

TOESTEMMING TOT SEKSUELE HANDELINGEN

Aantal woorden: 45.230

Laura Byn

Studentennummer: 01404600

Promotor: Prof. dr. Gert Vermeulen

Commissaris: Aurélie De Meester

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de Rechten

Academiejaar: 2018 - 2019



Ondergetekende verklaart dat de inhoud van deze masterproef mag worden geraadpleegd en/of gereproduceerd voor persoonlijk gebruik. Het gebruik van deze masterproef valt onder de bepalingen van het auteursrecht en bronvermelding is steeds noodzakelijk.

VOORWOORD

Het einde van mijn opleiding in de rechten dient zich aan. Deze masterproef vormt de kers op de taart van vijf zeer uitdagende jaren. De rechtenopleiding stimuleerde mij intellectueel enorm. Van openbaringen in theoretische lessen tot het trots indienen van geschreven conclusies en papers. Hoewel het niet altijd zonder slag of stoot verliep, biedt het een enorme voldoening te weten dat ik de eindmeet bijna heb bereikt.

Dit geeft me ook de gelegenheid om enkele personen te bedanken die het zonder twijfel verdienen.

Mijn ouders vormden gedurende deze opleiding een onuitputtelijke bron van steun. Niets was hen te veel. Ik kon er steeds terecht met mijn zorgen en klachten, maar ook met mijn verwezenlijkingen. Daarenboven boden ze me ook de mogelijkheid om überhaupt verder te studeren en mijn dromen na te jagen.

Daarnaast wil ik tevens mijn vriend Mathias bedanken voor zijn hulp gedurende mijn opleiding. Met een eeuwig geduld was geen enkele vraag hem te veel die ik als geïnteresseerde en beginnende bachelorstudent op hem afvuurde. Hij las ook deze masterproef na en bood mijn vele gedachten een uitermate nuttig klankbord.

Verder bedank ik ook graag mijn vrienden voor de vele gesprekken en aanmoedigingen wanneer het even wat moeilijker ging.

Tot slot wil ik ook mijn promotor, Prof. dr. Gert Vermeulen, bedanken om mij de gelegenheid te bieden mij te verdiepen in mijn grootste interessegebied. Zijn deskundigheid, bijsturingen en eeuwige kritische blik gaf deze thesis de vorm die het nodig had.

INHOUDSTAFEL

| | |
|---|-----------|
| VOORWOORD | 5 |
| INHOUDSTAFEL | 7 |
| 1 INLEIDING | 11 |
| 2 ONDERZOEK | 17 |
| 2.1 ONDERZOEKSVRAAG | 17 |
| 2.2 ONDERZOEKSMETHODE | 18 |
| 2.2.1 Algemeen | 19 |
| 2.2.2 Concreet..... | 20 |
| 3 DEFINIËRING EN STRAFBAARSTELLING | 23 |
| 3.1 TOESTEMMING..... | 23 |
| 3.2 VERKRACHTING | 24 |
| 3.2.1 Internationaal..... | 24 |
| 3.2.2 Nationaal: artikel 375 Sw..... | 25 |
| 3.3 AANRANDING VAN DE EERBAARHEID | 28 |
| 3.3.1 Internationaal..... | 28 |
| 3.3.2 Nationaal: artikelen 372 – 374 Sw..... | 29 |
| 3.4 VOYEURISME..... | 32 |
| 3.4.1 Internationaal..... | 32 |
| 3.4.2 Nationaal: artikel 371/1 Sw..... | 33 |
| 4 VERGELIJKING | 37 |
| 5 VOORWAARDEN | 39 |
| 5.1 GEEN AANTASTING VRIJWILLIGHEID: UITSLUITINGSGRONDEN | 39 |
| 5.1.1 Dwang..... | 41 |
| 5.1.1.1 Geweld | 42 |
| 5.1.1.2 Bedreiging | 43 |
| 5.1.2 Verrassing | 45 |
| 5.1.3 List | 46 |
| 5.1.4 Macht | 47 |
| 5.1.4.1 Strafrecht..... | 47 |
| 5.1.4.2 Gegevensbeschermingsrecht..... | 51 |
| 5.2 ONDUBBELZINNIG..... | 53 |
| 5.2.1 Gegevensbeschermingsrecht..... | 53 |
| 5.2.2 Strafrecht..... | 54 |
| 5.2.2.1 Expliciet? | 55 |
| 5.2.2.2 Positief?..... | 59 |
| 5.3 SPECIFIEK..... | 60 |
| 5.3.1 Gegevensbeschermingsrecht..... | 61 |
| 5.3.2 Gezondheidsrecht..... | 62 |
| 5.3.3 Strafrecht..... | 63 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 5.3.3.1 | Evolutie: van algemeen naar specifiek | 63 |
| 5.3.3.2 | Stealththing..... | 64 |
| 5.4 | GEÏNFORMEERD..... | 66 |
| 5.4.1 | Strafrecht..... | 66 |
| 5.4.2 | Gezondheidsrecht..... | 68 |
| 5.4.2.1 | Internationaal | 69 |
| 5.4.2.2 | Nationaal | 70 |
| 5.4.3 | Risicovol seksueel gedrag..... | 72 |
| 5.5 | TIJDSTIP | 74 |
| 5.5.1 | Voorafgaand..... | 74 |
| 5.5.1.1 | Gegevensbeschermingsrecht..... | 75 |
| 5.5.1.2 | Strafrecht..... | 75 |
| 5.5.2 | Herroepbaar | 76 |
| 5.5.2.1 | Gegevensbeschermingsrecht..... | 76 |
| 5.5.2.2 | Strafrecht..... | 77 |
| 5.6 | VAN DE BETROKKE ZELF..... | 80 |
| 5.7 | BEKWAAMHEID BETROKKE..... | 81 |
| 5.7.1 | Minderjarigheid | 82 |
| 5.7.1.1 | Grens seksuele meerderjarigheid..... | 84 |
| 5.7.1.2 | Gebrek aan kennis: dwaling? | 85 |
| 5.7.2 | Intoxicatie | 86 |
| 5.7.3 | Kwetsbare toestand | 87 |
| 5.7.3.1 | Fysieke of geestelijke onvolwaardigheid..... | 93 |
| 5.7.3.2 | Ziekte..... | 96 |
| 5.7.3.3 | Ouderdom..... | 97 |
| 5.7.3.4 | Zwangerschap | 99 |
| 5.7.3.5 | Precaire of onwettige administratieve of sociale toestand | 99 |
| 6 | CASESTUDY | 103 |
| 7 | WETSVOORSTEL STRAFWETBOEK BOEK II | 105 |
| 7.1 | INLEIDING..... | 105 |
| 7.2 | ZELFBESCHIKKINGSRECHT | 105 |
| 7.3 | SEKSUELE HANDELINGEN | 106 |
| 7.4 | TOESTEMMINGSPREMISSE | 109 |
| 7.4.1 | Leeftijdsaanpassing | 110 |
| 7.4.2 | Gezag..... | 111 |
| 7.4.3 | Kwetsbare persoon | 112 |
| 7.5 | CONCLUSIE | 113 |
| 8 | BESLUIT | 115 |
| 9 | BIBLIOGRAFIE..... | 119 |
| 9.1 | WETGEVING | 119 |
| 9.1.1 | Verdragen Raad van Europa..... | 119 |
| 9.1.2 | Wetgeving Europese Unie..... | 119 |
| 9.1.3 | Internationale bronnen | 120 |
| 9.1.4 | Europese bronnen | 120 |
| 9.1.5 | Buitenlandse wetgeving | 121 |
| 9.1.6 | Nationale wetgeving..... | 122 |

| | | |
|-------|-----------------------------------|-----|
| 9.1.7 | Parlementaire stukken | 123 |
| 9.2 | RECHTSPRAAK | 124 |
| 9.2.1 | Europese rechtspraak..... | 124 |
| 9.2.2 | Nationale rechtspraak | 124 |
| 9.3 | RECHTSLEER..... | 126 |
| 9.3.1 | Boeken | 126 |
| 9.3.2 | Bijdragen in verzamelwerken | 127 |
| 9.3.3 | Bijdragen in tijdschriften..... | 128 |
| 9.4 | ONLINE BRONNEN | 130 |

1 INLEIDING

1. #MeToo ging viraal op sociale media in 2017 en 2018. In berichten vergezeld van deze hashtag vertelden sociale mediagebruikers slachtoffer te zijn geweest van seksuele intimidatie. Hiermee wouden zij de grootte van het probleem kenbaar maken in onze nochtans geëvolueerde en moderne maatschappij. Als reactie daarop werden ook namen genoemd van personen die zich aan seksueel grensoverschrijdend gedrag schuldig zouden gemaakt hebben.¹ Een groot deel van de bevolking reageerde geschokt en verontwaardigd op de prevalentie van seksueel geweld. Het is nochtans al langer geweten dat seksueel geweld onder de radar woedt en een moeilijk ophefbaar taboe uitmaakt.

De cijfers liegen er niet om. Dagelijks doen in België ongeveer 8 à 10 mensen aangifte van verkrachting. Dit gaat dan nog maar enkel over verkrachting: de meest gekende en ingrijpende vorm van seksueel geweld. Daarbij moet nog rekening worden gehouden met *the dark number*.² Volgens KENNES doet 93% van de volwassen, vrouwelijke slachtoffers geen aangifte. Ze wijst er terecht op dat deze problematiek onder mannelijke slachtoffers nog een veel groter taboe kent en dat daar het cijfer waarschijnlijk nog schrijnender zal zijn.³ De redenen van niet-aangifte lopen uiteen. Schaamte, ontkenning en angst voor de reactie van anderen zijn slechts enkele factoren. De vrees voor de reactie van anderen bleek in het verleden reeds meermaals gegrond. Of het nu gaat om vrienden en familie, om fans van Michael Jackson (naar aanleiding van de documentaire *Leaving Neverland*) of trouwe televisiekijkers van Bart de Pauw: slachtoffers worden systematisch niet geloofd en aan de kant geschoven.

Het stereotiepe beeld van de brutale verkrachting door een onbekende viespeuk op een donkere straathoek zit nog steeds vast geworteld in onze cultuur. Erkennen dat elke sympathieke collega of elk familielid een verkrachter kan zijn, zou betekenen dat niemand nog veilig is; noch van het ouderschap en nog minder van het slachtofferschap. Indien zedenplegers niet enkel “gekken” zouden zijn en slachtoffers niet enkel “erom vroegen”, kan iedereen ten prooi vallen. Deze stereotypen moeten ons gemoedsrust bieden. Ze moeten ons sussen en vertellen dat dit niet bij ons gebeurt.⁴

Deze stereotypen zijn echter niet de realiteit. Seksueel geweld komt voor in alle klassen van de maatschappij en in elke vorm van menselijk contact. Seksueel geweld baande zijn weg door de eeuwen heen en baant zijn weg ook doorheen fabrieksmuren, maar evenzeer door moderne, torenhoge kantoorgebouwen.

¹ X, *MeToo (hashtag)*, [https://nl.wikipedia.org/wiki/MeToo_\(hashtag\)](https://nl.wikipedia.org/wiki/MeToo_(hashtag)) (consultatie 15 februari 2018).

² Dit begrip wordt gebruikt om niet-registreerde criminaliteit aan te duiden; X, *Dark number*, https://nl.wikipedia.org/wiki/Dark_number (consultatie 13 oktober 2018).

³ L. KENNES, *Alleen ja telt: hoe seksueel geweld stoppen?*, Antwerpen, Polis, 2018, 9.

⁴ L. KENNES, *Alleen ja telt: hoe seksueel geweld stoppen?*, Antwerpen, Polis, 2018, 12-13.

Nu het beeld van de zedenpleger als onbekende viespeuk in een verlaten steegje deels ontkracht is, steekt de vraag de kop op: wie is de zedenpleger dan wel? In het merendeel van de gevallen zijn de daders bekenden voor het slachtoffer en staan zij zelfs dicht bij hen. Dikwijls zijn het mensen die ze kennen en soms zelfs liefhebben. Hier wordt het maatschappelijke aspect van de toestemming relevant. Soms zullen deze daders zelfs niet beseffen dat zij iemand in zijn of haar seksuele integriteit geschonden hebben.

Het ondertussen reeds meer en meer bekende "*freeze syndrome*" (ofte: tonische immobiliteit) werkt dit ook in de hand. Dit fenomeen maakt deel uit van de *fight-flight-freeze* reactie die een individu kan hebben in de situatie waarbij er zich een mogelijke bedreiging voordoet. Indien het brein denkt noch te kunnen ontsnappen, noch het gevaar te kunnen afvechten, zal de persoon verlamd worden door angst. Er vindt vaak dissociatie plaats om niet te voelen en beseffen wat er gaande is. Het slachtoffer zal niet meer reageren, noch tegenstribbelen. Het lichaam maakt opioïden en gelukshormonen aan om de pijn te verdoezelen. Het is geen keuze die het slachtoffer maakt, maar een kortsluiting die het lichaam in bedwang houdt; het is een lichamelijke reflex die buiten het rationele denken ligt en gestuurd wordt door hormonen.⁵

Aangezien het slachtoffer zich niet verzette, zou de dader kunnen opwerpen dat hij niet op de hoogte was van de afwezigheid van de toestemming. Er is namelijk nog steeds nood aan een moreel bestanddeel bij seksuele misdrijven. Opdat sprake kan zijn van een strafbare gedraging, moet de dader geweten hebben of had deze moeten weten dat de andere persoon niet toestemde terwijl hij of zij toch de desbetreffende acties verderzette. Door hogere eisen te stellen aan de toestemming die beide partijen moeten geven alvorens seksuele handelingen te stellen, kan getracht worden oprechte misverstanden en strafbare feiten die worden voorgehouden als misverstand tegen te gaan.

Hetzelfde fenomeen doet zich voor bij slachtoffers. Soms zijn ook zij zich niet bewust van het geweld dat ze hebben ondergaan. De ene zal het afschrijven als slechte of onaangename seks, de andere zal het bestempelen als een misverstand. Het bewustzijn van deze problematiek verhogen en de aandacht vestigen op de nood aan zekerheid omtrent de toestemming van de seksuele partner, is een belangrijke stap in de goede richting.

2. Gelukkig wordt stap voor stap de wereld zich meer en meer bewust van de hoeveelheid aan seksueel geweld dat plaatsvindt. Dit wil echter niet zeggen dat het seksueel geweld zelf daalt. Op 2 mei 2019 werden

⁵ Voor een uitgebreidere uiteenzetting zie L. KENNES, *Alleen ja telt: hoe seksueel geweld stoppen?*, Antwerpen, Polis, 2018, 108-112; SELTZER, L. F., *Trauma and the Freeze Response: Good, Bad, or Both?*, <https://www.psychologytoday.com/us/blog/evolution-the-self/201507/trauma-and-the-freeze-response-good-bad-or-both> (consultatie 23 maart 2019).

cijfers gepubliceerd van seksueel geweld in het Amerikaanse leger. Terwijl sinds 2016 ook het aantal aangiftes gestegen zijn, is het geschatte effectieve seksuele geweld dat ook.⁶

Evoluties zoals #MeToo inspireerden verscheidene landen om actie te ondernemen en aan de slag te gaan met deze informatie. Los van campagnes die het bewustzijn verhogen, steken nieuwe juridische initiatieven de wetgeving omtrent seksuele delicten in een nieuw jasje via een *update*. Aan de basis van deze initiatieven ligt zowel de noodzaak tot herziening van verouderde wetgeving, hoogdringend aan vervanging toe, als de wens om een krachtig, maatschappelijk signaal te geven over wat kan en wat niet kan.

Zo werd de zedenwet in Zweden recentelijk verstrengd. De Zweedse overheid en wetgever willen de misdrijven van aanranding van de eerbaarheid en verkrachting door misverstanden in aantal verminderen.⁷ De wetwijziging is echter niet wat sommige (Belgische) journalisten ervan maken. De grootste en belangrijkste wijziging die werd doorgevoerd in de Zweedse wetgeving, werd in België reeds in 1989 doorgevoerd. Centraal staat het begrip toestemming of *consent* als bepalende factor voor de vraag of er sprake is van een misdrijf of niet. Er is niet langer geweld, bedreiging of uitbuiting van een kwetsbare toestand vereist opdat de feiten als verkrachting zouden kunnen gekwalificeerd worden.⁸ Dit oude begrip van verkrachting was evenwel zeer strikt. De *UN Committee on the Elimination of Discrimination* tikte buurland Noorwegen immers reeds eerder op de vingers voor gelijkaardige wetgeving⁹. Het comité beval Noorwegen om toestemming centraal te positioneren in de delictsomschrijving van het misdrijf verkrachting.¹⁰ De nieuwe wetgeving wil de communicatie rondom seks verbeteren en zoveel als mogelijk voorkomen dat seksueel geweld onder het mom van miscommunicatie plaatsvindt.

De Zweedse overheid beseft echter maar al te goed dat wetgeving slechts één aspect van een grotere problematiek behandelt.

⁶ X, *US military reports major spike in sex assaults*, https://www.bbc.com/news/world-us-canada-48125906?ocid=socialflow_facebook&ns_source=facebook&ns_campaign=bbcnews&ns_mchannel=social&fbclid=IwAR2_whzH5CTOt3o9HB0p3r9sduplS3rXpZMBwUWuk49ZEAQtXcrVZlI3is4 (consultatie 3 mei 2019).

⁷ X, *Zweden past zedenwet aan: Seks voortaan alleen met uitdrukkelijke toestemming*, <https://joop.bnnvara.nl/nieuws/zweden-past-zedenwet-aan-seks-voortaan-alleen-uitdrukkelijke-toestemming> (consultatie 4 april 2018).

⁸ De Zweedse Regering, *Press release: New sexual offence legislation based on consent*, <http://www.government.se/press-releases/2017/12/new-sexual-offence-legislation-based-on-consent/> (consultatie 4 april 2018).

⁹ T. KULDOVA en R. PFALLER, *Explicit consent! Swedish seks bill and pseudo-politics of awareness raising*, <http://www.injustice-film.com/2018/01/04/explicit-consent-swedish-sex-bill-pseudo-politics-awareness-raising/>. (consultatie 4 april 2018).

¹⁰ Committee on the elimination of discrimination against women, *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, 9 maart 2012, nr. 24, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-NOR-CO-8.pdf> (consultatie 4 april 2018).

Ze formuleert bemerkingen die het belang van de wetgeving in een ruimer perspectief plaatsen:

1. *“to bring about real change, we need to talk about the responsibilities of men and boys;*
2. *more people must dare to report and more offenders must be prosecuted;*
3. *the justice system must give priority to sexual offences, especially when children and young people are involved”¹¹*

3. Niet enkel op maatschappelijk, maar ook op juridisch gebied wordt het begrip toestemming nog tekort gedaan. De te vervullen voorwaarden voor de toestemming tot seksuele handelingen hebben geen omstandige beschrijving die voldoende recent is om de huidige maatschappelijke problemen te ondervangen. Er moet een groter vangnet gecreëerd worden om bepaalde situaties die nu tussen de mazen van het net glijpen, ook onder de strafbaarstelling te kunnen brengen. Een systematische en geactualiseerde oplijsting ontbreekt om het hoofd te bieden aan de recente veranderingen in onze samenleving. De hogervermelde fenomenen vergen een bredere juridische toelichting van het begrip toestemming.

Met deze nieuwe maatschappelijke wending, die ook tot uiting komt in de juridische wereld en de rechtbanken, steken ook meer en meer vragen de kop op. De grijze zone tussen seksuele handelingen en verkrachting of aanranding van de eerbaarheid manifesteert zich meer dan ooit. Vragen zoals “Houdt een date toestemming in tot seks?”, “Kan toestemming altijd ingetrokken worden?”, “Hoe expliciet moet toestemming gegeven worden?” en “Mag de toestemming beïnvloed worden door bepaalde factoren?” stellen zich onverbiddeijk.

4. Het onderwerp van deze masterproef situeert zich in het seksueel strafrecht en het begrip “toestemming” vormt het kernwoord. De toestemming is verweven als fundament in de gehele Belgische rechtsorde: toestemming is te vinden in het gegevensbeschermingsrecht, het vennootschapsrecht, gezondheidsrecht, verbintenissenrecht en zelfs in het strafrecht. In het algemeen verbintenissenrecht is een geldige toestemming noodzakelijk voor de totstandkoming van een overeenkomst tussen twee of meerdere partijen. In het strafrecht bepaalt toestemming in een aantal gevallen of er al dan niet sprake is van een misdrijf.

