of

eindigen. Het geheel werd verfilmd en verspreid onder de leden van de groep. De Britse strafrechter veroordeelde dit 'liefdesspel' en legde strafsancties op.

Het Straatsburgse Hof opent zijn arrest met een vreemde bocht ten aanzien van de 'sodomie'-arresten. Het bevestigt natuurlijk dat seksualiteit geniet van privacybescherming, maar het werpt de vraag op of hier wel een zaak betreffende het privéleven aan de orde is, gezien het aanzienlijk aantal personen dat bij de seksuele activiteiten betrokken is. Dit wijst op een bijzonder ongelukkige duiding van privacy: seksualiteit met velen – dus 'abnormale' seksualiteit – zou vanuit die optiek geen bescherming verdienen. *Exit* de seksuele vrijheid, dus. Maar gelukkig betwist geen van de partijen de toepasbaarheid van artikel 8 EVRM, zodat het hof hierover niet hoeft door te boren.

Blijft de vraag of de inmenging van het Britse rechtssysteem verenigbaar is met artikel 8, 2 EVRM. Het Hof is van mening dat de ernst van het toegebrachte letsel en het risico van ernstig letsel, de staat toelaten om de betrokkenen, met het oog op de bescherming van de gezondheid, te vervolgen en te bestraffen. Verder gaat het Hof na of het overheidsingrijpen en de veroordeling noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en of die ingrepen beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke noodzaak. Ook wordt onderzocht of de veroordeling proportioneel is ten aanzien van het nagestreefde doel. Het Straatsburgse Hof beslist tenslotte dat geen verdragsschending voorligt. In de eerste plaats acht het de motieven voor de bemoeienis van de Britse autoriteiten pertinent en voldoende. Principieel beschikken staten immers over het recht om via het strafrecht praktijken te reguleren die lichamelijke schade kunnen veroorzaken. Of deze praktijken aan de orde zijn tijdens een seksueel spel of niet, is klaarblijkelijk niet terzake. Bovendien liggen extreme praktijken voor die een aanzienlijke schade voor de betrokkenen (kunnen) betekenen. In de tweede plaats acht het Hof dat tegemoet wordt gekomen aan de proportionaliteitsvereiste. Opnieuw wordt daarbij naar de ernst van het feitenbestek verwezen: de geïmplementeerde praktijken werden op georganiseerde wijze uitgevoerd, gedurende meer dan tien jaar, terwijl alleen bepaalde, zwaardere feiten werden vervolgd. De klacht wordt afgewezen.

De passage waarin het Hof de vraag naar de toepasselijkheid van privacy op sadomasochistische groepsseks open laat, kan onmogelijk onderschreven worden. Zij opent immers de deur voor een toepassing van de grondrechten *à la tête du client*. Eenmaal aanvaard dat de seksuele vrijheid een beschermwaardige zaak is, dan is er geen enkele reden om voor groepseks een stap terug te doen. Sadomasochisme tussen toestemmende volwassenen is in beginsel beschermwaardig. De keuze om seksualiteit in groep te beleven is niets anders dan een mogelijke uitoefening van de privacyvrijheid en moet – wat men er ook over vindt – om die redenen gerespecteerd worden. Ook een beroep op de menselijke waardigheid is hier niet terzake, en zeker niet alleen omdat dit criterium ook contextueel en intersubjectief is. Pervers' is niet hetzelfde als 'mensonwaardig' en van degradatie van de participanten tot objecten is geen sprake. Het uitleven van menselijke fantasieën is in regel niet mensonwaardig, integendeel, het behoort tot de seksuele zelfbepalingsvrij-

heid. Het is zelfs waardevol. Elke overheidstussenkomst moet dan ook ernstig beoordeeld worden in het licht van artikel 8 EVRM.

Overigens kunnen nog opmerkingen worden gemaakt over de door het Hof uitgevoerde toetsing. Zo kan het aangevoerde legitimitietsmotief – de bescherming van de gezondheid – afgedaan worden als een dekmantel voor anderen motieven. Het gezondheidsargument werd overgenomen van het Engelse House of Lords dat een risico zag voor aidsverspreiding via bloedsporen en een risico voor niet ingecalculerde schade. Hoewel na tien jaar praktijk nooit medische verzorging nodig bleek en er geen infecties of blijvende schade werden vastgesteld, blijft het toch nog hameren op het gezondheidsmotief: er was, zegt het, ernstige schade en hoe dan ook, staten zijn gerechtigd op te treden ook wanneer er sprake is van potentiële schade. Maar als potentiële schade een overheidsinmenging kan legitimeren, waar zijn we dan aan begonnen? Trouwens, met zo'n criterium kunnen ook heel wat gevaarlijke, zoniet alle sporten, worden verboden. De niet uitgesproken overtuiging van het Hof is echter dat sadomasochisme kan verboden worden omwille van de bescherming van de moraal: impliciet wordt immers een grens getrokken tussen 'normale, wettelijke seksualiteit' en 'abnormale, te verbieden seksualiteit'. De uiteindelijke afweging van het Hof stelt dan ook teleur. Tien jaar toestemmende seksualiteit door volwassen mannen zonder blijvend letsel, rechtvaardigen geenszins de zware gevangenisstraffen opgelegd door de Engelse rechters, de publieke bestraffing door de seksgeile media en het ontslag van de betrokkenen door hun verontruste werkgevers. Evenmin aanvaardbaar is dat Straatsburg de deur voor de overheid letterlijk op een kier zet: die kan zich thans geroepen voelen om in de slaapkamers te piepen op zoek naar laakbare seks.

In België zijn recentelijk (in de nasleep van Laskey, Jaggard en Brown) twee gelijkaardige zaken tegen sadomasochisten geweest. Hierbij wordt teruggevallen op artikel 380 Sw. e.v. rond het catch-all begrip ontucht, of op 398 Sw. e.v. inzake slagen en verwondingen. Staan we er even bij stil.

Eind september 1997 wordt de Mechelse rechter Koenraad Aourousseau, door het Hof van Beroep te Antwerpen veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van een jaar en een zware boete. Aourousseau, tegen wie geen klacht was ingediend, werd vervolgd voor sadomasochistische praktijken en werd schuldig bevonden aan het hulp bieden bij ontucht en het aanbrengen van slagen en verwondingen. Meer precies steunt de veroordeling op de schending van artikel 398 Sw.: slagen en verwondingen met het oogmerk om een bepaald persoon aan te randen. De rechter maakt toepassing van de leer van het opzet. Een gewoon algemeen opzet volstaat, wat maakt dat de bedoeling van de dader die genot wou verschaffen en geenszins schade wou toebrengen, niet relevant wordt geacht. Het feit dat alle betrokkenen ingestemd hadden, wordt van de hand gedaan met een verwijzing naar het openbare orde karakter van de strafwet en het 'absoluut' karakter van het door artikel 398 Sw. beschermde grondrecht op lichamelijke integriteit. De toestemming kan volgens het Hof slechts 'incidenteel in overweging genomen worden bij de beoordeling van de strafwaardigheid en alleszins bij de straftoemeting'. Ook vond het Hof 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. Dat de gepleegde feiten zich niet eens konden of mochten voordoen in een S.M.-club tussen gelijkgezinden, reden waarom er uitgeweken werd naar andere plaatsen, wordt hiervoor als bewijs gehanteerd.

Deze starre toepassing van het strafrecht staat haaks op de Straatsburgse jurisprudentie (Dudgeon, Norris, Modinos en Laskey, Jaggard en Brown). Doorslaggevend in het Laskey-arrest was immers de lichamelijke schade toegebracht tijdens het seksueel spel, welke volgens de informatie van het Hof geenszins gering was. Dergelijke schade ligt in België niet voor, waardoor de veroordeling louter moreel van aard lijkt en moet worden afgekeurd. Nochtans had het Hof een overtuigender verhaal kunnen opbouwen. Uit het in de pers weergegeven feitenrelaas blijkt immers dat de gefilmde slavin meermaals het afgesproken wacht- of stopwoord inriep, zonder dat Arousseau of zijn gezellen hieraan gevolg gaven. Niet één of andere verwijzing naar een verkeerdelijk voor absoluut genomen grondrecht op lichamelijke integriteit, maar precies dit gebrek aan eerbied voor de toestemming vormt onzes inziens één van de factoren die de toepassing van het strafrecht *in casu* eventueel zou kunnen legitimeren.