Het doel is het ontwikkelen van een nieuwe en moderne toestemmingsnotie die allesomvattend is. In het licht van de problematiek van seksueel geweld en in het kader van de ontwikkeling van een nieuw toestemmingsbegrip in het gegevensbeschermingsrecht, moet de toestemming in het seksueel strafrecht ook dringend herbekeken worden. Er zal onderzocht worden welke geldigheidsvoorwaarden gesteld moeten worden aan de toestemming van de bij seksuele handelingen betrokken partijen opdat er geen sprake zou

¹¹ <https://www.government.se/48e153/contentassets/bd47f8d9200f49fe95fb9821cb749363/consent--the-basic-requirement-of-new-sexual-offences-legislation.pdf> (consultatie 4 april 2018).

zijn van een misdrijf. De geïndiceerde misdrijven maken de kern uit van het seksueel strafrecht. Het gaat om het misdrijf van verkrachting, aanranding van de eerbaarheid en voyeurisme.

Vooreerst wordt aangevat met het onderzoeksluik dat de onderzoeksvragen en onderzoeksmethode uiteenzet. Daarna zal een definiëring en bespreking volgen van de strafbaarstelling van de drie misdrijven in kwestie. Hierna volgt een korte vergelijking van de gedane vaststellingen en ontdekte discrepanties tussen de verschillende misdrijven en hun strafbepalingen. Vervolgens wordt uitgebreid nagegaan wanneer toestemming geldig gegeven is voor seksuele handelingen. Deze geldigheidsvoorwaarden zullen dan één voor één onderzocht worden. Daarna volgt een beknopte casestudy van een zaak die aanhangig was voor de rechtbank van eerste aanleg om de ontwikkelde theorie voorzichtig af te tasten aan de praktijk. Als afsluiter zal een hangend wetsvoorstel uit de doeken gedaan worden en kritisch worden benaderd.

Deze masterproef zal niet alleen bijdragen tot het maatschappelijk debat en hopelijk stof bieden tot nadenken, maar zal ook de juridische acties ondersteunen die in het licht daarvan genomen worden. Het onderzoek is voornamelijk gericht aan de wetenschappelijke sector. Het heeft ook tot doel de rechtspraak een leidraad te bieden bij het beoordelen van de toestemming in dubieuze strafzaken. Deze masterproef wil een handleiding aanreiken waarmee op een zo objectief mogelijke manier kan getoetst worden of de kwestie ging om consensuele seks of om een misdrijf. Dit is de praktische relevantie van het onderzoek. Tot slot wil deze masterscriptie ook de wetgever inspireren om actie te ondernemen en de wetgeving te moderniseren. Recent is reeds een initiatief genomen tot wijziging en modernisering van het strafwetboek. Hoewel een maatschappelijke problematiek van dergelijke omvang veel meer vraagt dan een wetswijziging, is het een goede plek om te starten.

2 ONDERZOEK

2.1 Onderzoeksvraag

5. Er wordt onderzocht wat de draagwijdte en inhoud is van het begrip toestemming in het seksueel strafrecht. De centrale onderzoeksvraag die deze masterproef zal beantwoorden, luidt als volgt:

“Welke kwaliteitsvereisten moeten gesteld worden aan de toestemming tot seksuele handelingen opdat deze (rechts)geldig zou zijn?”.

Dit is een beschrijvende onderzoeksvraag.

De centrale onderzoeksvraag wordt beantwoord met behulp van deelvragen:

1. Wat is
 - verkrachting? (beschrijvend)
 - aanranding van de eerbaarheid? (beschrijvend)
 - voyeurisme? (beschrijvend)
2. Welke rol speelt toestemming
 - bij verkrachting? (beschrijvend)
 - bij aanranding van de eerbaarheid? (beschrijvend)
 - bij voyeurisme? (beschrijvend)
3. Wat zijn de gelijkenissen en verschillen tussen de toestemming bij verkrachting, de toestemming bij aanranding van de eerbaarheid en toestemming bij voyeurisme? (vergelijkend)
4. Moet de toestemming bij verkrachting en aanranding van de eerbaarheid gelijkgeschakeld worden in de wetgeving? (normatief)
5. Wat is de stand van zaken met betrekking tot de voorwaarden gesteld aan het begrip toestemming in het kader van verkrachting, aanranding van de eerbaarheid en voyeurisme? (beschrijvend)
6. Hoe wordt toestemming ingevuld in andere rechtstakken? (beschrijvend)
 - In het verbintenissenrecht?
 - In het gezondheidsrecht?
 - In het privacyrecht?
7. Wanneer is toestemming volledig vrijwillig gegeven door de betrokkene? (beschrijvend)

8. Op welk ogenblik moet de toestemming gegeven worden door de betrokkene? (beschrijvend)
9. Welke informatie moet voorhanden zijn voor diegene die toestemming moet geven? (beschrijvend)
10. Kan seksuele toestemming worden herroepen door diegene die ze eerder gegeven had? (beschrijvend)
11. Wanneer is iemand onbekwaam om toestemming te geven tot seksuele handelingen? (beschrijvend)
 - Is de huidige leeftijdsgrens tot seksuele toestemming houdbaar? (evaluerend)
 - Wat was de ratio legis achter het leeftijdsverschil in de wettekst tot seksuele toestemming bij verkrachting en aanranding van de eerbaarheid? (verklarend)
 - Is dit verschil wenselijk? (normatief)
 - Wanneer is er precies sprake van intoxicatie? (beschrijvend)
 - Wat houdt een kwetsbare toestand in? (beschrijvend)
12. Op welke manier moet toestemming gegeven worden? (beschrijvend)
 - Hoe expliciet moet toestemming tot seksuele handelingen gegeven worden? (beschrijvend)
 - Moet toestemming bestaan uit een positieve handeling? (normatief)

2.2 Onderzoeksmethode

6. Voorliggend onderzoek baseert zich op een veelheid aan verzamelde bronnen. Om een grondig inzicht te krijgen in het begrip toestemming, analyseert deze masterproef verschillende uitspraken in de rechtspraak en visies in de rechtsleer. Er is een veelheid aan materiaal nodig over een brede lijn.

In het licht van het gekozen onderwerp, betreft het een kwalitatief onderzoek. Cijfergegevens of statistieken zijn (buiten voor het schetsen van de problematiek) niet aan de orde en bieden geen antwoord op de onderzoeksvragen.

Omwille van het onderwerp en de juridische achtergrond van de auteur, werd bureauonderzoek verricht. De vele beschikbare juridische databanken bevatten de kwalitatieve juridische kennis die vereist is voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag.

Meer specifiek werd algemene en gespecialiseerde juridische literatuur verwerkt uit verschillende rechtstakken. Omdat secundaire data geen meerwaarde bieden bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag, werd daarop geen beroep gedaan.

Vooreerst werd literatuur geconsulteerd: handboeken van relevante schrijvers, artikelen in tijdschriften in verschillende rechtstakken etc.¹² Als tweede bron werden mediabronnen bestudeerd.¹³ Dit gaat om juridische databanken. Als derde bron werden documenten bestudeerd.¹⁴ Denk met name aan voorbereidende werken, rapporten, opinies, wetsontwerpen en wetsvoorstellen. Evident speelden ook wetgevende teksten een grote rol.

Dit onderzoek verwerkt zowel wetgeving, rechtspraak als rechtsleer en beperkt zich niet tot het strafrecht. Om tot de ideale invulling van het begrip toestemming te komen in het seksueel strafrecht, werd inspiratie geput uit andere rechtstakken. Denk dan met name aan het gezondheidsrecht en gegevensbeschermingsrecht. De notie "*informed consent*" is deze rechtstakken niet vreemd.

Wegens tijdsgebrek en gebrek aan middelen, werd over het algemeen enkel gebruik gemaakt van gepubliceerde rechtspraak. Naar aanleiding van een stage bij de rechtbank van eerste aanleg, volgt een korte casestudy van een vonnis die relevant is in het kader van toestemming tot seksuele handelingen.

De combinatie van deze bronnen vormde de basis van de literatuurstudie. Het combineren van bronnen zorgt voor een correcter onderzoek.

2.2.1 Algemeen

7. Dit onderzoek beperkt zich niet tot het beschrijvende, maar focust meer op de toekomst en de in dit kader ontdekte controversiële onderwerpen. Daar waar de wetgeving duidelijkheid biedt en er geen twist meer bestaat in rechtspraak noch rechtsleer, is dit bondig, maar voldoende uiteengezet. De probleempunten werden uitgebreider onderzocht en benaderd vanuit een modern perspectief dat ook verscheidene rechtstakken beslaat.

8. De beschreven visie gaat in grote mate uit van een liberaal perspectief dat de zelfbeschikking van het individu vooropstelt. Het zelfbeschikkingsrecht komt zowel op nationaal als internationaal vlak meer en meer centraal te staan in de maatschappij en daarbij ook in verschillende rechtstakken. Het belang en de impact is des te groter indien het gaat om de seksuele integriteit. Het concept van zelfbeschikking plaatst het begrip toestemming centraal: het individu beslist zelf over zijn eigen persoon en maakt zijn eigen keuzes. Het strafrecht moet als het ware de vrijheid van de persoon beschermen om zelf een invulling te geven aan het concept van seksualiteit en tegelijkertijd inbreuken van derden afweren. Die eigen invulling kan gegeven worden door het concept van consensualisme: alle handelingen zijn toegestaan zolang alle betrokken

¹² W. HARDYNS, *Onderzoeksmethoden*, onuitg., 2016-17, 220-223

¹³ W. HARDYNS, *Onderzoeksmethoden*, onuitg., 2016-17, 212-214.

¹⁴ W. HARDYNS, *Onderzoeksmethoden*, onuitg., 2016-17, 217-219.

partijen ermee instemmen.¹⁵ Alles draait rond de autonomie van het individu. Hieruit volgt dat toestemming moet beantwoorden aan bepaalde voorwaarden opdat ze geldig zou kunnen zijn.¹⁶ Deze modernere visie op de toestemming komt naar voor bij de analyse van het desbetreffende begrip.

9. Op het vlak van wetgeving wordt de Belgische wetgeving geanalyseerd vanaf de impactvolle Wet van 4 juli 1989 op de verkrachting.¹⁷ Tijdens de jaren 1970-1980 veranderde de mentaliteit. Deze mentaliteitswijziging lijkt de grootste impact te hebben gehad op de wetgever op het gebied van seksuele delicten. De voorbereidende documenten en wetgevende tekst spelen ook een cruciale rol in het achterhalen van de *ratio legis*.

Vervolgens wordt ook in andere rechtstakken onderzocht of en hoe die regelgeving het begrip toestemming gebruikt. Op Europees vlak wordt gezocht naar een definiëring van het begrip toestemming en de plaats van toestemming bij de misdrijven verkrachting, aanranding van de eerbaarheid en voyeurisme.

Vanzelfsprekend vloeien uit de gevonden resultaten allerhande zoektermen voort die verder worden benut in de verschillende methoden.

Wat betreft de rechtspraak, liggen juridische tijdschriften en online databanken¹⁸ aan de bron van de verzamelde Belgische en Europese bronnen bij elk van de verschillende criteria van toestemming en de definiëring van de misdrijven.

Om de actualiteit en continuïteit te bewaren, ligt met betrekking tot de rechtsleer de nadruk op zo recent mogelijke bronnen, ongeveer vanaf het jaar 2000, behoudens enkele cruciale oudere bronnen. De geconsulteerde bronnen zijn handboeken, wetenschappelijke tijdschriften en online databanken.

2.2.2 Concreet

10. In dit deel volgt een verduidelijking van welke delen en welke bronnen voor welk onderdeel onderzocht werden en waarom. Vooreerst vangt deze masterproef aan, na het onderzoeksdeel, met een definiëring, opsomming van de constitutionele bestanddelen en strafbaarstelling van de misdrijven verkrachting, aanranding van de eerbaarheid en voyeurisme op nationaal en internationaal vlak. Hiervoor wordt zowel beroep gedaan op internationale wetgeving als op nationale wetgeving. Dit is nodig om een zicht te krijgen op de behandelde misdrijven en de rol van toestemming voor elk van hen. Vervolgens worden de misdrijven

¹⁵ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 572

¹⁶ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 574.

¹⁷ Wet van 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting, *BS* 18 juli 1989.

¹⁸ Er wordt gebruik gemaakt van Jura, Jurisquare, Strada lex, Juridat, www.cass.be, www.grondwettelijkhof.be, Het Belgisch Staatsblad, www.raadvanstate.be, Curia, Eur-lex en de HUDOC-databank.

in kwestie vergeleken aan de hand van huidige en vroegere wetgevende teksten om inconsistenties of lacunes bloot te leggen.

Wat betreft de kern van deze masterproef, worden de mogelijke geldigheidsvereisten van toestemming bestudeerd. De wilsuitsluitingsgronden die de vrijwilligheid belemmeren, zullen beschreven worden aan de hand van oudere en huidige wetgeving en voorbereidende documenten hiervan. Gezien deze uitsluitingsgronden voor het grootste deel in de wettelijke strafbaarstellingen opgenomen zijn, is daar de meest relevante informatie te vinden. Ondersteunend hierbij wordt ook beroep gedaan op zowel oude als recentere rechtsleer met vermelding van cruciale cassatierechtspraak en rechtspraak van hoven en rechtbanken. Hiermee wordt getracht een allesomvattend overzicht te geven. Gezien de reeds gesatureerde en uitgebreid ontwikkelde theorie van de wettelijke wilsuitsluitingsgronden, dient niet uitgeweken te worden naar andere rechtstakken. Dit geldt niet voor de wilsuitsluitingsgrond macht. Dit criterium werd nog niet omstandig genoeg uitgewerkt in de rechtspraak of rechtsleer. Na het overlopen van de *status quo* in het strafrecht, wordt de maatschappelijke problematiek rond macht en gezag uiteengezet. Voor het aanvullen van aanwezige lacunes, wordt beroep gedaan op het gegevensbeschermingsrecht. Daar werd reeds tegemoet gekomen aan deze kwestie.

Van het ondubbelzinnigheids criterium is nog geen sprake in zowel rechtspraak, rechtsleer als wetgeving in het seksueel strafrecht. Hiervoor werd dan ook inspiratie gehaald uit het gegevensbeschermingsrecht, meer bepaald uit de *General Data Protection Regulation* (i.e. de Verordening 2016/679 van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (GDPR)).¹⁹ Deze verordening definieert het begrip toestemming in het gegevensbeschermingsrecht nauwkeurig. Dit vernieuwende concept van toestemming biedt een grote inspiratie bij het ontwikkelen van het toestemmingsbegrip in het seksueel strafrecht. Niet enkel persoonsgegevens, maar des te meer de persoon zelf dient beschermd te worden tegen inbreuken op zijn integriteit.

Hetzelfde geldt voor de specificiteit van de toestemming, zij het dat deze wel reeds een aanzet kreeg in cassatierechtspraak en vervolgens ook in de rechtsleer. Hier zal ook voor het eerst beroep gedaan worden op het gezondheidsrecht.

Voor de vereiste van geïnformeerdheid wordt een omstandige blik geworpen op het gezondheidsrecht. Het concept is ook recent uiteengezet in de GDPR, maar bestond reeds lange tijd in het gezondheidsrecht en is

¹⁹ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), *Pb.L.* 4 mei 2016, nr. 119/1.

daar beter bekend als “*informed consent*”. Gezien de uitgebreide literatuur en uitgewerkte wetgeving in deze rechtstak, vormt dit de meest logische keuze.

Wat betreft het tijdstip gaat het om twee aspecten: het ogenblik waarop toestemming moet verleend zijn en de al dan niet herroepbaarheid van deze toestemming. Over beide aspecten bestaat discussie en met name over de herroepbaarheid is al veel inkt gevloeid. De rechtsleer raakt het niet eens over het feit of de toestemming nu al dan niet herroepbaar is. Verschillende strekkingen zijn bijgevolg aanwezig in het strafrecht. Deze verschillende strekkingen zullen bestudeerd worden en opnieuw strekt het gegevensbeschermingsrecht tot inspiratie. De GDPR schuift een duidelijke visie naar voor die zal getoetst worden aan de context van de seksuele handelingen.

Voor wat betreft de bekwaamheid van de betrokkene ligt de focus op de reeds bestaande theorievorming in het seksueel strafrecht. De minderjarigheid is er reeds extensief beschreven. Daarnaast is ook de intoxicatie een gekend fenomeen in het strafrecht. Verder wordt een blik geworpen op de regelgevende teksten in de context van mensenhandel. De notie “kwetsbare toestand” doet daaropvolgend zijn intrede. Dit is een zeer gekend beginsel bij het misdrijf mensenhandel. Na een verduidelijking van de inhoud van dit begrip, worden verscheidene mogelijke oorzaken van deze kwetsbaarheid opgesomd. Deze oorzaken zullen geanalyseerd worden in het kader van de toestemming in het seksueel strafrecht.

11. Vervolgens wordt een beknopte casestudy gedaan. In het kader van een stage bij de rechtbank van eerste aanleg, kon de auteur verschillende zaken meevolgen, dossiers en vonnissen inkijken en in debat gaan met een aantal magistraten. Ter illustratie van de ontwikkelde theorie, werd ervoor gekozen om een bepaald dossier rond toestemming tot seksuele handelingen te bespreken. De casestudy vangt aan met de feiten, waarna de beoordeling van de rechtbank in het kader van de huidige regelgeving uit de doeken wordt gedaan. Daaropvolgend werd de in deze masterproef ontwikkelde theorie losgelaten op de zaak in kwestie. Er dient opgemerkt te worden dat deze casestudy de analyse inhoudt van een niet-gepubliceerd vonnis. De concrete feitelijke inhoud hiervan mag niet volledig meegegeed worden ter vrijwaring van de anonimiteit van de partijen. Met die reden zijn bepaalde details en feiten weggelaten. Er is bijgevolg ook geen mogelijkheid tot concrete verwijzing naar dit vonnis. Het vonnis is bij de auteur ter beschikking indien vereist.

12. Tot slot wordt het wetsvoorstel tot wijziging van boek II van het strafwetboek onder de loep genomen. Het verhaal van zelfbeschikking dat deze wetswijziging vertolkt en de concrete wijzigingen worden beschreven in het licht van het onderwerp van deze masterproef. Dit voorstel wordt ten slotte ook geëvalueerd.

3 DEFINIËRING EN STRAFBAARSTELLING

3.1 Toestemming

13. Toestemming is een wijdverspreid begrip dat vele ladingen dekt. Het kan gevonden worden zowel in het algemeen taalgebruik als in de juridische sector. De Van Dale professioneel geeft volgende definitie aan toestemming: “*voorafgaande instemming, goedkeuring*”.²⁰ Van Dale NL – EN vertaalt toestemming als “*agreement, consent*”. De *Oxford Dictionary of English* definieert het zelfstandig naamwoord *consent* als “*permission for something to happen or agreement to do something*”.

Door de verscheidenheid aan rechtstakken waarin de term toestemming voorkomt, is er geen algemene juridische definitie. Wat wel duidelijk is, is dat de juridische betekenis niet steeds overeenstemt met de algemene definitie. Hierbij kan gedacht worden aan de toestemming tot seksuele handelingen van een minderjarige die de wetgever nog niet bekwaam acht om toestemming te geven. Er is dan geen sprake van juridische toestemming, maar wel van feitelijke toestemming in het algemeen taalgebruik.

14. Daarenboven bestaan er verschillende soorten toestemming. Ten eerste is er de toestemming in het licht van de bestaansvoorwaarden van het misdrijf. De toestemming bepaalt dan of er sprake is van een misdrijf. Daarnaast kan het gaan om toestemming in de strafprocesrechtelijke context, bijvoorbeeld de huiszoeking. Bij aanwezigheid van toestemming vereist deze onderzoeksmaatregel geen dwang. Bovendien wettigt de toestemming van de bevoegde persoon de uitvoering van een huiszoeking buiten de wettelijk bepaalde uren.²¹ Ook kan de toestemming een rol spelen bij de straftoemeting en de strafuitvoering.²² Er kan dan gedacht worden aan de werkstraf. De beklaagde moet instemmen met een werkstraf opdat de rechtbank deze zou kunnen opleggen.²³

De focus van dit onderzoek ligt op de toestemming in het kader van de bestaansvoorwaarden van een misdrijf. DIERICKX definieert toestemming in die context als “*de veroorloovende ingesteldheid van de persoon ten aanzien van een gedraging die door een ander ten opzichte van hem wordt gesteld*”.²⁴ Het zal meer specifiek gaan om de seksuele toestemming. Seksuele toestemming is de toestemming tot seksuele handelingen.

²⁰ <https://www.vandale.nl/zoeken/zoeken.do> (consultatie 25 oktober 2018).

²¹ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 26-29.

²² A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 25.

²³ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 44-45.

²⁴ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 50.

15. Een rechtsgeldige toestemming tot seksuele handelingen moet voldoen aan verschillende geldigheidsvoorwaarden. Bij gebrek aan vervulling van alle voorwaarden en dus bij afwezigheid van een geldige toestemming, pleegt men een misdrijf.

3.2 Verkrachting

3.2.1 Internationaal

16. Elke staat heeft zijn eigen definitie van het misdrijf verkrachting.²⁵ De Raad van Europa ontwikkelde in het Verdrag inzake de preventie en de bestrijding van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (beter bekend als het Verdrag van Istanbul²⁶) minimumvoorwaarden om seksueel geweld, waaronder verkrachting, te criminaliseren. Artikel 36 luidt als volgt:

“Article 36 – Sexual violence, including rape

Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

- *engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;*
- *engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;*
- *causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.*

Consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law.” (eigen onderstreping).

Deze bepaling beschrijft verkrachting als het deelnemen aan niet-consensuele vaginale, anale of orale penetratie van seksuele aard van het lichaam met een lichaamsdeel of object. Het begrip toestemming

²⁵ [https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu?vt\[0\]=124](https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu?vt[0]=124) (consultatie 25 oktober 2018).

²⁶ The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Council of Europe Treaty Series, No. 210.

("consent", "consensual") staat centraal in deze definitie. De strekking die de term "geweld" als kernbegrip voorop stelt, werd reeds enige tijd verlaten.²⁷

De *European Sourcebook Group* zijn deskundigen die verschillende edities van *the European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics* uitbrachten.²⁸ De werkgroep hanteert een omstandige en gedetailleerde omschrijving van verkrachting in het *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics codebook second edition 2003*:

"Rape = sexual intercourse with a person against her/his will (per vaginam or other)

Include the following:

- *other than vaginal penetration (e.g. buggery)*
- *violent intra-marital sexual intercourse*
- *sexual intercourse without force with a helpless person*
- *sexual intercourse with force with a minor*
- *incestual sexual intercourse with or without force with a minor*

Exclude the following:

- *sexual intercourse with a minor without force*
- *other forms of sexual assault.*²⁹

Beide definities zijn duidelijk zeer gelijkend en weerspiegelen de inhoud van het misdrijf.

3.2.2 Nationaal: artikel 375 Sw.

17. Artikel 375 Sw. is het kernartikel dat verkrachting op nationaal vlak strafbaar stelt. De daaropvolgende artikelen bepalen de straffen voor verscheidene verzwarende omstandigheden. Deze artikelen omtrent het misdrijf van verkrachting zijn niet opgenomen onder Titel VIII van het Belgische Strafwetboek over misdaden en wanbedrijven tegen personen. Ze zijn daarentegen neergeschreven onder Titel VII, met name de misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid. De te beschermen

²⁷ European Women's Lobby, *EWL Barometer on Rape in the EU 2013*, https://www.womenlobby.org/IMG/pdf/ewl_barometre_final_11092013.pdf, 7.

²⁸ <https://www.esc-eurocrim.org/index.php/activities/working-groups/46-european-sourcebook-group> (consultatie 25 oktober 2018).

²⁹ European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2nd edition of the European Sourcebook Group (December 2003), http://wp.unil.ch/europeansourcebook/files/2012/06/Codebook_SBK_2nd-ed_r-1.pdf, 11.

factor was vroeger niet de integriteit van de individuele persoon, maar de bedreiging van de orde en rust van de familie.³⁰

18. In de *Code Napoléon* van 1810 vielen de aanranding van de eerbaarheid en de verkrachting samen. De Belgische wetgever heeft deze misdrijven in 1867 losgekoppeld.³¹

Het oorspronkelijke artikel 375 Sw. luidde als volgt:

“Zal met opsluiting gestraft worden, alwie de misdaad van verkrachting zal hebben bedreven, hetzij bij middel van gewelddaden of erge bedreigingen, hetzij door list, hetzij met eenen persoon te misbruiken, die ten gevolge van ziekte, door ontsteltenis zijner vermogens of uit alle andere toevallige oorzaak, het gebruik zijner zinnen had verloren, of van dezelve, door eenige arglist was beroofd geweest. (...).”³²

Hoewel toestemming frequent voorkomt in talloze situaties, besteedt de wetgever in het gehele Strafwetboek weinig aandacht aan het begrip. In artikel 375 Sw. was het oorspronkelijk niet te bespeuren. Het misdrijf verkrachting was enkel door geweld, list, ernstige bedreigingen of misbruik van een zwakke persoon strafbaar. De dader was steeds mannelijk en het slachtoffer vrouwelijk. Enkel een peniaal – vaginale penetratie kwam in aanmerking.³³

Voornoemd artikel onderging geen cruciale aanpassingen met betrekking tot de toestemming tussen 1867 en de Wet van 4 juli 1989³⁴. Een wijziging van de artikelen omtrent verkrachting drong zich evenwel op naar aanleiding van een toename van het aantal verkrachtingen doch het opmerkelijk lage aantal aangiftes van het misdrijf.³⁵ De wetgever had de ambitie om *the dark number* te doen dalen. Met de wijziging voorzag hij in een ruime omschrijving van het misdrijf verkrachting en kende hij aan het begrip toestemming een centrale positie toe. Tevens voorzag hij in een olijsting van de gevallen waarin de toestemming steeds ontbreekt.³⁶

19. Datzelfde artikel beschouwt toestemming vandaag als een constitutief bestanddeel van het misdrijf verkrachting:

“Verkrachting is elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt.

³⁰ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 25.

³¹ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 25.

³² L. DE HONDT, *Code Pénal avec la traduction Flamande*, Gent, Hoste, 1867, 183.

³³ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 51.

³⁴ Wet van 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting, *BS* 18 juli 1989.

³⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1980-81, nr. 857/1, 509.

³⁶ Voor elaboratie, zie Titel 5.

Toestemming is er met name niet wanneer de daad is opgedrongen door middel van geweld, dwang, bedreiging, verrassing of list of mogelijk is gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamelijk of een geestelijk gebrek van het slachtoffer.” (eigen onderstreping).

De Belgische wettekst definieert verkrachting nu als een daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook op een persoon die daartoe niet toestemt. De toestemming is afwezig bij het opdringen van de daad door geweld, dwang, bedreiging, verrassing, list, of indien de daad mogelijk is gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamelijk of geestelijk gebrek van het slachtoffer.

De voorbereidende werken duiden expliciet op het feit dat de afwezigheid van toestemming een constitutief bestanddeel uitmaakt.³⁷ Het gebrek aan toestemming en de seksuele penetratie zijn bijgevolg de twee cruciale constitutieve bestanddelen voor het misdrijf.

De wetgeving vult het begrip toestemming, buiten de in het tweede lid vermelde uitsluitingsgronden, echter niet verder in. Deze vermelde uitsluitingsgronden zijn louter exemplatief en niet exhaustief.³⁸

20. Ondanks de reeds omvangrijke verbetering, scoort België slecht op de *European Women’s Lobby Barometer on rape in the EU (2013)*. De *European Women’s Lobby* is het grootste netwerk van vrouwenorganisaties in Europa.³⁹ De studie waarover zij rapporteerden in 2013 vergelijkt de definitie van verkrachting in elke lidstaat uit de Europese Unie met de standaard gezet door de Raad van Europa in het Verdrag van Istanbul. Volgens de barometer bezit onze wetgeving sommige elementen die vereist zijn door de Raad van Europa, maar mist zij andere.⁴⁰ Het is echter niet het misdrijf verkrachting dat een slechte beoordeling krijgt, maar het misdrijf aanranding van de eerbaarheid.⁴¹

Ten slotte volstaat een algemeen opzet als moreel element. De motieven van de dader zijn niet relevant.⁴²

³⁷ Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St. Kamer 1988-89*, nr. 702/4, 10.

³⁸ Zie Titel 4; Cass. (2e k.) 30 oktober 2007, AR P.07.0982.N.

³⁹ <https://womenlobby.org/?lang=en> (consultatie 20 oktober 2018).

⁴⁰ European Women’s Lobby, *EWL Barometer on Rape in the EU 2013*, https://www.womenlobby.org/IMG/pdf/ewl_barometre_final_11092013.pdf, 12 en 16-17.

⁴¹ Zie Titel 3.3.2.

⁴² A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 146.

3.3 Aanranding van de eerbaarheid

3.3.1 Internationaal

21. Aanranding van de eerbaarheid wordt vertaald als “*sexual (or indecent) assault*”.

Op Europees niveau criminaliseert de Raad van Europa via artikel 36 van het Verdrag van Istanbul ook seksueel geweld, anders dan verkrachting:

“Article 36 – Sexual violence, including rape

Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

- *engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;*
- *engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;*
- *causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.* (eigen onderstreping).

Het deelnemen aan niet-consensuele handelingen van seksuele aard met een persoon of er voor zorgen dat een andere persoon dit doet, maakt aanranding van de eerbaarheid uit en moet strafbaar gesteld worden.

De *European Sourcebook Group* heeft ook aanranding van de eerbaarheid nauwkeurig beschreven:

“Sexual assault: physical sexual contact with a person against her/his will

Include the following:

- *any sexually motivated physical contacts committed with violence*
- *any sexually motivated acts committed with abuse of authority or undue pressure*
- *any sexually motivated acts committed against a helpless person*
- *any sexually motivated acts committed against a marital partner against her/his will*
- *attempts*

Exclude the following:

- *any verbal or any other form of non-physical molestation*
- *pornography*
- *acts committed without violence*

- *acts committed against persons under the age of consent*
- *acts considered as rape.*⁴³

De kern van dit misdrijf is dus het fysiek seksueel contact zonder toestemming, met uitzondering van de penetratie.

3.3.2 Nationaal: artikelen 372 – 374 Sw.

22. De bepalingen in de Belgische wetgeving die handelen over de aanranding van de eerbaarheid, zijn eveneens opgenomen in Titel VII van het Strafwetboek, dat handelt over misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid. Opnieuw hield de wetgever hier de bescherming van de familie en niet de vrijwaring van de integriteit van het individu voor ogen.

De artikelen 372 tot en met 374 Sw. stellen aanranding van de eerbaarheid strafbaar.

Artikel 373, eerste lid Sw. omvatte het volgende in 1867:

“De aanslag tegen de eerbaarheid, met geweld of bedreigingen bedreven, op personen van de eene of de andere kunne, zal gestraft worden met eene gevangenzitting van zes maanden tot vijf jaar.”.

Het artikel maakte geen melding van het begrip toestemming.

23. Het Hof van Cassatie poneerde onder meer in zijn arrest van 8 december 1981⁴⁴ dat verkrachting een bijzondere vorm is van de aanranding van de eerbaarheid waarbij er bijzondere bijkomende elementen zijn. Hiermee doelde het Hof op de penetratie. Aangezien beide misdrijven een gelijkaardige kern hebben en toestemming centraal staat in de wetgevende bepaling van verkrachting, zou dit logischerwijze ook het geval moeten zijn bij de aanranding van de eerbaarheid.⁴⁵

De Verkrachtingswet van 1989 liet het misdrijf echter onaangeroerd. De voornaamste wijziging was de Voyeurismewet in 2016.⁴⁶

Artikel 373, eerste lid Sw. luidt nu als volgt:

“Met gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar wordt gestraft de aanranding van de eerbaarheid gepleegd op personen of met behulp van personen van het mannelijke of vrouwelijke geslacht, met

⁴³ European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 4th edition of the European Sourcebook Group (June 2008) http://wp.unil.ch/europeansourcebook/files/2012/06/Codebook_SBK_4th-ed_rev080918_r-11.pdf, 12.

⁴⁴ Cass. (2^e k.) 8 december 1981, *Arr.Cass.* 1981, 483-485.

⁴⁵ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 475-476.

⁴⁶ Wet van 1 februari 2016 tot wijziging van diverse bepalingen wat de aanranding van de eerbaarheid en het voyeurisme betreft, *BS* 19 februari 2016; Zie Titel 4.

geweld, dwang, bedreiging, verrassing of list, of die mogelijk werd gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamelijk of geestelijk gebrek van het slachtoffer.”.

Het artikel neemt nog steeds geen omschrijving van het misdrijf op, noch kreeg de toestemming een plaats in de strafbaarstelling. Er is bijgevolg in principe nog nood aan geweld, dwang, bedreiging, verrassing, list of een onvolwaardigheid of gebrek opdat er sprake kan zijn van aanranding van de eerbaarheid. Een eenvoudige afwezigheid van toestemming volstaat niet.

24. De *European Women’s Lobby* wijst België dan ook terecht voor het gebrek aan wettelijke definitie van het misdrijf. Ook de afwezigheid in het wetsartikel van de strafbaarstelling “*indecent assault without violence or threat to an adult*” (eigen onderstreping) doet de wenkbrauwen fronsen.⁴⁷

25. Daarnaast legde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak M.C. tegen Bulgarije uit dat in de meeste staten de afwezigheid van toestemming bepalend is. Meer en meer staten kiezen voor de toestemming als kernbegrip bij het definiëren van seksueel geweld. Dergelijke omschrijving is meer accuraat in de bescherming van de rechten van de mens en zijn integriteit dan een omschrijving waarbij geweld centraal staat. De stelling dat het slachtoffer zich ernstig fysiek moet verzet hebben opdat er sprake zou zijn van seksueel geweld, is niet langer valabel.⁴⁸ Niet-consensuele seksuele handelingen moeten volgens het Hof hoe dan ook strafbaar worden gesteld door de lidstaten bij de Raad van Europa.⁴⁹

26. Het Hof van Cassatie nam in het arrest van 24 mei 2011⁵⁰ de taak op zich om een omschrijving te geven aan de aanranding van de eerbaarheid:

“Aanranding van de eerbaarheid is iedere met de zeden strijdige en als dusdanig gewilde daad, welke op of met behulp van een welbepaald persoon, zonder diens geldige toestemming werd gepleegd en waarbij het algemeen eerbaarheidsgevoel werd gekrenkt.

Zij vereist dat handelingen van een bepaalde ernst worden gesteld die afbreuk doen aan de seksuele integriteit van een persoon zoals die door het collectieve bewustzijn van een bepaalde samenleving op een bepaald tijdstip wordt ervaren.”.

De aanranding is volgens het Hof een met de zeden strijdige daad die op of met behulp van een persoon en zonder zijn toestemming werd gepleegd en waarbij het algemeen eerbaarheidsgevoel werd gekrenkt. Vervolgens vergt het Hof dat de handelingen een zekere mate van ernst vertonen. Het stelde reeds

⁴⁷ European Women’s Lobby, *EWL Barometer on Rape in the EU 2013*, https://www.womenlobby.org/IMG/pdf/ewl_barometre_final_11092013.pdf,16.

⁴⁸ L. STEVENS, “Europese rechtspraak rechten van de mens in kort bestek: EHRM 4 december 2003”, *RW* 2004-05, afl. 31, 1236.

⁴⁹ EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98, M.C./Bulgarije.

⁵⁰ Cass. (2^e k.) 24 mei 2011, AR P.10.1990.N.

meermaals duidelijk dat een zekere mate van ernst vereist is.⁵¹ Niet elke provocerende of grove opmerking of gedraging maakt namelijk een aanranding van de eerbaarheid uit.⁵² Het is wel vaststaande rechtspraak dat fysiek contact niet langer vereist is.⁵³

Verder moeten de handelingen ook afbreuk doen aan de seksuele integriteit van de persoon. De inbreuk mag echter niet tegen de subjectieve norm van de rechter of van het slachtoffer worden gemeten.⁵⁴ De krenking van het algemeen eerbaarheidsgevoel krijgt een objectieve invulling naargelang de evoluerende tijdsgeest van de maatschappij.⁵⁵ Het Hof van Cassatie introduceerde reeds voor bovenvermeld arrest de toetsing aan het collectieve bewustzijn van de samenleving op een bepaald tijdstip. De magistratuur mag de leeftijd van het slachtoffer echter wel in aanmerking nemen.⁵⁶

Uit de definitie van het Hof zou men kunnen afleiden dat toestemming een constitutioneel bestanddeel vormt voor het misdrijf aanranding van de eerbaarheid. KETELS meent dat het Hof van Cassatie met dit mijlpaalarrest in het vaarwater komt van de wetgever.⁵⁷ Niet iedereen deelt deze mening.⁵⁸ Sommigen beschouwen de toestemming vermeld in dit arrest niet als een additioneel constitutief bestanddeel, maar zien de waarde op bewijsrechtelijk vlak.⁵⁹

Net zoals bij verkrachting, is een algemeen opzet vereist en spelen de motieven van de dader geen rol.⁶⁰

De strafbaarstellingen van daden die de seksuele integriteit schenden van minderjarigen, zijn terug te vinden in artikel 372 Sw. Deze zullen in het hoofdstuk gewijd aan minderjarigheid besproken worden.

⁵¹ Cass. (2e k.) 7 januari 1997, AR P.95.1312.N.

⁵² Cass. (2e k.) 4 januari 2017, AR P.16.0871.F.

⁵³ Cass. (2^e k.) 6 oktober 2004, P.040665.F.

⁵⁴ Cass. (2e k.) 7 januari 1997, AR P.95.1312.N.

⁵⁵ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 138.

⁵⁶ G. MARLIER en B. SPRIET, "Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting in het begin van de 21ste eeuw (2000-2012)" in F. VERBRUGGEN, B. SPRIET en R. VERSTRAETEN (eds.), *Themis 79 Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 84-85.

⁵⁷ B. KETELS, "Volstaat de afwezigheid van toestemming voor aanranding van de eerbaarheid met geweld of bedreiging?" (noot onder Cass. 24 mei 2011), *NC* 2012, 68.

⁵⁸ G. MARLIER en B. SPRIET, "Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting in het begin van de 21ste eeuw (2000-2012)" in F. VERBRUGGEN, B. SPRIET en R. VERSTRAETEN (eds.), *Themis 79 Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 83-84.

⁵⁹ M. COLETTE, "Aanranding van de eerbaarheid en seksuele integriteit" (noot onder Cass. 24 mei 2011), *TJK* 2012/2, 159.

⁶⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 139.

3.4 Voyeurisme

27. Voyeurisme is een parafilie waarbij iemand seksueel aangetrokken is tot het observeren van mensen die hetzij naakt zijn, hetzij seksuele handelingen stellen. De DSM-V beschouwt dit fenomeen als een stoornis. De DSM-V is het diagnostisch en statistisch handboek voor psychiatrische aandoeningen, ofte *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* waarvan de laatste versie is uitgekomen in 2013.

De DSM-V definieert de voyeuristische stoornis als:

*“het kijken naar een of meer nietsvermoedende personen, die naakt, zich aan het uitkleden, of seksueel actief zijn. De betrokkene moet naar deze seksuele drang hebben gehandeld met een niet-instemmende persoon of zijn of haar seksuele drang of fantasieën moeten tot een significante lijdensdruk of beperkingen in het functioneren hebben geleid”.*⁶¹

Omwille van de huidige digitalisering, krijgt het fenomeen van voyeurisme een nieuwe wending. Personen kunnen niet enkel meer begluurd worden, het is nu ook mogelijk hen eenvoudig te filmen en dit op enkele seconden te verspreiden. Dit werd ook in acht genomen voor de strafbaarstelling.

3.4.1 Internationaal

28. Gezien de recente aard van dit misdrijf, is er geen specifieke internationale strafbaarstelling of definiëring voorhanden. Wel blijven natuurlijk de rechten van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gelden.⁶² Artikel 8 EVRM beschermt het privéleven van eenieder. Deze bepaling houdt dan ook een positieve verplichting in voor de lidstaten.⁶³ Voyeurisme kan onder dit artikel kwalificeren. Dit was het geval in de zaak Söderman tegen Zweden eind 2013. Het ging om het heimelijk filmen door de stiefvader van zijn 14-jaar oude stiefdochter in de badkamer. Er was geen strafbaarstelling voorhanden voor deze gedraging en de beklagde ging vrijuit. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens veroordeelde Zweden bij gebrek aan een bepaling die het filmen van een persoon zonder zijn of haar toestemming strafbaar stelt.⁶⁴

⁶¹ X, *DSM 5 – voyeurismestoornis*, <https://www.dsm5online.nl/domeinen/item/c6a15c50-46dc-4970-b575-5699fa310006/5/-/voyeurismestoornis/#filters> (consultatie 22 april).

⁶² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Council of Europe Treaty Series*, No. 5.