De toestemming én het feit dat pijnigingen voorlagen die geen medische verzorging nodig maakten of littekens veroorzaakten, staan centraal in de beoordeling van een tweede sadomasochistische zaak door het Hof van Beroep te Gent. Het Hof spreekt de beklaagden vrij, nadat het vaststelt dat de lichamelijke integriteit ten dele het voorwerp uitmaakt van het zelfbeschikkingsrecht van individuen: 'Hoewel men niet over zijn leven beschikt (doden op verzoek blijft strafbaar), moet aanvaard worden dat eenieder toch in beperkte mate en ter bereiking van een redelijk doel over zijn lichamelijke integriteit beschikt. Als voorbeelden kunnen worden vermeld: gewelddaden eigen aan bepaalde vormen van sportbeoefening (gevechtssporten) die niet strijdig zijn met de aanvaarde spelregels, bloedtransfusies, esthetische chirurgie'. Het Hof besluit dat artikel 398 Sw. niet van toepassing is: 'Het toebrengen van voormelde lichte slagen en/of verwondingen aan meerderjarigen in het kader van een sadomasochistische beleving van seksualiteit moet, gelet op de ongedwongen en voorafgaande toestemming van het "slachtoffer", gerechtvaardigd kunnen zijn'. Het Gentse Hof oordeelde verder dat de betrokkenen zich niet bewust waren van de mogelijke toepassing van de strafwet en dat er in België tot op heden geen rechtspraak bekend is waarbij sadomasochistische praktijken bestraft werden als 'opzettelijke slagen en verwondingen' hoewel het Strafwetboek toch reeds dateert van 8 juni 1867. Daarenboven werd nuchter vastgesteld dat in talloze beschikbare Belgische publicaties ongehinderd reclame wordt gemaakt voor S.M.-seks.

Het valt te hopen dat de parketten in België en in de rest van Europa de slechte boodschap van het Laskey-arrest niet al te goed begrijpen teneinde zich met nieuwe inzet toe te spitsen op de vervolging van 'slechte seks'. Doorslaggevend hiervoor is alleszins *niet* dat een groot deel van de samenleving blijft gruwelen van het toebrengen van zweepslagen op intieme delen, het doorprikken of laten doorprikken met naalden van borsten of geslachtsdelen, het aanbrengen van klemmen en ge-

wichtjes aan tepels of schaamdelen en het toedienen van stroomstoten erop.¹ In een democratische rechtsstaat zijn de privacyvrijheid en de seksuele vrijheid daarvoor te belangrijke verworvenheden. De wettelijke of gerechtelijke normalisering van de seksualiteit op basis van morele of godsdienstige argumenten moet radicaal worden afgewezen. Alleen in gevallen waarbij het genot van de seksuele vrijheid daadwerkelijk botst met andere rechten of het algemeen belang – en alleen daarom, niet omwille van het verwerpelijke karakter van ‘dàt soort seks’ – kunnen extreme seksualiteitsbelevingen, mits de naleving van een reeks stringente voorwaarden, worden beperkt. Dat hebben de Gentse rechters alleszins beter begrepen dan hun Straatsburgse en Antwerpse collega’s.

De seksualiteit is vrij, laat ons ervan genieten.

Bibliografie

Hof Mensenrechten, arrest Dudgeon van 22 oktober 1981, *Publ. Cour eur. D.H.*, Série A, nr. 45.

Hof Mensenrechten, arrest Norris van 26 oktober 1988, *Publ. Cour eur. D.H.*, Série A, nr. 142.

Hof Mensenrechten, arrest Modinos van 22 april 1993, *Publ. Cour eur. D.H.*, Série A, nr. 259.

Hof Mensenrechten arrest Laskey, Jaggard en Brown van 19 februari 1997, *R.A.D.-R.J.D.*, 1997, I, 120-148; *E.H.R.R.*, 1997, dl. 1; *R.T.D.H.*, 1997, 733-745, noot LEVINET, M. en (<http://www.dhcour.coe.fr/fr/LASKEY.f.html>).

Gent, 23 september 1997, *A.J.T.*, 1997-98, 263-266.

Antwerpen, 30 september 1997, *R.W.*, 1997-98, 749-750 (bevestigd door Cass., 6 januari 1988, *onuitg.*).

ARNOU, P., ‘Somasochisme, wel ontucht, geen slagen?’, noot onder Gent, 23 september 1997, *A.J.T.*, 1997-98, 263-266.

DE HERT, P., ‘Liefde en mensenrechten’, in RAES, K. (ed.), *Liefdes onrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 75-103.

1. Dat gruwelen is overigens zeer dikwijls ambigu: hoeveel mensen gaan er niet eens naar ‘zo’n films’ kijken of koesteren ‘zo’n fantasieën’, hoeveel mensen gaan niet eens ‘lekker gruwelen’ voor tv of in de bioscoop, ...

GUTWIRTH, S., *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag, Rathenau Instituut/Otto Cramwinckel, 1998, 152 p.

RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel/Parijs, Bruylant/L.G.D.J, 1990, 849 p.

RIGAUX, F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres?*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, Larcier, Bruxelles, 1992, 317 p.

TRIBE, L.H., *American constitutional law*, New York, The foundation press, 1988, 1421-1435.

VELAERS, J., 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 176-177.

Paul DE HERT en Serge GUTWIRTH