⁶³ J. BOECKSTAENS en B. SPRIET, “Het nieuwe misdrijf van voyeurisme en een aanpassing van het misdrijf van aanranding van de eerbaarheid en van verkrachting”, *T. Strafr.* 2016/03, 208.

⁶⁴ Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafbaarstelling van de aanranding van de eerbaarheid betreft, *Parl.St.* Kamer 2014-2015, nr. 0699/002, 5; EHRM 12 november 2013, nr. 5786/08, Söderman/Zweden.

3.4.2 Nationaal: artikel 371/1 Sw.

29. De Belgische wetgever riep het misdrijf voyeurisme in 2016 in het leven.

Vooraleer de wetgever deze strafbaarstelling in het leven riep, besloten verschillende rechtbanken in zaken die voyeuristische feiten betroffen, tot veroordelingen die stoelden op de aanranding van de eerbaarheid.⁶⁵ Het Hof van Cassatie stond weigerachtig tegenover het onderbrengen van voyeuristische feiten onder aanranding van de eerbaarheid.⁶⁶ Met haar arrest van 31 maart 2015 maakte het Hof komaf met de bestaande twijfel door te stellen dat voornoemde handelingen geen aanranding van de eerbaarheid kunnen opleveren. Vooreerst is er geen sprake van geweld, bedreiging, verrassing of list op het ogenblik van de feiten. Geen van deze uitsluitingsgronden omvat immers het heimelijk filmen.⁶⁷ Het slachtoffer is tijdens de feiten eveneens niet betrokken bij handelingen die hem of haar in verlegenheid zouden brengen wegens strijdigheid met de goede zeden. Om aanranding van de eerbaarheid uit te maken, moet de handeling op het ogenblik zelf het slachtoffer in verlegenheid brengen.⁶⁸ Fysiek contact is niet vereist bij aanranding van de eerbaarheid, maar bij voyeuristische feiten is er zelfs geen interactie tussen dader en slachtoffer. Dit is wel vereist voor de aanranding van de eerbaarheid.⁶⁹

Er staken voor de wetwijziging in de media enkele spraakmakende zaken de kop op die deze lacune pijnlijk blootlegden. Denk met name aan de zaak van de basketbalcoach die stiekem meisjes en vrouwen filmde onder de douche en uiteindelijk geen veroordeling opliep voor aanranding van de eerbaarheid.⁷⁰ Deze straffeloosheid ging evident gepaard met de nodige commotie. De afwezigheid van toestemming tot het filmen van de slachtoffers, voelde voor eenieder aan als een inbreuk op de seksuele privacy en integriteit.⁷¹ Ondanks dat het geen werkelijke seksuele agressie is, blijft er toch sprake van een aantasting van de privacy

⁶⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafbaarstelling van de aanranding van de eerbaarheid betreft, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 0699/001, 3; Corr. Tongeren 24 november 2011, *Limb.Rechtsl.* 2012, 147. I. DELBROUCK, "Noot: voyeurisme nader bekeken" (noot onder Corr. Tongeren 24 november 2012), *Limb.Rechtsl.* 2012, 147-150.

⁶⁶ Cass. (2^e k.) 23 januari 2008, AR P.08.0105.F.

⁶⁷ S. VANDROMME, "Voyeurisme", *Juristenkrant* 2015, 16.

⁶⁸ Cass. (2^e k.) 27 november 2013, AR P.13.0714.F.

⁶⁹ Cass. (2^e k.) 31 maart 2015, AR P.14.0293.N; J. BOECKXSTAENS en B. SPRIET, "Het nieuwe misdrijf van voyeurisme en een aanpassing van het misdrijf van aanranding van de eerbaarheid en van verkrachting", *T. Strafr.* 2016/03, 211.

⁷⁰ HEYLEN, K., *Voyeurisme blijkt moeilijk te bestraffen*, https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2015/04/09/voyeurisme_blijktmoeilijktebestrafen-1-2298646/ (consultatie 23 april 2019).

⁷¹ L. STEVENS, "Kijken mag, aankomen niet?", *RW* 2014-15, nr. 39, 1522.

en intimiteit.⁷² In een andere zaak werden studentes aan de HoGent zonder hun medeweten gefilmd terwijl zij in de douches stonden van de sporthal.⁷³

De Wet van 1 februari 2016, beter bekend als de Voyeurismewet⁷⁴, bood hier in België een antwoord op en voerde het misdrijf voyeurisme in via artikel 373/1 Sw. Dit artikel vergt ook een afwezigheid van toestemming opdat aan de constitutionele elementen voldaan zou zijn. Indien het subject van de gedraging niet op de hoogte is, zal deze logischerwijze geen toestemming hebben gegeven.

Artikel 371/1, 1° Sw. stelt de volgende handelingen strafbaar:

“Met een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar wordt gestraft hij die:

“1° een persoon observeert of doet observeren of van hem een beeld- of geluidsopname maakt of doet maken,

- *rechtstreeks of door middel van een technisch of ander hulpmiddel,*
- *zonder de toestemming van die persoon of buiten zijn medeweten,*
- *terwijl hij ontbloot is of een expliciete seksuele daad stelt, en*
- *terwijl hij zich in omstandigheden bevindt, waar hij in redelijkheid kan verwachten dat zijn persoonlijke levenssfeer niet zal worden geschonden;”* (eigen onderstreping).

Het zal dus gaan om het (doen) bespieden of (doen) opnames maken zonder de toestemming of het medeweten van de betrokkene die ontbloot is of een seksuele daad stelt in een omgeving waarvan hij kan verwachten dat zijn persoonlijke levenssfeer niet zal worden geschonden. Het gebrek aan toestemming of het ontbreken van de mogelijkheid om toestemming te geven (aangezien dit gebeurde buiten het medeweten), maakt een bestanddeel uit van de strafbaarstelling. Net zoals de aanranding van de eerbaarheid en verkrachting, tast dit misdrijf de seksuele integriteit aan.

30. Artikel 371/1, 2° Sw. voegt hier nog een strafbaarstelling aan toe voor het on- of offline verspreiden van seksueel expliciete beelden of geluidsopnames zonder de toestemming van de afgebeelde persoon. Verspreiden houdt in dat de opname aan minstens één persoon wordt ter kennis gebracht of publiek wordt gemaakt. Dit beeldmateriaal mag worden vastgelegd met eender welk technisch middel. De toestemming tot het maken van de desbetreffende opname vond plaats hetzij met toestemming, hetzij zonder toestemming

⁷² A. DIERICKX, “Noopt nieuwe seksuele criminaliteit tot nieuwe seksuele misdrijven?”, *NC* 2017, 209.

⁷³ NEYT, G., *HoGent over voyeurisme onder de douche: “Wij hebben geen idee over hoeveel beelden het gaat,* https://www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20180311_03402345 (consultatie 23 april 2019).

⁷⁴ Wet van 1 februari 2016 tot wijziging van diverse bepalingen wat de aanranding van de eerbaarheid en het voyeurisme betreft, *BS* 19 februari 2016.

of medeweten van de betrokkene.⁷⁵ De problematiek waarbij een vroegere seksuele partner seksuele beelden verspreidt zonder toestemming, die oorspronkelijk met toestemming gecreëerd waren, wordt ook wel wraakpornografie of *revenge porn* genoemd.⁷⁶

Punt 2 van artikel 371/1, lid 1 luidt als volgt:

“2° de beeld- of geluidsofname van een ontblote persoon of een persoon die een expliciete seksuele daad stelt zonder diens toestemming of buiten diens medeweten toont, toegankelijk maakt of verspreidt, ook al heeft die persoon ingestemd met het maken ervan.”

Er moet duidelijk een onderscheid gemaakt worden tussen de eventuele aanwezigheid van toestemming tot het initiële filmen van de beelden bij wraakporno, waardoor het geen voyeurisme *sensu stricto* uitmaakt, en het vervolgens verspreiden van de beelden zonder toestemming.⁷⁷

31. De recente datum van het in leven roepen van het desbetreffende misdrijf levert een gebrek aan gepubliceerde rechtspraak op. Bovendien zal de al dan niet gegeven toestemming zelden een twistpunt zijn. Daarom ligt de focus in de volgende hoofdstukken voornamelijk op verkrachting en aanranding.

Ook voyeurisme vergt een algemeen opzet.⁷⁸

⁷⁵ I. DELBROUCK, “Voyeurisme”, *Postal Memorialis* 2016, V225/6-V225/7.

⁷⁶ Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafbaarstelling van de aanranding van de eerbaarheid betreft, *Parl.St.* Kamer 2014-2015, nr. 0699/003, 5

⁷⁷ I. DELBROUCK, “Voyeurisme”, *Postal Memorialis* 2016, V225/7.

⁷⁸ J. BOECKSTAENS en B. SPRIET, “Het nieuwe misdrijf van voyeurisme en een aanpassing van het misdrijf van aanranding van de eerbaarheid en van verkrachting”, *T. Strafr.* 2016/03, 217.

4 VERGELIJKING

32. De artikelen 373 Sw. (aanranding van de eerbaarheid) en artikel 375 Sw. (verkrachting) kennen een opmerkelijk verschil. Artikel 375 Sw. vermeldt de constitutieve bestanddelen van het misdrijf verkrachting en de strafbaarstelling rond de afwezigheid van toestemming. Dit is allesbehalve het geval in artikel 373 Sw. waarbij louter uitsluitingsgronden worden opgesomd en van toestemming geen gewag wordt gemaakt.

In 2016 wijzigde de Voyeurismewet onder meer artikel 373 Sw. en 375 Sw. Aan artikel 373 Sw. werden de uitsluitingsgronden dwang, verrassing, list en lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid toegevoegd. Deze waren reeds aanwezig in artikel 375 Sw. In artikel 375 Sw. werden de uitsluitingsgronden bedreiging en verrassing ingevoegd. De wetgever heeft daarmee beide wetsartikelen willen gelijkschakelen. Dit is echter niet volledig gebeurd.

Vooreerst is een definiëring van het misdrijf aanranding van de eerbaarheid niet ingevoegd in artikel 373 Sw. Daaruit volgt dat ook het begrip toestemming nog steeds geen vermelding krijgt. België blijft dus tekort schieten. Tot slot zijn de uitsluitingsgronden in artikel 373 Sw. limitatief opgesomd. Ze vormen een constitutief bestanddeel van het misdrijf.⁷⁹ Dit is noch wenselijk noch het geval in artikel 375 Sw., waarbij de uitsluitingsgronden niet beperkend⁸⁰, maar louter exemplatief zijn.⁸¹ De omschrijving en constitutieve bestanddelen van beide misdrijven zijn in de wettekst dus nog niet gelijkgesteld. Dit doet vreemd aan gezien het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Voyeurismewet net dit laatste doel had.⁸² Deze insteek gaat echter verloren zonder verdere uitleg.⁸³

33. Wat betreft het misdrijf van voyeurisme, is het verschil met de aanranding van de eerbaarheid reeds uiteengezet. Het Hof van Cassatie vereist geen fysiek contact bij de aanranding van de eerbaarheid, maar wel een interactie en betrokkenheid van het lichaam van het slachtoffer bij gedragingen zonder toestemming die op het ogenblik zelf schaamte teweegbrengen. Dit is niet het geval bij voyeurisme.⁸⁴

⁷⁹ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 252; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 137; L. LANGBEEN, "Geweld en bedreigingen in art. 373 Sw.", *RW* 1954-1955, 1281.

⁸⁰ Cass (2^e k.) 2 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1365.

⁸¹ Zie de "met name" in de wettekst; Cass. (2^e k.) 30 oktober 2007, AR P.07.0982.N.

⁸² Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafbaarstelling van de aanranding van de eerbaarheid betreft, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 0699/001, 5.

⁸³ J. BOECKSTAENS en B. SPRIET, "Het nieuwe misdrijf van voyeurisme en een aanpassing van het misdrijf van aanranding van de eerbaarheid en van verkrachting", *T. Strafr.* 2016/03, 222.

⁸⁴ A. DIERICKX, "Noopt nieuwe seksuele criminaliteit tot nieuwe seksuele misdrijven?", *NC* 2017, 215.

5 VOORWAARDEN

34. Aan een geldige toestemming zijn enkele voorwaarden verbonden. Het kan namelijk niet de bedoeling zijn om toestemming te vereisen en vervolgens toe te staan dat dit begrip volledig wordt uitgehold. In elke rechtstak waarin de notie toestemming relevant is, zijn geldigheidsvereisten uitgewerkt. Dit hoofdstuk beschrijft welke die mogelijke voorwaarden kunnen zijn in het seksueel strafrecht. Per vereiste is dan geanalyseerd of de rechtspraak en rechtsleer deze momenteel aanvaardt. Deze masterproef argumenteert ten slotte waarom welke geldigheidsvereisten wenselijk zijn.

5.1 Geen aantasting vrijwilligheid: uitsluitingsgronden

35. Artikel 373/1 Sw. (voyeurisme) vermeldt geen enkele grond waarop toestemming ongeldig zou kunnen zijn. De artikelen 373 (aanranding van de eerbaarheid) en 375 Sw. (verkrachting) stipuleren daarentegen uitdrukkelijk dat er sprake is van een misdrijf bij gebruik van geweld, dwang, bedreiging, verrassing of list. Deze 5 situaties doen afbreuk aan de vrijwilligheid van de toestemming. Ze belemmeren de werkelijk vrijwillige, en derhalve rechtsgeldige, totstandkoming van de toestemming.

36. Voor de wetwijziging van 4 juli 1989 waren reeds uitsluitingsgronden opgenomen in artikel 375 Sw., met name geweld, ernstige bedreigingen, list en misbruik van een persoon die het gebruik van zijn zinnen heeft verloren of daarvan door arglistigheden is beroofd.⁸⁵ De formulering zorgde er echter voor dat er slechts sprake was van verkrachting indien één van deze situaties zich had voorgedaan.

Bij het grondig wijzigen van de artikelen omtrent verkrachting met de Wet van 4 juli 1989⁸⁶ wou men de toepassing verruimen en kwam het begrip toestemming naar voor als het hoofdbestanddeel van verkrachting.⁸⁷ De limitatieve visie op de uitsluitingsgronden werd verlaten. Via een amendement werd voorgesteld om ze echter wel nog in de wet te bewaren, aangezien de toestemming in die voorbeeldsituaties “waardeloos” is.⁸⁸ Na hevig debatteren en getouwtrek, zowel onderling als met de Senaat, werd beslist de toestemming en de uitsluitingsgronden beiden in het wetsartikel 375 Sw. te plaatsen. De uitsluitingsgronden luiden als volgt in het eerste amendement van de Senaat: “*Toestemming is er met name niet wanneer de*

⁸⁵ Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1981-82, nr. 166/8, 18.

⁸⁶ Wet van 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting, *BS* 18 juli 1989.

⁸⁷ Wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1980-81, nr. 857/1, 509.

⁸⁸ Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1981-82, nr. 166/2, 401.

daad is opgedrongen door middel van geweld, ernstige bedreiging, overrompeling, list of misbruik van gezag, of mogelijk is gemaakt door de geestelijke of lichamelijke toestand van het slachtoffer.”⁸⁹

Na een stilzitten van 4 jaar besloten Kamer en Senaat uiteindelijk tot een gemeenschappelijk overleg tussen de Commissies voor de Justitie van Kamer en Senaat en kwamen ze nog enkele aanpassingen overeen. Ze schraptten de uitsluitingsgrond van overrompeling omdat het criterium te vaag zou zijn en zou zorgen voor extensieve rechtspraak. Ondanks protest vanuit de Kamer bleef de uitsluitingsgrond list behouden. Verder maakt het misbruik van gezag een verzwarende omstandigheid uit.⁹⁰ De Commissie nam uiteindelijk ook het amendement aan dat de ernstige bedreiging in dwang veranderde.⁹¹

De plenaire vergadering keurde uiteindelijk artikel 375, tweede lid Sw. goed als volgt:

“Toestemming is er met name niet wanneer de daad is opgedrongen door middel van geweld, dwang of list of mogelijk is gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamelijk of een geestelijk gebrek van het slachtoffer.”⁹²

Sindsdien wijzigde enkel de Voyeurismewet het artikel in 2016. Hierbij voegde de wetgever de uitsluitingsgronden bedreiging en verrassing in teneinde overeenstemming te bereiken met artikel 373 Sw.

Wat betreft de uitsluitingsgronden in artikel 373 Sw., was de Voyeurismewet de enige wijziging in de afgelopen jaren. Oorspronkelijk was aanranding van de eerbaarheid enkel mogelijk bij geweld of bedreiging. Nu bevatten beide artikelen dezelfde uitsluitingsgronden.

Als afsluiting van de algemene wetsgeschiedenis van voornoemde gronden, wordt nog benadrukt dat de aanwezigheid van dergelijke uitsluitingsgronden, resulteert in een afwezigheid van de geldige toestemming. De toestemming kan echter ook ongeldig zijn door andere factoren dan het voorkomen van een uitsluitingsgrond.

37. De vrijwilligheid op zich kan hetzij zoals in artikel 375 Sw. expliciet in de wet vereist zijn - door bijvoorbeeld uitsluitingsgronden op te nemen -, hetzij volgen uit de klassieke leer van de toestemming.⁹³ Er hoeft voor het misdrijf van verkrachting geen sprake te zijn van enige uitsluitingsgrond opdat de toestemming

⁸⁹ Verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Senaat 1984-85, nr. 306/2, 11.

⁹⁰ Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 702/4, 9 – 10.

⁹¹ Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 702/4, 19.

⁹² *Hand.* Kamer 1988-89, 21 juni 1989, 2787.

⁹³ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 247.

afwezig zou zijn. De weigering kan gebaseerd zijn op louter feitelijke omstandigheden. Elke onvrijwilligheid kan volstaan voor een gebrek aan toestemming.⁹⁴

In tegenstelling tot bij verkrachting, moet bij een strikte interpretatie van de wettelijke omschrijving van het misdrijf aanranding van de eerbaarheid wel sprake zijn van één van de opgesomde uitsluitingsgronden opdat de toestemming onvrijwillig werd gegeven.⁹⁵ In dat geval is een feitelijke afwezigheid van de toestemming niet voldoende om te spreken van een misdrijf waar juridisch gezien een drempel ingebouwd is.

Om de relevantie hiervan in kaart te brengen, wordt herinnerd aan slachtoffers die bevrozen bij het in contact komen met seksueel geweld. Zelfs indien er geen sprake is van geweld, zullen zij toch de handelingen ondergaan uit angst en daaruit voortvloeiende verlamming.⁹⁶ Het kan echter niet de bedoeling zijn dat anno 2019 dergelijke situaties resoluut ongestraft blijven. De rechtspraak interpreteert dan ook op eigen initiatief en in lijn met het arrest van het Hof van Cassatie van 24 mei 2011 de wetgevende tekst volgens de *ratio legis* en gebruikt toch het toestemmingsbegrip om de strafbaarheid van de gedraging te beoordelen met betrekking tot de aanranding van de eerbaarheid.

De tendens om het toestemmingsbegrip meer en meer centraal te stellen, zorgt ervoor dat de feitelijke en juridische vrijwilligheid meer en meer samenvallen.⁹⁷ Deze evolutie is toe te juichen. De seksuele integriteit van een individu is een zeer persoonlijk gegeven. Voorvallen omtrent deze integriteit worden dan ook vaak rijkelijk gekleurd door omstandigheden en feitelijkheden die de beoordeling kunnen bemoeilijken.

5.1.1 Dwang

38. Het begrip dwang is ontstaan als een uitbreiding van het begrip ernstige bedreiging in het vroegere artikel 375 Sw. Ook in artikel 373 Sw. stonden geweld en bedreigingen centraal.

Titel IX van het strafwetboek behandelt de misdaden en wanbedrijven tegen eigendommen. Onder hoofdstuk I dat gaat over diefstal en afpersing, bevindt zich afdeling III die luidt “Betekenis van sommige in dit wetboek voorkomende uitdrukkingen”. Artikel 483 Sw. van deze afdeling definieert geweld en bedreiging. Aan de basis van de vraag of deze interpretatie mag gebruikt worden in een andere titel, ligt de kwestie of het al dan niet gaat om een verboden analoge interpretatie van de strafwet.⁹⁸ Het gaat echter enkel om een verboden

⁹⁴ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 254.

⁹⁵ Artikel 373 Sw.; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 261.

⁹⁶ Zie 1.1. De problematiek: Het “freeze syndrome”.

⁹⁷ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 254.

⁹⁸ L. LANGBEEN, “Geweld en bedreigingen in art. 373 Sw.”, *RW* 1954-1955, 1288.

interpretatie indien dit een uitbreiding van de strafwet met zich meebrengt.⁹⁹ Omdat zowel het begrip geweld als het begrip bedreiging reeds vermeld zijn in artikelen 373 Sw. en 375 Sw. en artikel 483 Sw. deze begrippen louter definieert, betreft het een toegestane interpretatie. Deze theorie kan ook bevestigd worden door de wijziging van de wetgever aan de benaming van de desbetreffende afdeling. Vroeger heette de afdeling namelijk “Betekenis van sommige in dit hoofdstuk voorkomende uitdrukkingen” (eigen onderstreping). De term “hoofdstuk” werd dus vervangen door “wetboek”.¹⁰⁰

Artikel 483 Sw. begrijpt onder geweld “*daden van fysieke dwang gepleegd op personen*”. Bedreiging omvat “*alle middelen van morele dwang (...)*”. Het Hof van Cassatie definieert bedreiging daarnaast tevens als morele dwang.¹⁰¹

Dwang is dus de overkoepelende term voor zowel fysiek geweld als moreel geweld (onder meer in de vorm van bedreiging). De uitsluitingsgronden geweld, bedreiging en dwang worden dan ook samen behandeld.

5.1.1.1 Geweld

39. De uitsluitingsgrond geweld is terug te vinden in de huidige wettekst van zowel artikel 373 als artikel 375 Sw.

Zoals vermeld, definieert het strafwetboek geweld als daden van fysieke dwang gepleegd op personen.¹⁰² Hieruit volgt dat geweld op goederen niet onder dit criterium valt.¹⁰³ Het gaat om een uitoefening van macht waardoor de ander tegen zijn wil iets moet doen of ondergaan.¹⁰⁴

40. Het geweld moest vroeger “werkdadig” zijn. Dit kaderde in de maatschappelijke visie van de tijd waarin de vrouw geen eigen seksualiteitsbeleving had of mocht hebben. Zij werd geacht om weerstand te bieden en pas uiteindelijk in te gaan op de veroveringspogingen van de man. Weerstand betekende dus niet dat de vrouw geen toestemming gaf. Slechts indien het geweld onoverkomelijk gewelddadig was, kon het van die aard zijn dat de toestemming werd uitgesloten en het misdrijf zich voltrok.¹⁰⁵ Opdringerigheid maakte een deel uit van het romantisch gebeuren. Verzet werd logisch geacht.

⁹⁹ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Boek 1 Strafrecht, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2014, 89.

¹⁰⁰ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 40.

¹⁰¹ Cass. (2^e k.) 7 maart 1989, *Arr. Cass.* 1988-1989, II, 768-773.

¹⁰² Art. 483 Sw; Cass. (2^e k.) 7 maart 1989, *Arr. Cass.* 1988-1989, II, 768-773.

¹⁰³ I. DELBROUCK, “Aanranding van de eerbaarheid – Het misdrijf” in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 33.

¹⁰⁴ Cass. (2^e k.) 20 september 2005, AR P.05.0876.N.

¹⁰⁵ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 41.

Deze denkpijpe kan niet langer worden bijgetreden. Het Hof van Cassatie veegde in 1940 de vroeger aan geweld opgelegde beperkingen van tafel. Elke fysieke dwang, maakt nu geweld uit.¹⁰⁶ Van zodra er geweld aanwezig is, kan er geen toestemming zijn.¹⁰⁷

Het geweld moet echter wel een invloed hebben gehad op de wilsvrijheid van een normale persoon, zij het de kenmerken van de betrokkene in acht genomen. Het geslacht, de leeftijd en de kwetsbaarheid beïnvloeden de mogelijkheid van het slachtoffer om zich te verzetten. Hierbij speelt de fysieke en mentale weerbaarheid van het slachtoffer een grote rol. Deze staat ook in het licht van de leeftijd van het slachtoffer en de gezagsrelatie tussen beide partijen.¹⁰⁸ De feitenrechter zal verder *in concreto* moeten bepalen of er toestemming aanwezig was of niet en alle omstandigheden die speelden op het moment van de feiten in aanmerking nemen.¹⁰⁹

41. Het geweld hoeft verder niet exact samen te vallen in tijd met de handeling. Het kan zich namelijk voordoen vóór de seksuele handeling of aangewend zijn ten einde ervan.¹¹⁰ De gewelddaad moet zich echter wel voordoen met het oog op of ten laatste tijdens de aanval (i.e. penetratie of aanraking).¹¹¹ Een gewelddaad gepleegd na het geven van een geldige toestemming, kan niet worden ingeroepen als uitsluitingsgrond voor diezelfde gegeven toestemming. De toestemming kan wel worden ingetrokken.

5.1.1.2 Bedreiging

42. Sinds de creatie van het Belgisch strafwetboek in 1867, noemt het artikel dat de aanranding van de eerbaarheid criminaliseert naast geweld ook bedreiging. Bij het misdrijf verkrachting werden de termen “gewelddaden” en “erge bedreigingen” gebruikt. Over dit laatste begrip ontstond er veel discussie.¹¹² *De facto*

¹⁰⁶ Cass. (2^e k.) 3 juni 1940, *Pas* 1940 I, 158 en *arr.Cass.* 1940, 60-61; Cass. (2^e k.) 11 februari 1942, *Pas.* 1942, 40-41.

¹⁰⁷ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 461.

¹⁰⁸ Cass. (2^e k.) 9 oktober 2012, AR P.11.2120.N.

¹⁰⁹ I. DELBROUCK, “Aanranding van de eerbaarheid – Het misdrijf” in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 33.

¹¹⁰ L. LANGBEEN, “Geweld en bedreigingen in art. 373 Sw.”, *RW* 1954-1955, 1286; L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 41.

¹¹¹ Cass. (2^e k.) 11 februari 1942, *Pas.* 1942, 40-41.

¹¹² De vraag rees of de bedreiging ook moreel geweld kon omvatten. Daaruit volgend verschoof de discussie naar de bedreigingen van economische aard. Sommigen vonden dit ernstig genoeg indien het stoffelijk bestaan van een persoon ervan afhangt. Een ander parlamentslid vond dan weer dat gedwongen seksuele betrekkingen (onder de bedreiging dat men het slachtoffer zou ontslaan) niet met een criminele straf zouden moeten worden bestraft. De argumentatie om moreel geweld uit te sluiten luidde dat de strafwet strikt te interpreteren is en dat deze zware straffen oplegt. Enkel de ernstige onverwachte dreiging tegen de fysieke integriteit van personen was voldoende. Daarenboven moest de bedreiging imminent, welbepaald en ook nog eens zonder uitstel zijn. De Senaat floot de Kamer echter terug. Ze duidde erop dat het vaste rechtspraak was dat moreel geweld – terecht - aanvaard werd. Vlak voor het goedkeuren van de Verkrachtingswet werd tot slot ernstige bedreiging vervangen door dwang met als argument dat deze term ruimer is en dat het ook het gezag (in de vorm van een soort moreel geweld) kan dekken;

houden ze hetzelfde in als bij de aanranding van de eerbaarheid. De bedreiging is ook nu nog steeds terug te vinden in beide strafbaarstellingen.

De voorbereidende werken van artikel 373 Sw. zetten de inhoud van het begrip bedreiging niet uiteen.¹¹³ De rechtsleer trachtte in de daaropvolgende eeuw een antwoord te bieden. De juridische wereld stond in het algemeen weigerachtig tegenover de bedreiging. Dit kwam duidelijk naar voor in de waslijst aan vereisten waaraan de bedreiging moest voldoen.¹¹⁴ De algemene opvatting over de seksualiteitsbeleving van de vrouw stak dus ook de kop op bij het criterium van de bedreiging. Dit zorgde voor onduidelijkheid over het al dan niet toestemmen. Een vrouw werd geacht weigerachtig te staan tegenover de avances van een man en tegen te strribbelen. De toestemming verwaterde en de scheidingslijn tussen de algemene beknotting van de seksualiteit van de vrouw en het verzet tegen een misdrijf leek flinterdun.

43. Hier is gelukkig verandering in gekomen. De huidige draagwijdte van het begrip bedreigingen bij het misdrijf van aanranding grijpt opnieuw terug naar de interpretatie van artikel 483 Sw., die bevestigd wordt door het Hof van Cassatie.¹¹⁵ Artikel 483 Sw. legt uit dat bedreiging “*alle middelen van morele dwang door het verwekken van vrees voor een dreigend kwaad*” zijn. Er moet dus sprake zijn van een vrees voor een dreigend kwaad. Het Hof van Cassatie sprak zich reeds in 1965 uit over de interpretatie van dit begrip bedreigingen.¹¹⁶ Het Hof verduidelijkt dat de bedreiging een morele dwang uitmaakt. Morele dwang kan zowel de instandhouding als de creatie van een nadelige toestand voor het slachtoffer inhouden.¹¹⁷ Het dreigen tot aantasten van de economische toestand kan ook morele dwang opleveren.

Het is verder niet noodzakelijk dat de dreiging onmiddellijk is; een dreiging in de nabije toekomst is voldoende.¹¹⁸

Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1981-82, nr. 166/8, 15-17; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 252; Verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Senaat 1984-85, nr. 306/2, 5; Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 702/4, 12; Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 675/2, 4.

¹¹³ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 41.

¹¹⁴ L. LANGBEEN, “Geweld en bedreigingen in art. 373 Sw.”, *RW* 1954-1955, 1287.

¹¹⁵ Cass. (2^e k.) 7 maart 1989, *Arr. Cass.* 1988-1989, II, 768-773.

¹¹⁶ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 474.

¹¹⁷ Cass. (2^e k.) 24 mei 1965, *Pas.* 1965, I, 1030-1036.

¹¹⁸ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 320; Cass. (2^e k.) 11 februari 1942, *Pas.* 1942, 40-41.

De uitoefening van dwang tegen de fysieke integriteit van een persoon hoeft niet aanwezig te zijn; dwang tegen de materiële of intellectuele eigendom volstaat ook.¹¹⁹

De rechter zal de bedreiging moeten beoordelen in het licht van de persoonlijkheid en weerbaarheid van het slachtoffer.¹²⁰ Het is vanzelfsprekend dat een bepaalde gewelddaad niet een even grote indruk zal maken op een robuuste volwassen man als op een jong meisje.

5.1.2 Verrassing

44. De uitsluitingsgrond van de verrassing maakt in de huidige wetgevende tekst deel uit van zowel artikel 373 Sw. als artikel 375 Sw.

Nog voor de afzonderlijke invoering van het misdrijf voyeurisme in het Strafwetboek, veroordeelden de rechtbanken daders op grond van aanranding van de eerbaarheid. Daarbij werd vaak gebruik gemaakt van de uitsluitingsgrond verrassing. Het Hof van Cassatie besliste echter later dat dergelijke feiten niet onder aanranding van de eerbaarheid kunnen vallen.¹²¹

45. Het begrip verrassing maakte lange tijd geen deel uit van de uitsluitingsgronden in artikel 373 Sw. Na enkele eerste stappen vanuit Luik¹²², vulde het Hof van Cassatie deze lacune door te stellen dat verrassing een vorm van geweld kon zijn én dat het gebrek aan toestemming het hoofdbestanddeel uitmaakt van het misdrijf in kwestie. Indien het slachtoffer door een kuiperij (i.e. een listig bedrog) zich gedwongen voelde om bepaalde seksuele handelingen te ondergaan, ze zich er onmogelijk kon aan onttrekken door de plotse, onverwachte of onvoorziene aard én ze wel weerstand zou geboden hebben indien ze de mogelijkheid had gehad, dan valt deze verrassing onder de notie geweld.¹²³ Het gehanteerde criterium voor zowel de verrassing, geweld als bedreiging is dat het slachtoffer zich zou verzet hebben indien ze de kans ertoe had gehad.¹²⁴

Nu de Voyeurismewet beide artikelen gelijkgeschakelde, is er geen nood meer aan deze extensieve interpretatie om verrassing onder geweld te brengen. Deze invoeging was niet alleen logisch om de

¹¹⁹ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 320.

¹²⁰ Cass. (2^e k.) 9 oktober 2012, AR P.11.2120.N.

¹²¹ Zie Titel 3.4.2.

¹²² Zie, L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 170-172.

¹²³ Cass. (2^e k.) 3 juni 1940, *Pas* 1940 I, 158 en *arr.Cass.* 1940, 60-61; Cass. (2^e k.) 11 februari 1942, *Pas.* 1942, 40-41; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 252; I. DELBROUCK, "Aanranding van de eerbaarheid – Het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 35; Cass. (2^e k.) 6 oktober 2004, AR P.04.065.F.

¹²⁴ L. LANGBEEN, "Geweld en bedreigingen in art. 373 Sw.", *RW* 1954-1955, 1285; Cass. (2^e k.) 7 maart 1989, *Arr. Cass.* 1988-1989, II, 768-773.

coherentie ten goede te komen met artikel 375 Sw.; er bleek ook duidelijk uit casussen die de rechtbanken voorgeschoteld kregen dat de verrassing relevant was. Een persoon kan zich namelijk niet verdedigen wanneer hij of zij onverwachts slachtoffer wordt van seksueel geweld. Vooral wat betreft de aanranding van de eerbaarheid, is een ongewenste aanraking snel gebeurd.

5.1.3 List

46. Vervolgens kan in artikel 373 Sw. en artikel 375 Sw. de uitsluitingsgrond van de list ofte het bedrog gevonden worden. De list is een principe dat doet denken aan het wilsgebrek bedrog, dat voorkomt in het verbintenissenrecht.¹²⁵ Ook daar moet een geldige toestemming vrij zijn van enige wilsgebreken.

47. De list maakte net zoals de verrassing tot voor 2016 geen deel uit van de uitsluitingsgronden in artikel 373 Sw. De rechtspraak dat verrassing een vorm van geweld kon uitmaken, gaf aanleiding tot dezelfde redenering voor wat betreft de list. De correctionele rechtbank van Brussel oordeelde in 1969 dat het zich voordoen als geautoriseerd om een gynaecologisch onderzoek te verrichten (i.e. een list), gelijk gesteld kan worden met een verrassing en daarom ook onder geweld kan vallen.¹²⁶ Ook in 2005 trad het Hof van Cassatie deze visie nog bij door te stellen dat dwang en machtsuitoefening ook kunnen bestaan uit het verschalken van het slachtoffer door de listige of onverhoedse wijze waarop de dader een door het slachtoffer niet gewilde handeling uitvoert.¹²⁷ Na de Voyeurismewet is hier opnieuw geen nood meer aan. De uitsluitingsgrond wordt expliciet vermeld als zijnde voldoende om de toestemming ongeldig te maken.

48. Een list wordt nu beschreven als een kunstgreep die het slachtoffer verhindert te handelen naar zijn of haar werkelijke wil, bijvoorbeeld het dronken voeren, het zich voorstellen als iemand anders en het toedienen van drugs.¹²⁸

Een klassieker is het voorbeeld van het stellen van seksuele handelingen terwijl de partner slaapt.¹²⁹ Hoewel plausibel, lijkt het passender deze casus te plaatsen onder de (tijdelijke) onvolwaardigheid van het slachtoffer om toe te stemmen. Daartegen kan men argumenteren dat er van geen onvolwaardigheid tot toestemmen sprake is omdat er gewoon helemaal geen enkele toestemming gegeven is.

Volgens DIERICKX vereist een list een machinatie; eenvoudige leugens volstaan niet. Het vermeende slachtoffer zou moeten bewijzen dat de eenvoudige leugens een list uitmaken.¹³⁰ STEVENS deelt deze mening

¹²⁵ Art. 1116 BW.

¹²⁶ Corr. Brussel 24 nov 1969, *JT* 1970, 121-123.

¹²⁷ Cass. (2^e k.) 20 september 2005, AR P.05.0876.N.

¹²⁸ I. DELBROUCK, "Aanranding van de eerbaarheid – Het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 36.

¹²⁹ D. MERCKX, "Verkrachting – het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 107.

¹³⁰ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 277.

niet en verduidelijkt dat eenvoudige leugens wél als list kunnen beschouwd worden, verwijzend naar het standpunt van VERBRUGGEN.¹³¹ DIERICKX weerlegt deze stelling met diezelfde bron. VERBRUGGEN stelt dat de list in oorzakelijk verband moet staan met de penetratie en dat deze laatste niet zou gebeurd zijn indien er geen list had plaatsgevonden volgens de gekende equivalentieleer. Er blijft namelijk een oorzakelijk verband nodig tussen de uitsluitingsgrond en de ongewenste seksuele handelingen. Bij een eenvoudige leugen moet het vermeende slachtoffer bewijzen dat het als list in de zin van art. 375 Sw. kan beschouwd worden en dat er zonder die list geen penetratie zou geweest zijn.¹³²

De vraag die zich vervolgens stelt, is vanaf wanneer de leugen resulteert in een onvrijwilligheid. De meningen hierover zijn verdeeld. Sommigen stellen dat een leugen over de burgerlijke staat voldoende is om de toestemming ongeldig te maken, anderen stellen dat daarbij geen sprake is van een aantasting van de seksuele integriteit en dus geen seksueel misdrijf.¹³³

Wat betreft het ogenblik van de misleiding, moet de dader vooraf of ten laatste op het moment van de penetratie wetens en willens het slachtoffer misleiden.¹³⁴

5.1.4 Macht

5.1.4.1 Strafrecht

49. Deze scriptie beschouwt macht en gezag als twee verschillende termen. Macht of *power* gaat om invloed en betekenis.¹³⁵ Gezag of *authority* is een vorm van macht, het gaat om een autoriteit. Gezag is macht op een legitieme basis,¹³⁶ bijvoorbeeld door een arbeidscontract of het ouderschap.

Deze theorievorming kan teruggevoerd worden op de verschillende types autoriteit van Max Weber. Hij poneerde dat gezag een vorm was van gelegitimeerde macht. Hiervoor onderscheidde hij drie verschillende legitimatiegronden: het charismatische gezagstype, het traditionele gezagstype en het rationeel-legaal gezag. Hoewel deze theorie oorspronkelijk ontwikkeld is voor politieke heerschappijen, kan deze ook vertaald worden naar macht en gezag in menselijke relaties. De eerste legitimatiegrond gaat terug op charisma van

¹³¹ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 462-463.

¹³² F. VERBRUGGEN, "noot: Gebrek aan toestemming als constitutief bestanddeel bij verkrachting van een mentaal gehandicapte minderjarige", *AJT* 1995-96, 474-476

¹³³ A. DIERICKX, "Hoe ver reikt de bescherming van de strafbepalingen van aanranding van de eerbaarheid en verkrachting?", *NC* 2006, 105.

¹³⁴ F. VERBRUGGEN, "noot: Gebrek aan toestemming als constitutief bestanddeel bij verkrachting van een mentaal gehandicapte minderjarige", *AJT* 1995-96, 475-476.

¹³⁵ <https://www.vandale.be/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/macht#.XMtETo4zZPY> (consultatie 17 april 2019).

¹³⁶ X, *Gezag*, <https://nl.wikipedia.org/wiki/Gezag> (consultatie 17 april 2019).

de persoon in kwestie. De tweede grond is deze van de traditie. Hierbij zou in deze context kunnen gedacht worden aan geestelijken of prestige door afkomst. De derde grond is de rationeel-legale grond. Deze grond zal het vaakst voorkomen in het seksueel strafrecht, het gaat dan met name om het ouderlijk gezag of gezag op basis van een arbeidsovereenkomst of een functie zoals bijvoorbeeld geneesheer.¹³⁷

Het hier gehanteerde machts criterium, begrijpt zowel misbruik van macht als gezag. De wetgevende teksten gebruiken over het algemeen steeds de term misbruik van gezag, omdat deze vaak zal verwijzen naar het ouderlijk gezag of het gezag van een voogd. De reden van de keuze voor de titel macht is om zoveel mogelijk situaties te vatten onder deze noemer. Hierbij kan gedacht worden aan #MeToo cases waarbij het bijvoorbeeld niet ging om de huidige werkgever maar een andere, toekomstige, potentiële belangrijke werkgever. Deze laatste heeft in de regel geen gezag over de betrokkene op basis van een overeenkomst. Indien louter gezag zou gebruikt worden, komt de volledigheid in gevaar gezien niet elke situatie van macht een gezagssituatie is.

50. Het misbruik van gezag komt voor in verschillende bepalingen. Het is evenwel niet te bespeuren in artikel 375 Sw. Er werd voor gekozen in de Verkrachtingswet om deze factor te laten spelen als verzwarende omstandigheid en niet als constitutioneel bestanddeel.¹³⁸

Deze wet wijzigde echter niet het misdrijf aanranding van de eerbaarheid. In artikel 372 Sw. is het misbruik van gezag verschillende malen terug te vinden voor wat betreft minderjarigen. Het artikel stelt in het eerste lid de aanranding van de eerbaarheid zonder geweld of bedreiging strafbaar op een minderjarige onder de 16 jaar. Dit is de gewone strafbaarstelling van seksuele handelingen op minderjarigen die de grens van seksuele meerderjarigheid nog niet hebben bereikt. Het tweede lid van deze bepaling stelt de aanranding van de eerbaarheid, zelfs zonder geweld of bedreiging door een bloedverwant in opgaande lijn of adoptant strafbaar, zelfs indien de minderjarige reeds 16 jaar is.

In deze twee leden is een onweerlegbaar vermoeden van afwezigheid van toestemming aanwezig. Artikel 372, tweede lid Sw. zorgt voor verwarring omtrent de interpretatie. De ene visie stelt dat dit lid geldt voor minderjarigen vanaf 16 jaar¹³⁹, de andere stelt dat het ook geldt voor minderjarigen onder de 16 jaar. Dit werd ook opgemerkt in het wetsontwerp van de Wet bescherming minderjarigen¹⁴⁰, maar vond zijn weg

¹³⁷ G. MARTYN en R. OPSOMMER, *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2008, 43-45.

¹³⁸ Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 702/4, 9 – 10.

¹³⁹ I. DELBROUCK, "Aanranding van de eerbaarheid – Het misdrijf" in *X, Comm. Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 32.

¹⁴⁰ Wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *BS* 17 maart 2001.

uiteindelijk niet naar de aangenomen wetgevende tekst.¹⁴¹ Dit geldt voor veel elementen. Ook een omschrijving van het begrip aanranding van de eerbaarheid die toestemming centraal stelt, werd niet aangenomen.¹⁴²

De gezagscomponent wordt nog duidelijker in het derde lid van artikel 372 Sw. Diezelfde Wet bescherming minderjarigen voegde dit lid in. Het stelt dat dezelfde straf van toepassing is indien de dader de broer of zus is van het minderjarig slachtoffer of een andere die een soortgelijke positie heeft in het gezin, of diegene die gewoonlijk of occasioneel met het slachtoffer samenwoont en over het slachtoffer gezag heeft. Een gelijkaardige zinsnede werd ingevoegd in artikel 377 Sw.¹⁴³ In artikel 372 Sw. maakt deze zinsnede echter een constitutioneel bestanddeel uit van het misdrijf aanranding van de eerbaarheid dat zorgt voor een onweerlegbaar vermoeden van afwezigheid van toestemming. Dit is niet het geval in artikel 377 Sw., dat verzwarende omstandigheden beschrijft voor seksuele misdrijven.

De gebruikte terminologie in het derde lid verdient enige uitleg. Zowel het gewoonlijk als het occasioneel samenwonen zijn feitelijke begrippen. Verschillende factoren kunnen bijdragen aan de omschrijving ervan. Voor het gewoonlijk samenwonen kan gekeken worden naar de plaats van het dagelijkse leven van de minderjarige. Het occasioneel samenwonen kan gaan om een korte periode waarin het kind bij een ouder verblijft.¹⁴⁴ Wat betreft de hoedanigheid van de dader, is vereist dat hij of zij gewoonlijk met de minderjarige samenwoont én gezag over hem heeft. Één van beide is niet voldoende indien het geen bloedverwant in opgaande lijn, broer, zus of adoptant is.¹⁴⁵

51. Het gezagscriterium maakt in artikel 377 Sw. een verzwarende omstandigheid uit.¹⁴⁶ Deze geldt zowel voor het misdrijf voyeurisme, aanranding van de eerbaarheid als verkrachting. Het gezag als verzwarende omstandigheid was ook hier niet altijd vanzelfsprekend. In het eerste amendement van de senaat bij de Verkrachtingswet, maakte het criterium “misbruik van gezag” een deel uit van de exemplatieve opsomming die toestemming uitsluit.¹⁴⁷ Er werd later voor gekozen om het misbruik van gezag op te nemen als

¹⁴¹ Wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1999, nr. 1907/1, 20-21.

¹⁴² Wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1999, nr. 1907/1, 73-74.

¹⁴³ Art. 377, lid 1, tweede puntje Sw.

¹⁴⁴ Wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1999, nr. 1907/1, 21.

¹⁴⁵ Wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1999, nr. 1907/1, 21.

¹⁴⁶ Art. 377, lid 1, tweede en derde streepje Sw.

¹⁴⁷ Verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Senaat 1984-85, nr. 306/2, 11.

verzwarende omstandigheid.¹⁴⁸ Hoewel deze keuze begrijpelijk is¹⁴⁹, heeft gezag toch een grotere invloed dan een eenvoudige verzwarende omstandigheid. Een misbruik van gezag zal in talloze situaties de echte vrije wil uitschakelen.

Dit werd onlangs ook pijnlijk duidelijk toen actrices uit de filmwereld zich met de *#MeToo-movement* uitspraken over de vele gevallen waarbij hun werkgevers hen dwongen om bepaalde seksuele handelingen te stellen of te ondergaan. Er is bezwaarlijk sprake van toestemming aangezien zij het ervaren als een inbreuk op hun zelfbeschikkingsrecht en seksuele integriteit. Een werknemer zal niet snel de avances afwijzen van zijn werkgever indien deze duidelijk maakt dat een belangrijke promotie of zelfs een ontslag hieraan kan vasthangen.

52. Verder sluit dit criterium ook sterk aan bij moreel geweld dat verweven zit in de wilsuitsluitingsgrond van de dwang. Verschillende bronnen stellen dan ook dat het misbruik van gezag onder de notie dwang kan vallen.¹⁵⁰ In dit geval zou het machtsmisbruik wel een bestanddeel van seksuele misdrijven uitmaken. Dit is een waardige optie indien er niet voor gekozen wordt om dit criterium expliciet op te nemen als uitsluitingsgrond.

53. Het hanteren van misbruik van macht als een algemeen concept dat zorgt voor wilsuitsluiting, is om verschillende redenen te prefereren boven het gebruik hiervan als verzwarende omstandigheid. Vooreerst zou dit coherentie brengen tussen de misdrijven aanranding van de eerbaarheid en verkrachting. Voor wat betreft de aanranding van de eerbaarheid, maakt misbruik van gezag namelijk een constitutioneel bestanddeel uit.¹⁵¹ Gelijkaardige bepalingen zijn daarentegen te vinden in de strafverzwaring van artikel 377 Sw. Verder lijkt het ook de volledigheid van het begrip toestemming ten goede te komen. De bedoeling om een *catch-all* bepaling te creëren wordt zo gehonoreerd.

Bij het bespreken van machtsverhoudingen in het kader van seksueel geweld, moet vermeld worden dat seksueel misbruik vaak net draait om het uitoefenen van macht. Het misbruik gebeurt vaak in afhankelijkheidsrelaties en gezagsverhoudingen. De factor van gezag komt duidelijk naar voor in de zaak operatie Kelk. Het behoeft geen uitleg dat geestelijken een macht uitoefenen over eenieder die zich aansluit bij de Kerk en in een vertrouwenspositie staan tegenover hun dienaren en gelovigen.¹⁵² Indien de kinderen

¹⁴⁸ Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 702/4, 9 – 10.

¹⁴⁹ Het is namelijk een element dat gelinkt is aan de hoedanigheid van de dader en niet direct aan de wil zoals het geval is voor de andere wilsuitsluitingsgronden.

¹⁵⁰ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 147.

¹⁵¹ Art. 372, lid 2 en 3 Sw.

¹⁵² T. DE CORTE, “‘Voor de overlevenden’ Ervaringen en beproevingen van slachtoffers van seksueel misbruik in de Katholieke Kerk”, *Panopticon* 2012, nr. 33, 27-28.

onder de 16 jaar vallen, zullen zij natuurlijk gevat worden onder de seksuele minderjarigheid, maar desalniettemin speelt er in de realiteit ook een machtsfactor. Hetzelfde geldt voor wat betreft het seksueel geweld in de gemeenschap van Jehova getuigen.

54. Zoals duidelijk blijkt uit bovenstaande voorbeelden, kan de notie machthebbende ruim worden ingevuld. Het gaat om leerkrachten, geestelijken, openbare ambtenaren, werkgevers, stiefouders, artsen en verpleegkundigen en anderen die misbruik maken van hun machtspositie. Het gaat om de personen die zeggenschap hebben over het ondergeschikte slachtoffer, zelfs al is dit gezag tijdelijk en kortstondig.¹⁵³ De verdere invulling van feitelijk gezag zal door de rechter gebeuren.¹⁵⁴

Voor een leidraad omtrent de feitelijke invulling van een onevenwichtige machtsverhouding, kan het gegevensbeschermingsrecht een nuttige bron zijn. Er werden namelijk specifieke situaties omschreven die betrekking hebben op de geldigheid van toestemming in gezagsverhoudingen.

5.1.4.2 Gegevensbeschermingsrecht

55. Artikel 4, 11) van de GDPR, dat toestemming definieert, maakt geen gewag van specifieke uitsluitingsgronden. De definitie bevat louter de algemene notie dat toestemming vrij moet zijn. Dit is anders in overwegingen 42 en 43 van de GDPR. Daar wordt vooreerst het cruciale principe aangehaald dat toestemming niet vrij is verleend indien de betrokkene geen echte of vrije keuze heeft of zijn toestemming niet kan weigeren of intrekken zonder nadelige gevolgen. Daaruit volgt dat indien de toestemming niet vrij is, deze niet geldig is. Logischerwijze mag er daarnaast geen risico zijn van misleiding, intimidatie of dwang. Toestemming mag ook geen geldige rechtsgrond vormen voor de verwerking indien er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke én dit het onwaarschijnlijk zou maken dat de toestemming in alle omstandigheden van die situatie vrij is gegeven. Het gaat om elk element van ongepaste druk of beïnvloeding dat de betrokkene verhindert zijn vrije wil te uiten.¹⁵⁵ De vrije wil is ook gehinderd indien de betrokkene geen realistische alternatieven heeft dan in te stemmen met het gevraagde.

Ter illustratie kan ten eerste gedacht worden aan de relatie met de overheid. Dit houdt in dat de overheid vaak liefst een andere juridische basis zal kiezen voor de verwerking van persoonsgegevens.

Een ander treffend voorbeeld is dat van de werknemer-werkgever-verhouding. Hierbij is een opmerkelijke machtsverhouding aanwezig waarbij de werknemer afhankelijk is van zijn werkgever. De angst voor

¹⁵³ I. DELBROUCK, "Verkrachting" in G. BEKE, H. BERKMOES en S. BERBUTO et al., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, losbl., (V130/01) V130/25.

¹⁵⁴ A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 150-151.

¹⁵⁵ Article 29 Working Party, "Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)", *European Commission* 2018, 6.

negatieve gevolgen op de werkvloer zoals bijvoorbeeld een ontslag of slechtere behandeling, zal hoogstwaarschijnlijk de toestemming van de werknemer beïnvloeden.¹⁵⁶

De *Article 29 Working Party* werkt hierover het volgende uit:

*“The Article 29 Working Party takes the view that where consent is required from a worker, and there is a real or potential relevant prejudice that arises from not consenting, the consent is not valid in terms of satisfying either Article 7 or Article 8 as it is not freely given. If it is not possible for the worker to refuse it is not consent. Consent must at all times be freely given. Thus a worker must be able to withdraw consent without prejudice.”*¹⁵⁷

Dit uitgewerkte voorbeeld uit het gegevensbeschermingsrecht ligt confronterend veel in lijn met de hogervermelde #MeToo beweging en problematiek daarrond, bijvoorbeeld in de filmindustrie.

Het gebruiken van toestemming als basis wordt echter niet volledig uitgesloten als rechtmatige grond voor gegevensverwerking. In sommige omstandigheden kan deze alsnog geldig worden verleend. Dit is voornamelijk het geval indien voldoende garanties worden verleend dat de toestemming los van enige druk kan gebeuren.¹⁵⁸

56. Daarenboven werd deze problematiek ook uitvoerig onderzocht in het kader van het verwerken van persoonsgegevens omtrent gezondheid in elektronische medische dossiers. De *Article 29 Working Party* duidt erop dat een vrijwillige beslissing vrij moet zijn van elke vorm van dwang. Dit geldt zowel voor sociale, financiële, psychologische als andere dwang. Indien er zich een bedreiging voordoet van niet-behandeling van de patiënt of een behandeling van een lagere kwaliteit, kan er geen werkelijke keuze gemaakt worden en zal een eventuele toestemming niet geldig zijn.¹⁵⁹

De vrije keuze kan beschouwd worden als één van de basisconcepten van en belangrijkste voorwaarden voor toestemming. Naast het hebben van controle, moet de betrokkene een werkelijke keuze hebben die zijn echte ingesteldheid vertolkt.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Article 29 Working Party, “Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)”, *European Commission* 2018, 6-7.

¹⁵⁷ Article 29 Working Party, “Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context”, *European Commission* 2001, 23; Article 29 Working Party, “Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)”, *European Commission* 2011, 13.

¹⁵⁸ Article 29 Working Party, “Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)”, *European Commission* 2011, 14.

¹⁵⁹ Article 29 Working Party, “Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR)”, *European Commission* 2007, 8.

¹⁶⁰ Article 29 Working Party, “Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)”, *European Commission* 2018, 3.

5.2 Ondubbelzinnig

57. Bij het onderzoeken van de geldigheidsvereisten aan toestemming steken verschillende vragen de kop op omtrent het al dan niet dubbelzinnig of expliciet moeten zijn van de toestemming. Hoe moet toestemming geuit worden? Moet dit uit een positieve of mag dit ook uit een negatieve handeling bestaan? Wat als er twijfel kan zijn? Moet toestemming expliciet of mag dit ook impliciet? Wat zijn de vereisten qua vorm?

Vele vragen en begrippen komen hierin aan bod. Deze titel tracht duidelijkheid te scheppen en een antwoord te bieden op deze vragen. De analyse vat aan met een blik op het gegevensbeschermingsrecht, aangezien daarin de ondubbelzinnigheid beschreven wordt en dit (nog) niet het geval is in het strafrecht.

5.2.1 Gegevensbeschermingsrecht

58. Zowel de vroegere *Data Protection Directive*¹⁶¹ als de huidig geldende GDPR stellen de vereiste van ondubbelzinnigheid (“*unambiguous*”) aan geldige toestemming. De belangrijkste artikelen die handelen over toestemming zijn artikel 7 en 8 van de GDPR. Artikel 7 beschrijft de voorwaarden voor toestemming. Artikel 8 beschrijft de voorwaarden voor toestemming van kinderen. De definitie zelf van toestemming en de vereiste van ondubbelzinnigheid is echter te vinden in artikel 4.

Artikel 4, punt 11) GDPR luidt als volgt:

“toestemming” van de betrokkene: elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaard;” (eigen onderstreping).

Overweging 32 van de GDPR vult deze voorwaarde verder in. Geldige toestemming moet worden gegeven door een duidelijke, actieve handeling, bijvoorbeeld in de vorm van een schriftelijke of mondelinge verklaring waaruit blijkt dat de betrokkene instemt. Stilzwijgen of inactiviteit geldt niet als toestemming.¹⁶² Deze overweging bevat verschillende elementen.

Toestemming kan impliciet of expliciet zijn. Het expliciet of uitdrukkelijk uiten van de toestemming houdt in dat een gesproken of schriftelijke verklaring nodig is. Dit is niet vereist voor de verwerking van gewone persoonsgegevens, maar wel voor de verwerking van bijzonder gevoelige persoonsgegevens¹⁶³. Wanneer de toestemming af te leiden is uit gedragingen, spreekt men van impliciete toestemming. Impliciet

¹⁶¹ Richtlijn 95/46/EC van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *Pb.L.* 23 november 1995, nr. 281/31.

¹⁶² Overweging 32 GDPR.

¹⁶³ Art. 9 GDPR.

toestemmen is toegelaten voor de verwerking van niet-gevoelige persoonsgegevens en kan dus zeker een ondubbelzinnige toestemming tot stand brengen.¹⁶⁴

Het feit dat stilzwijgen of inactiviteit geen toestemming uitmaken, wijst dan weer op de handeling die positief of negatief kan zijn. Een positieve handeling is een handeling die actief is en waarbij de betrokkene actie onderneemt. Een negatieve handeling duidt op een onthouden, bijvoorbeeld inactiviteit of stilzwijgen. Voor de verwerking van niet-gevoelige persoonsgegevens moet de toestemming volgens de GDPR dus ondubbelzinnig en positief zijn. Er is nood aan een effectieve actie.¹⁶⁵

59. Verder dringt zich ook een analyse op van de Richtsnoeren inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679 van de *Article 29 Working Party*.¹⁶⁶ In dit document wordt uitvoerig beschreven wat moet worden begrepen onder het begrip toestemming in de GDPR. De nadruk ligt op de vereiste van een actieve gedraging of verklaring. Het moet duidelijk zijn dat de betrokkene toestemt en er mag geen sprake zijn van twijfel. Indien er geen actief gedrag aanwezig is, is het moeilijk om te weten of er wel degelijk toestemming is. Inactiviteit laat te veel ruimte voor twijfel.¹⁶⁷ Indien er redelijke twijfel is, houdt dit een dubbelzinnigheid in.¹⁶⁸ Dan kan geen geldige toestemming gegeven zijn.¹⁶⁹

Daarnaast wordt ook de term expliciete toestemming uit de doeken gedaan die nodig is voor de categorieën persoonsgegevens in artikel 9 GDPR. Het al dan niet expliciet zijn verwijst naar de manier waarop de toestemming wordt uitgedrukt. Dit kan via een geschreven of mondelinge verklaring. Een mondelinge verklaring is evenwel eerder theoretisch omwille van de bewijsproblematiek.¹⁷⁰

5.2.2 Strafrecht

60. Een dergelijke voorwaarde van ondubbelzinnigheid is in het strafrecht nog ongekend. Waar er wel verschillende stellingen zijn over het positief of negatief en expliciet of impliciet uiten van de toestemming,

¹⁶⁴ Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)", *European Commission* 2011, 23.

¹⁶⁵ Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)", *European Commission* 2011, 12.

¹⁶⁶ Article 29 Working Party, "Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)", *European Commission* 2018.

¹⁶⁷ Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)", *European Commission* 2011, 12.

¹⁶⁸ Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)", *European Commission* 2011, 21.

¹⁶⁹ Article 29 Working Party, "Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)", *European Commission* 2018, 15-17.

¹⁷⁰ Article 29 Working Party, "Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)", *European Commission* 2018, 18.

zijn die er niet over het ondubbelzinnig uiten in zijn totaliteit. Vereisen dat toestemming ondubbelzinnig moet gegeven worden, zou nochtans ook in het seksueel strafrecht misverstanden kunnen vermijden. Miscommunicatie vormt een deel van de problematiek rond seksueel geweld.

Indien er twijfel bestond over de toestemming, zou in de rechtszaal resoluut besloten kunnen worden dat de toestemming niet ondubbelzinnig werd verkregen. Het kan een zekerheid en vangnet bieden indien de slachtoffers inactief bleven en de toestemming derhalve niet ondubbelzinnig was. Die inactiviteit kan onder meer te wijten zijn aan het proberen duidelijk maken dat de partner niet geïnteresseerd is of aan een verstijving uit angst.

61. De ondubbelzinnigheid van toestemming kan op verschillende manieren geuit worden zoals duidelijk blijkt uit het gegevensbeschermingsrecht. Vooreerst kan de toestemming de vorm aannemen van een expliciete of een impliciete handeling. Daarnaast kan een handeling ook positief of negatief zijn. Deze twee vormen worden van naderbij bekeken.

5.2.2.1 Expliciet?

62. Het al dan niet expliciet uitdrukken van de seksuele toestemming is de laatste jaren een *hot topic*. De nieuwe wet in Zweden vormde gedurende enkele maanden een populair gespreksonderwerp. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd expliciete toestemming vereist opdat er geen misdrijf zou plaatsvinden. Hieromtrent ontstond zeer veel spanning. De term “expliciet” werd daarop geschrappt.¹⁷¹ In de daaropvolgende parlementaire stukken wordt er op geduid dat een expliciete veruitwendiging van toestemming geen vereiste is: “*There should not be a requirement in the legislative text that the choice to engage voluntarily must be expressed*”¹⁷². Er is dus geen expliciete (verbale) toestemming vereist vooraleer twee partners seksuele betrekkingen mogen hebben in Zweden. De huidige wettekst luidt als volgt:

“A person who carries out sexual intercourse or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse with a person who is not participating voluntarily is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least two and at most six years. In assessing

¹⁷¹ X, *Castration of Odin: On the New Sexual-Consent Law in Sweden*, <https://culturalanalysis.net/2017/12/22/castration-odin-new-sexual-consent-legislation-sweden/> (consultatie 4 april 2018).

¹⁷² De Zweedse regering, *Wetsvoorstel*, <http://www.regeringen.se/4b00ca/contentassets/3f31cebd430043d59bbd91195721b4b2/en-ny-sexualbrottslagstiftning-byggd-pa-frivillighet>, (consultatie 4 april 2018), 29.

whether the participation is voluntary or not, particular consideration shall be given to whether the voluntariness was expressed through words or deed or in some other way." (eigen onderstreping).¹⁷³

Volgens deze bepaling is er sprake van verkrachting als de andere partij niet vrijwillig deelneemt aan de seksuele betrekkingen. Om de draagwijdte van die vrijwilligheid te kennen, zal moeten gekeken worden naar het feit of de vrijwilligheid werd uitgedrukt door woorden, daden, of op een andere manier. Er hoeft dus geen uitgebreid gesprek noch korte woordenwisseling gevoerd te worden vooraleer twee personen in Zweden geslachtsgemeenschap kunnen hebben. De partijen kunnen hun vrijwilligheid ook uitdrukken door daden, i.e. het enthousiast deelnemen aan het seksueel contact.

63. Zoals blijkt uit bovenstaande uitleg, hangen de begrippen ondubbelzinnig, expliciet en positief nauw samen. Deze overlappen echter niet volledig. Een ondubbelzinnige toestemming is niet hetzelfde als een expliciete toestemming. De toestemming zal ondubbelzinnig zijn als ze expliciet gebeurt, maar hoeft niet per se expliciet te gebeuren om ondubbelzinnig te zijn. De rechtspraak en rechtsleer beantwoorden de vraag of toestemming impliciet of expliciet moet verleend worden niet. Er is geen welbepaalde vorm voorgeschreven. Verschillende variaties van vormen om toestemming te uiten zijn mogelijk. Deze zullen worden besproken in het licht van de huidige stand van zaken in het seksueel strafrecht.

(a) Niet-uiten

64. Indien de ingesteldheid niet geuit wordt, mag de andere partij er niet op vertrouwen dat de persoon in kwestie toestemt. Het niet-uiten zorgt echter wel voor een problematische situatie omdat de andere partij dan niet kan weten dat er geen toestemming aanwezig is of op zijn minst niet zeker is.

Voyeurisme, verkrachting en aanranding van de eerbaarheid vereisen geen bijzonder opzet, maar een algemeen opzet. Het algemeen opzet houdt in dat de dader wist of had moeten weten dat het slachtoffer geen toestemming gaf. Met deze kennis zette hij vervolgens toch zijn acties verder. De stelling is dat, opdat de actor de gemoedstoestand van zijn seksuele partner zou kunnen kennen, deze laatste zijn ingesteldheid dan ook moet veruitwendigen.¹⁷⁴ Het recht kan geen rekening houden met een psychologische staat die niet geuit wordt. De vrijwilligheid moet niet noodzakelijk veruitwendigd worden via een luid en duidelijke verklaring. Er moet louter een manifestatie zijn van de werkelijke wil.¹⁷⁵ Een soort van communicatie moet

¹⁷³ Dit is een vertaling uitgaande van het Zweedse Ministerie van Justitie van hoofdstuk 6 van de Zweedse strafwet; <https://www.government.se/4a95e7/contentassets/602a1b5a8d65426496402d99e19325d5/chapter-6-of-the-swedish-penal-code-unofficial-translation-20181005> (consultatie 4 april 2018).

¹⁷⁴ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 298-299.

¹⁷⁵ A. FAHMY ABDON, *Le consentement de la victime*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, 184.

aanwezig zijn: zowel om het gebrek aan toestemming als de aanwezigheid van toestemming te kunnen vaststellen. Indien er geen interactie plaatsvindt, houdt dit geen stilzwijgende toestemming in.¹⁷⁶

Deze visie lijkt enigszins dubbelzinnig te zijn. Waar er enerzijds gesteld wordt dat een gebrek aan interactie geen stilzwijgende toestemming inhoudt, wordt anderzijds geponereerd dat geen rekening kan worden gehouden met een louter interne gemoedstoestand die niet veruitwendigd wordt. Hoewel het evident is dat idealiter de gemoedstoestand duidelijk geuit wordt, kan dit in de realiteit moeilijk steeds verwacht worden.

(b) Non-verbaal uiten

65. De vorm waarin toestemming moet gegeven worden, is in beginsel vrij. Met voorbehoud van enkele uitzonderlijke gevallen kan dit zowel geschreven als mondeling, expliciet als impliciet.¹⁷⁷

Het non-verbaal uiten van de toestemming houdt in dat de gedragingen en lichaamstaal de ingesteldheid duidelijk maken zonder het gebruik van woorden. Dit is de stilzwijgende of impliciete toestemming. Er wordt verwezen naar artikel 8 van de patiëntenrechtenwet. Daarin is uitgewerkt dat de toestemming in sommige gevallen redelijkerwijze uit de gedragingen van de patiënt kan worden afgeleid, bijvoorbeeld door een arm voor zich uit te strekken om de bloeddruk te laten meten of om bloed te laten prikken.

Bij seksuele betrekkingen zal deze vorm van toestemming het meest gangbaar zijn. De partners zullen door elkaars handelingen en lichaamstaal aanvoelen of de ander toestemt en de betrekkingen verder wil zetten. Noch in de Belgische wettekst, noch in rechtspraak of rechtsleer wordt vereist dat de toestemming expliciet verbaal moet worden gegeven. Vaak wordt hiervoor geargumenteed dat dit een overregulering zou uitmaken die de romantiek zou doden. Dit standpunt kan bijgetreden worden.

Dit verleent nog geen vrijkaart voor een soort van “veronderstelde” toestemming. Hierbij kan gedacht worden aan het statuut van het huwelijk of het beroep van een prostitué(e). Zowel de echtgenote als de prostitué(e) moeten nog steeds toestemmen met de seksuele betrekkingen. De toestemming mag niet louter verondersteld worden.¹⁷⁸ Wel kan de drempel van de vereiste toestemming lager zijn. Hiermee wordt bedoeld dat, los van het juridische, minder voorzichtigheid aan boord moet gelegd worden indien het gaat om een bekende partner waarmee men frequent consensuele seksuele betrekkingen heeft. Indien het gaat om een volledig onbekende persoon, met een lichaamstaal waarmee men niet even vertrouwd is, zal met nog meer voorzichtigheid de toestemming moeten worden afgeleid.

¹⁷⁶ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 298-299.

¹⁷⁷ A. FAHMY ABDON, *Le consentement de la victime*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, 184-185.

¹⁷⁸ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 301-302.

(c) Verbaal uiten

66. De veruitwendiging van toestemming kan ook verbaal geschieden. De toestemming wordt dan expliciet mondeling meegedeeld. Dit is het basisprincipe in het gezondheidsrecht volgens artikel 8 van de Wet patiëntenrechten, die een dergelijke toestemming voorop stelt. Er moet in herinnering gebracht worden dat een expliciete toestemming niet noodzakelijk synoniem staat voor een verbale toestemming. Een hoofdknik is bijvoorbeeld een duidelijk expliciete aanwijzing van een veroorlovende ingesteldheid maar het is niet verbaal, i.e. met woorden.¹⁷⁹

(d) Schriftelijk uiten

67. Tot slot kan de betrokkene zijn toestemming ook schriftelijk uiten. Dit is de meest duidelijke en verregaande vorm van toestemming. Deze wordt in de medische sector vereist voor ingrijpende handelingen zoals bijvoorbeeld abortus en euthanasie. Deze vorm wordt ook vaak gehanteerd in sadomasochistische sferen.

(e) BDSM

68. BDSM¹⁸⁰ of sadomasochisme is een seksuele voorkeur waarbij partijen met onderlinge toestemming deelnemen aan een *scene* waarin gebruik wordt gemaakt van rollenspel, dominantie, fysieke prikkeling in de vorm van het ontvangen van pijn of restricties.¹⁸¹ Het Hof van Cassatie definieert het fenomeen: “Overwegende dat sadomasochisme een vorm is 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,”¹⁸² (eigen onderstreping). In deze omschrijving valt tot tweemaal toe een andere bewoording te vinden voor de toestemming.

Expliciete toestemming vormt één van de basisbeginselen, dikwijls zelfs schriftelijk in de vorm van een contract.¹⁸³ De *sub of bottom* geeft in een dergelijk contract met name de seksuele handelingen aan waarin

¹⁷⁹ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 304.

¹⁸⁰ Bondage and Domination / Dominance and Submission / Sadism and Masochism.

¹⁸¹ D. PITAGORA, “Consent vs. Coercion: BDSM Interactions Highlight a Fine but Immutable Line”, *The New School Psychology Bulletin* 2013, vol. 10/1, 27-29.

¹⁸² Cass. (2^e k.) 6 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 3, 19.

¹⁸³ D. PITAGORA, “Consent vs. Coercion: BDSM Interactions Highlight a Fine but Immutable Line”, *The New School Psychology Bulletin* 2013, vol. 10/1, 27-28.

hij of zij toestemt en de handelingen waarvoor hij of zij geen toestemming geeft.¹⁸⁴ Dit komt tegemoet aan de vereiste van geïnformeerde, specificiteit en ondubbelzinnigheid. De toestemming is klaarblijkelijk omstandig geregeld, in scherp contrast met de toestemming bij niet-BDSM seksuele betrekkingen.

69. De *community* hecht evident een aanzienlijk belang aan dit principe gezien de soms ingrijpende handelingen. Dit kan ook te wijten zijn aan de dubieuze status van de strafbaarheid. Er kan gedacht worden aan de zaak K.A. en A.D. tegen België¹⁸⁵. Een individu is vrij om te beschikken over zijn seksuele integriteit, maar niet over zijn fysieke integriteit. Er kan, behoudens op wettelijke basis (e.g. tatoeages, boksen), geen toestemming gegeven worden tot fysiek letsel. Laat dit nu net zijn waar het schoentje kan wringen bij BDSM. Deze fysieke integriteit komt des te meer in het gedrang indien de sub het *safeword* of *safe signal* gebruikt. De toestemming wordt dan onverbiddekelijk herroepen. Indien de *dom* zijn handelingen niet staakt, zal afhankelijk van de omstandigheden mogelijks sprake zijn van slagen- en verwondingen.¹⁸⁶ Het principe van het *safeword* wordt zeer positief bevonden. Een dergelijke communicatie omtrent de toestemming, hoewel evident niet in dezelfde mate, kan aangeraden worden voor gewone seksuele betrekkingen. Het nagaan van de ondubbelzinnige toestemming van de seksuele partner lijkt niet overbodig te zijn.

5.2.2.2 Positief?

70. Net zoals bij de voorwaarde omtrent het al dan niet expliciet uiten van de toestemming, moet ook hier benadrukt worden dat expliciet en ondubbelzinnig geen synoniemen vormen voor een positieve handeling. Een actieve handeling vormt wel een synoniem. Het gaat dan namelijk om een handeling waarbij de betrokkene actief een gedraging stelt of een verklaring doet. Een negatieve handeling betekent dan weer dat er sprake is van een onthouding, een niet-handelen. Een negatieve handeling zal echter niet voldoen aan de vereiste van ondubbelzinnigheid. Een positieve en actieve handeling zal normaliter wel voldoen. Bijgevolg is dit, naast de expliciete, eveneens een wijze om vorm te geven aan de ondubbelzinnigheid.

71. De toestemming in het strafrecht vereist volgens DIERICKX geen positieve of actieve handeling; een aanmoediging of initiatief nemen tot een handeling is niet noodzakelijk. Uit de afwezigheid van beide mag geen gebrek aan toestemming worden afgeleid. Aan de hand van een resem taalkundige betekenissen van het begrip toestemming, duidt ze op het feit dat toestemmen in eerste instantie eerder instemmen en toegeven inhoudt.¹⁸⁷ Dit standpunt lijkt op het eerste zicht moeilijk verenigbaar met voorgaande standpunt dat uit een gebrek aan interactie geen toestemming mag worden afgeleid. Beide stellingen kunnen echter

¹⁸⁴ D. PITAGORA, "Consent vs. Coercion: BDSM Interactions Highlight a Fine but Immutable Line", *The New School Psychology Bulletin* 2013, vol. 10/1, 33.

¹⁸⁵ Zie EHRM 17 februari 2005, nr. 42758/98 en 45558/99, K.A. en A.D./België.

¹⁸⁶ D. PITAGORA, "Consent vs. Coercion: BDSM Interactions Highlight a Fine but Immutable Line", *The New School Psychology Bulletin* 2013, vol. 10/1, 32.

¹⁸⁷ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 271-273.

naast elkaar bestaan. Het is niet omdat er geen ingesteldheid geuit wordt, dat er toestemming aanwezig is. Indien geen actie wordt genomen, is er daarentegen ook niet per se geen toestemming aanwezig. Die toestemming kan er immers wel zijn. Iemand kan de partner niet aanmoedigen en dus geen positieve handeling stellen, maar wel toestemmen in de handelingen die de partner stelt. Deze schijnbare tegenstelling duidt op de feitelijkheid van voorliggende problematiek. Het blijft de taak van de rechter om zaak per zaak te onderzoeken en te oordelen of er toestemming aanwezig is.

72. De GDPR uit het gegevensbeschermingsrecht gaat regelrecht in tegen het principe dat geen positieve handeling vereist is. Zij stelt dat een duidelijke, actieve handeling nodig is opdat geldige toestemming aanwezig kan zijn. Een negatieve handeling, zoals stilzwijgen of onthouding van elke activiteit, is geen geldige toestemming.¹⁸⁸ Hoewel voorzichtigheid geboden is, lijkt deze visie toch meer wenselijk te zijn in een evoluerende maatschappij waarin toestemming aan belang wint en er talloze gevallen opduiken van miscommunicatie. Indien dit begrip zou kunnen worden gereduceerd tot een volledige passiviteit, is de kans op uitholling van de toestemming groot. Er moet afstand genomen worden van de betekenis van toestemming als “toelaten” en “ondergaan” en gestreefd worden naar een verzadigd begrip dat voorwaarden stelt die de werkelijke ingesteldheid van de betrokkene trachten te achterhalen en weerspiegelen.

73. Stellen dat de toestemming in het seksueel strafrecht expliciet moet zijn, lijkt te verregaand. Dit zou vereisen dat steeds hetzij schriftelijk, hetzij mondeling, uitdrukkelijk wordt verklaard dat beide partijen seksuele betrekkingen willen hebben. De vereiste van ondubbelzinnigheid is wel een waardevolle toevoeging, want een niet ondubbelzinnige toestemming betekent immers dat er twijfel is. Bij het aanvangen of verderzetten van seksuele handelingen zou geen twijfel aanwezig mogen zijn. Indien dit wel het geval is, hoort de andere partner zijn handelingen te staken en te peilen naar de werkelijke ingesteldheid van de andere partij. Er moet echter wel ruimte zijn om de ondubbelzinnige toestemming ook op impliciete wijze te uiten, door bijvoorbeeld een positieve handeling te stellen. Indien er louter sprake is van negatieve handelingen en dus onthoudingen, kan redelijkerwijze niet gesproken worden van rechtsgeldige toestemming. Dit zou bij elk redelijk persoon tenminste een minimale twijfel moeten oproepen. Dergelijke misverstanden zijn net waar deze begripsomschrijving aan tegemoet wil komen.

5.3 Specifiek

74. Om te onderzoeken of de toestemming tot seksuele handelingen specifiek moet zijn, zal eerst worden uitgeklaard wat specificiteit precies inhoudt. Het specifiek zijn of de specificiteit van de toestemming slaat op de draagwijdte van toestemming. Het bepaalt voor welke concrete handelingen het akkoord is gegeven. Twee hypothesen kunnen geïdentificeerd worden. Ofwel hoeft de toestemming tot seksuele handelingen niet specifiek te zijn en resulteert elke toestemming in een algemene toestemming voor verschillende, niet-

¹⁸⁸ Overweging 32 GDPR; voor meer informatie: zie bovenstaande titel over gegevensbeschermingsrecht.

gepreciseerde handelingen. Ofwel moet de toestemming specifiek zijn en zal een toestemming voor handeling X, niet per se een toestemming voor handeling Y uitmaken. Het gaat dan om een welomschreven bepaalde handeling.

Ter illustratie kan een bekend voorbeeld uit de rechtspraak aangehaald worden. In het geval van de eerste hypothese, houdt een toestemming tot seksuele betrekkingen, zowel vaginale-peniale als anale-peniale betrekkingen in. De toestemming wordt gegeven en zij geldt algemeen voor alle handelingen. In de tweede hypothese wordt de toestemming slechts voor specifieke handelingen gegeven. Indien toestemming wordt gegeven tot vaginale-peniale betrekkingen, zullen anale-peniale betrekkingen als verkrachting beschouwd worden omdat daartoe geen toestemming aanwezig was.

75. Het gegevensbeschermingsrecht en het gezondheidsrecht kunnen inspiratie bieden met betrekking tot de uitwerking van dit concept. Daarna volgt een uitwerking van de *status quo* in het strafrecht.

5.3.1 Gegevensbeschermingsrecht

76. Een eerste spoor van specificiteit is te vinden in artikel 4, 11) GDPR. Zoals reeds eerder beschreven, is hier de definitie van het begrip toestemming te vinden. De notie specifiek maakt een deel uit van de opsomming van voorwaarden waaraan moet voldaan zijn opdat een rechtmatige basis voor verwerking aanwezig zou zijn. Verder stelt ook artikel 6, eerste lid, a) GDPR dat toestemming specifiek gegeven wordt voor één of meer welbepaalde doeleinden. Toestemming moet namelijk gelden voor alle verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doelen dienen. Indien er meerdere doeleinden zijn, moet toestemming voor elk daarvan worden verleend.¹⁸⁹ Dit kan door middel van granulariteit. Dit houdt een scheiding in van de verschillende doeleinden waarbij toestemming wordt verkregen voor elk doel.¹⁹⁰ Overweging 33 vult aan dat indien het bij wetenschappelijk onderzoek nog niet mogelijk is om exact alle doeleinden te bepalen, toestemming voor bepaalde onderdelen moet worden gegeven.¹⁹¹ Een soort *blanket consent* of algemeen akkoord zonder het doel te preciseren, volstaat dus niet.¹⁹² Aansluitend hierbij moet ook het doel zelf specifiek uitgewerkt, expliciet en rechtmatig zijn. De toestemming mag verschillende

¹⁸⁹ Overw. 32 en 43 *in fine* GDPR.

¹⁹⁰ Article 29 Working Party, "Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)", *European Commission* 2018, 11.

¹⁹¹ Ook in de Richtlijn 2002/58EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van de persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie is reeds in artikel 12 terug te vinden dat de lidstaten kunnen verlangen dat aparte toestemming moet verkregen worden van abonnees voor abonneelijsten voor andere doeleinden dan het zoeken van contactgegevens in lijsten.

¹⁹² Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)", *European Commission* 2011, 17; Article 29 Working Party, "Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR)", *European Commission* 2007, 9.

uitvoeringshandelingen dekken zolang zij onder één doelstelling blijven. Om geldig toestemming te kunnen geven, moet de betrokkene verder voldoende specifiek geïnformeerd zijn op een begrijpelijke manier over die welbepaalde doelstelling.¹⁹³ Indien de doelstelling verandert in de loop der tijd, moet de gebruiker hiervan op de hoogte gebracht worden en opnieuw toestemming kunnen geven.¹⁹⁴

Deze voorwaarde kan opnieuw gelinkt worden aan het zelfbeschikkingsrecht dat de gebruiker maximale controle biedt en voor transparantie zorgt.¹⁹⁵ Wanneer de betrokkene zijn toestemming geeft om persoonsgegevens te gebruiken, heeft hij of zij een bepaalde verwachting van hoe deze gebruikt zullen worden. Het gegevensbeschermingsrecht wil het manifest schenden van het gegeven vertrouwen vermijden. De grenzen waarvan de gebruiker verwacht dat ze gerespecteerd worden, moeten duidelijk afgebakend worden om het vertrouwen niet te beschadigen en misbruik van de toestemming te vermijden.¹⁹⁶ Dit komt de rechtszekerheid en voorspelbaarheid ten goede.¹⁹⁷

In een poging een te rigide systeem te vermijden, moet enige speelruimte mogelijk zijn binnen voorzichtige grenzen. Daarom bestaat een onderscheid tussen nieuw gebruik dat compatibel is (dus kan vallen onder de toestemming) en gebruik dat dat niet is.¹⁹⁸

5.3.2 Gezondheidsrecht

77. In het gezondheidsrecht is het begrip toestemming reeds uitgebreid ontwikkeld. Er komen verscheidene rechten toe aan de patiënt om tegemoet te komen aan zowel mensenrechtenstandaarden als normen van ethiek. Eén daarvan is het recht op toestemming. Deze toestemming heeft onder meer een specifieke draagwijdte. De toestemming geldt specifiek voor de bepaalde handeling waartoe deze gegeven is. Indien de arts zonder geoorloofde grond (bijvoorbeeld *extended operations*)¹⁹⁹ meer handelingen zou

¹⁹³ Article 29 Working Party, “Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)”, *European Commission* 2018, 12.

¹⁹⁴ Article 29 Working Party, “Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)”, *European Commission* 2011, 19.

¹⁹⁵ Article 29 Working Party, “Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)”, *European Commission* 2018, 11.

¹⁹⁶ Article 29 Working Party, “Opinion 3/2013 on purpose limitation (WP 203)”, *European Commission* 2013, 4.

¹⁹⁷ Article 29 Working Party, “Opinion 3/2013 on purpose limitation (WP 203)”, *European Commission* 2013, 13.

¹⁹⁸ Article 29 Working Party, “Opinion 3/2013 on purpose limitation (WP 203)”, *European Commission* 2013, 5.

¹⁹⁹ Zie S. TACK en T. VANSWEEVELT, “Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht* Volume II, Mortsel, Intersentia, 2014, (355) 421-424.

stellen dan toestemming is voor verleend, zal hij de fysieke integriteit van de patiënt schenden.²⁰⁰ Dit criterium speelt derhalve een niet te verwaarlozen rol in het gezondheidsrecht.

5.3.3 Strafrecht

5.3.3.1 Evolutie: van algemeen naar specifiek

78. De wetgeving maakt geen gewag van de specificiteit van de gegeven toestemming. De rechtspraak besteedde hier gedurende een lange periode eveneens geen aandacht aan.

In 1999 kwam daar verandering in met een ophefmakend vonnis gewezen door de Brusselse correctionele rechtbank. In deze zaak was toestemming gegeven tot vaginale betrekkingen. Plots draaide de man het slachtoffer gewelddadig om en dwong haar tot anale betrekkingen terwijl ze het uitschreeuwde en poogde ertegen te vechten. De rechters in kwestie oordeelden dat het geen verkrachting was omdat er initieel toestemming was gegeven, ondanks het feit dat de daaropvolgende handelingen van een totaal andere aard waren. De feiten konden volgens hen wel slagen en verwondingen uitmaken. Ze wezen de kwalificatie als verkrachting van de hand door zich te baseren op de stelling uit de rechtsleer volgens dewelke toestemming niet kan ingetrokken worden eenmaal deze is gegeven.²⁰¹ Volgens deze visie zijn er geen gradaties in de toestemming. Hierbij wordt dus de al dan niet herroepbaarheid van de toestemming betrokken ondanks dat eigenlijk nooit (specifiek) toestemming gegeven was tot anale betrekkingen en deze dus ook niet kon worden herroepen.

Bovenvermeld vonnis werd niet goed onthaald in de rechtsleer.²⁰² Zelfs de aanhangers van de eerder vermelde stelling van niet-herroepbaarheid, menen dat dit niet geldt voor volledig nieuwe penetraties. De draagwijdte van de toestemming wordt vermengd met de herroepbaarheid van de toestemming. Het verschil en de omschrijving van deze begrippen moet in herinnering gebracht worden. De draagwijdte bepaalt waarvoor de persoon in kwestie specifiek toestemming geeft, voor welke welbepaalde handelingen. De vraag naar de al dan niet herroepbaarheid handelt over het intrekken van een toestemming die wel gegeven werd voor de handelingen in kwestie. Deze begrippen moeten onderscheiden worden van elkaar.²⁰³

Later ontwikkelt zich rechtspraak die tegen de stelling van de correctionele rechtbank te Brussel ingaat. Met name in een vonnis van de correctionele rechtbank van Antwerpen werd beslist dat een aanvankelijke toestemming tot orale seks met persoon X, geen toestemming inhoudt tot vaginale penetratie door personen

²⁰⁰ S. TACK en T. VANSWEEVELT, "Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht* Volume II, Mortsel, Intersentia, 2014, (355) 420.

²⁰¹ Corr. Brussel 5 januari 1999, *JT* 1999, 2, 627.

²⁰² L. ARNOU, "Toestemming tot seksueel contact is onvoorwaardelijk en alomvattend", *Juristenkrant* 1999, afl. 8, 4.

²⁰³ A. DIERICKX, "De seksuele penetratie en de geldige toestemming in het licht van het misdrijf verkrachting" (noot onder Cass. 17 oktober 2007), *NC* 2010, 82.

X en Y. Hieruit kan volgens MELIS tevens afgeleid worden dat de toestemming herroepbaar is. Uit het uittreksel van het vonnis lijkt de rechtbank ook te stellen dat de draagwijdte van de toestemming beperkt is door erop te duiden dat haar aanvankelijke toestemming tot orale seks met de tweede beklagde geenszins een akkoord impliceerde met de handelingen (i.e. vaginale penetratie door eerste en tweede beklagde) die nadien plaatsvonden.²⁰⁴

Het Hof van Cassatie bracht duidelijkheid in haar arrest van 17 oktober 2007. In het bestreden arrest van het Hof van Beroep werd geoordeeld dat de opgedrongen anale seksuele betrekkingen geen deel uitmaakten van de vooraf door het slachtoffer gegeven toestemming. Het Hof van Cassatie oordeelde dat bij het misdrijf van verkrachting, de aantasting van de persoonlijke integriteit centraal staat. Het gebrek aan toestemming vormt bijgevolg een fundamenteel bestanddeel van het misdrijf. Het Hof wees daarna op het volgende:

“Instemmen met lichamelijke betrekkingen wil niet zeggen toestemmen in elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook. Het arrest stelt vast dat de eiser de eerste verweerster tot anale penetraties heeft gedwongen en die daden, die met geweld zijn opgedrongen, niet tot het seksueel verkeer behoren waarmee zij had ingestemd.” (eigen onderstreping).²⁰⁵

Hieruit blijkt duidelijk dat de draagwijdte van de toestemming cruciaal is. *In casu* houdt een toestemming tot vaginale penetratie, geen toestemming in tot anale penetratie. Een toestemming houdt dus volgens het Hof geen *carte blanche* in om over te gaan tot seksuele handelingen van welke aard en met welk middel dan ook.²⁰⁶ Er is sprake van twee verschillende penetraties waarbij voor elk van deze handelingen afzonderlijk toestemming moet aanwezig zijn.²⁰⁷ Toestemming tot handeling X, houdt geen toestemming in tot handeling Y. Bij gebrek aan een geldige toestemming, kunnen dergelijke handelingen een misdrijf uitmaken. Het vonnis van de correctionele rechtbank van Brussel uit 1999 wordt hiermee van tafel geveegd.

5.3.3.2 Stealthing

79. *Stealthing* is het fenomeen waarbij diegene die een condoom draagt, ongevraagd en zonder toestemming (meestal zelfs zonder medeweten) de condoom verwijdert tijdens de

²⁰⁴ B. MELIS, “Kan men na de toestemming nog van verkrachting spreken? Eens ja, altijd ja?!” (noot onder Corr. Antwerpen 28 maart 2003), *RABG* 2005, 1536-1538.

²⁰⁵ Cass. (2^e k.) 17 oktober 2007, AR P.07.0726.F.

²⁰⁶ B. KETELS, “De beperkte draagwijdte en het herroepelijk karakter van seksuele toestemming” (noot onder Cass. 17 oktober 2007), *RW* 2008-09, afl. 14, 572.

²⁰⁷ A. DIERICKX, “De seksuele penetratie en de geldige toestemming in het licht van het misdrijf verkrachting” (noot onder Cass. 17 oktober 2007), *NC* 2010, 81-82.

geslachtsgemeenschap.²⁰⁸ De motieven voor zulke acties luiden een verhoogd seksueel plezier, een uitdrukking van zogenaamde mannelijke superioriteit en het instinct tot voortplanten.

In het licht van de specificiteit en het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2007²⁰⁹, valt dit fenomeen mogelijks onder het misdrijf van verkrachting. Dit is het geval indien de toestemming door de andere partner specifiek gegeven werd tot penetratie met bescherming, maar niet tot penetratie zonder condoom waarbij de condoom een cruciale beslissingsfactor uitmaakte. Bij verwijdering van de condoom en dus verdwijning van de toestemming, wordt de penetratie een misdrijf. Dit maakt naast een blootstelling aan zwangerschap of seksueel overdraagbare aandoeningen, bovenal een schending uit van de persoonlijke integriteit van het slachtoffer. Diezelfde seksuele integriteit vormde de *ratio* van de Verkrachtingswet van 1989. Er mag echter niet zo ver gegaan worden dat het per ongeluk scheuren of verliezen van de condoom als verkrachting zal worden bestempeld. Er is nog steeds een algemeen opzet vereist in hoofde van de dader.²¹⁰ In het kader van die opmerking, kan geduid worden op een terechte bezorgdheid van BRODSKY. Indien niet duidelijk werd aangegeven dat de toestemming louter aanwezig was door het gebruik van de condoom, kan mogelijks het vereiste opzet niet aanwezig zijn indien de dader zich ontdoet van de condoom en de geslachtsgemeenschap verder zet.²¹¹

DE HERT en KETELS bevestigden tevens, naar aanleiding van de aantijgingen van seksueel misbruik ten aanzien van Julian Assange in 2011, dat seksuele betrekkingen zonder condoom waarin niet werd toegestemd, in België kunnen bestempeld worden als verkrachting.²¹²

80. Het fenomeen lijkt op het eerste zicht misschien eerder marginaal, maar het gebeurt vaker dan op het eerste zicht zou lijken; niet alleen omdat het een recenter gekend fenomeen is waar nog niet evenveel onderzoek naar is gevoerd als naar de klassieke vorm van verkrachting, maar ook omdat slachtoffers zich hetzij niet bewust zijn van het uitdoen van de condoom, hetzij de ernst van de situatie niet helemaal beseffen. Vaak zullen zij wel het gevoel hebben in hun integriteit gekrenkt te zijn, maar zullen zij het moeilijk hebben dit te benoemen en al zeker het als verkrachting te bestempelen.²¹³

²⁰⁸ S. VANDROMME, "Stealth is verkrachting", *Juristenkrant* 2017, afl. 349, 16.

²⁰⁹ Cass. (2^e k.) 17 oktober 2007, AR P.07.0726.F.

²¹⁰ S. VANDROMME, "Stealth is verkrachting", *Juristenkrant* 2017, afl. 349, 16.

²¹¹ A. BRODSKY, "'Rape-adjacent': imagining legal responses to nonconsensual condom removal", *Columbia Journal of Gender and Law* 2017, 32.2, 197.

²¹² P. DE HERT en B. KETELS, "Seksleven Assange als excuus voor overlevering: zo leak als een zeef?", *Juristenkrant* 2011, afl. 221, 13.

²¹³ A. BRODSKY, "'Rape-adjacent': imagining legal responses to nonconsensual condom removal", *Columbia Journal of Gender and Law* 2017, 32.2, 185-190.

81. Tot slot moet opgemerkt worden dat bij het fenomeen *stealth* de toestemming niet enkel afwezig kan zijn door de draagwijdte van de gegeven toestemming, maar ook door de wilsbelemmerende factor van de list, verrassing of een gebrek aan geïnformeerdheid dat hieruit voortkomt.

5.4 Geïnformeerd

82. Opdat een geldige toestemming zou kunnen gegeven worden, moet het individu in kwestie op de hoogte zijn van de draagwijdte en gevolgen van zijn toestemming. Een toestemming kan pas geldig gegeven worden indien de betrokkene weet waartoe hij of zij deze precies verstrekt. Dit criterium is op strafrechtelijk vlak niet uitgebreid ontwikkeld. Specifieke vraagstukken staken nochtans wel de kop op in de rechtspraak. Wat gebeurt er indien door de seksuele partner verzwegen wordt dat hij of zij seropositief is? Indien seksuele penetratie bij het kennen van deze informatie geweigerd zou geweest zijn, maakt die handeling dan een misdrijf uit? Hoe zit het met minder levensbelangrijke situaties? Verandert de kennis over de burgerlijke staat of het aantal sekspartners iets aan de voormalige toestemming? Kan dit verkrachting uitmaken indien deze informatie met opzet verzwegen werd en toestemming anders niet zou bekomen zijn? Hoeveel informatie moet dan medegedeeld worden? Waar ligt de grens?

Het is duidelijk dat het kennis-aspect vele vragen oproept die niet altijd even eenvoudig en eenduidig te beantwoorden zijn. Nochtans is het uitermate belangrijk te weten waarvoor toestemming gegeven wordt.

Hoewel het concept niet even uitgewerkt is in het strafrecht als in het gezondheidsrecht, is er toch reeds vroeg een verwijzing te bespeuren naar dit criterium, zelfs bij gebreke aan expliciete vermelding in de wettelijke bepaling. Het is ook enigszins evident dat het individu in kwestie moet begrijpen waarmee hij toestemt en dat het moet gebeuren met kennis van zaken.

83. De geïnformeerdheid is zeer sterk gelinkt aan de vrijwilligheid of meer het gebrek aan de uitsluitingsgronden, met name de list. Daarbij is er namelijk ook sprake van een tekort aan informatie. Dit gebrek aan informatie kan verschillende oorzaken hebben. De actor kan bijvoorbeeld informatie verzwijgen of valse informatie verstrekken.²¹⁴ Het voorbeeld dat vroeger kenmerkend was voor de list, is de man die zich 's nachts voordoeft als de echtgenoot en zo geslachtsgemeenschap heeft met de vrouw die denkt dat het haar echtgenoot is waarmee ze het bed deelt. De vrouw beschikt in deze kwestie over onvoldoende of valse informatie om geldig toe te stemmen tot geslachtsgemeenschap.

5.4.1 Strafrecht

84. Een gebrek aan geïnformeerdheid kan verschillende oorzaken hebben.

²¹⁴ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 275-276.

Vooreerst stelt zich de hypothese van de vermomming van de waarheid door de actor. Volgens DIERICKX is de geïnformeerde vereiste ruimer dan de list. Daarin zou de meerwaarde en het verschil met de list zich uiten. Zoals uiteengezet bij de list, vereist de list volgens deze auteur een machinatie en volstaan eenvoudige leugens niet.²¹⁵

Naast het verdraaien van de waarheid, kan er ook sprake zijn van een stilzwijgen van de persoon van de actor.²¹⁶

VERBRUGGEN maakt daarnaast ook de interessante opmerking dat de context van de list en geïnformeerde relevant zou kunnen zijn bij het verzwijgen of liegen over seropositiviteit. De rechtsleer van voor 1989 reageert op deze casus door middel van inbreuken op de fysieke integriteit zoals doodslag, vergiftiging, opzettelijke slagen en verwondingen etc., maar de Verkrachtingswet van 1989 biedt volgens hem andere mogelijkheden, namelijk die om zulk een gedraging onder verkrachting te laten vallen.²¹⁷ Deze hypothese zal verderop worden afgetoetst.

Vervolgens kan het ook zijn dat de persoon zich vergist omtrent de draagwijdte en dacht toestemming te geven tot een andere gedraging. De persoon was ook in dit geval niet geïnformeerd over de werkelijke handeling waarmee deze toestemde. Het kan dan gaan om een geval van miscommunicatie waarbij de betrokken persoon dacht toestemming te geven tot handeling X, terwijl eigenlijk toestemming leek gegeven te zijn tot handeling Y.

85. Verder kan ook gedacht worden aan het verband met de bekwaamheid.²¹⁸ De betrokkene is zich mogelijks niet bewust van de draagwijdte van zijn toestemming; bijvoorbeeld omdat deze persoon de informatie (nog) niet correct kan verwerken en begrijpen wegens gebrek aan maturiteit of bijvoorbeeld in tijdelijke staat van onvolwaardigheid (i.e. intoxicatie) verkeert. Een jong kind zal normaliter nog niet beseffen wat seksuele handelingen inhouden en wat er zal gebeuren indien het zou toestemmen. Dit argument speelt een cruciale rol bij het bepalen van een leeftijdsgrens voor de seksuele meerderjarigheid.

86. In sommige gevallen heeft de actor een informatieplicht die hij of zij moet naleven. Deze informatieplicht zal voornamelijk draaien rond handelingen die zonder toestemming een inbreuk maken op de fysieke integriteit van een persoon. Hierbij kan eerder gedacht worden aan handelingen uit de medische sector. De arts moet de patiënt informeren, maar hoe en wat moet juist meegedeeld worden?

²¹⁵ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 277.

²¹⁶ Besproken in titel 5.4.2.

²¹⁷ F. VERBRUGGEN, "noot: Gebrek aan toestemming als constitutief bestanddeel bij verkrachting van een mentaal gehandicapte minderjarige", *AJT* 1995-96, 475.

²¹⁸ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 275.

Ter exploratie van het toestemmingsbegrip zal beroep gedaan worden op de informatievereisten die het gezondheidsrecht stelt aan de toestemming.

5.4.2 Gezondheidsrecht

87. Het recht op toestemming is niet het enige relevante recht in het kader van patiëntenrechten in het gezondheidsrecht. Twee specifieke rechten worden voor het criterium van de geïnformeerdheid onder de loep genomen: het recht op informatie en het recht op toestemming.

De basis van deze beide rechten is voornamelijk het recht op zelfbeschikking en fysieke integriteit.²¹⁹ Ze zijn daarnaast ook een gevolg van het algemeen zorgvuldigheidscriterium en de uitvoering ter goeder trouw van de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 1134, lid 3 BW).²²⁰ Tot slot maken ze ook deel uit van ethische codes en internationale en nationale instrumenten.

Bij zowel het recht op informatie als het recht op toestemming vindt er een informatie-uitwisseling plaats. Er moet een fundamenteel onderscheid gemaakt worden tussen beide. Het recht op informatie over de gezondheidstoestand gaat niet over een interventie op het lichaam. Deze is dan ook minder strikt geregeld. Het gaat onder meer over de informatie die meegedeeld wordt aan de patiënt omtrent de diagnose. De toestemming is hier niet vereist of van toepassing in het merendeel van de gevallen. Het recht op toestemming gaat over de behandelingsinformatie, met name de informatie met betrekking tot een interventie. Dit is vanzelfsprekend strenger geregeld. Op basis van deze informatie moet de patiënt namelijk al dan niet toestemmen tot medische ingrepen aan zijn persoon. Dit is het zogenaamde *informed consent* principe in het gezondheidsrecht²²¹, maar de beide rechten zijn nauw met elkaar verbonden aangezien zonder informatie over de diagnose te kennen, de patiënt de informatie over zijn mogelijke interventie niet kan plaatsen. In de praktijk worden zij ook dikwijls samen medegedeeld.²²²

²¹⁹ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 50-1642/001, 24.

²²⁰ S. TACK en T. VANSWEEVELT, "Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht* Volume II, Mortsel, Intersentia, 2014, (355) 356.

²²¹ T. BALTHAZAR en S. TACK, "Patiëntenrechten - Informed consent in de zorgsector: recente evoluties", *CABG* 2007, (1) 4.

²²² S. TACK en T. VANSWEEVELT, "Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht* Volume II, Mortsel, Intersentia, 2014, (355) 361.

5.4.2.1 Internationaal

88. In de internationale dimensie is wat de regelgeving betreft het verdrag van Oviedo ofte *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine*²²³ uitermate relevant. In dit verdrag is een hoofdstuk gewijd aan de toestemming.

Artikel 5 stipuleert de algemene regel:

“An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it. This person shall beforehand be given appropriate information as to the purpose and nature of the intervention as well as on its consequences and risks. The person concerned may freely withdraw consent at any time.” (eigen onderstreping).

Dit artikel brengt duidelijk het gewicht naar voor dat gegeven wordt aan het principe van *informed consent*. De patiënt moet namelijk geïnformeerd toestemming geven nadat hij geïnformeerd is over zowel het doel en de aard van de interventie als de gevolgen en risico's. Het Oviedo-verdrag is bindend en wil zowel minimumbescherming als harmonisatie bieden bij de toepassing van biologie en geneeskunde.²²⁴

89. Daarnaast is ook het Handvest van de patiëntenrechten²²⁵ relevant. Dit handvest beschrijft in de artikelen 3 en 4 ook wat zou kunnen bestempeld worden als een recht op informatie en een recht op toestemming. Opnieuw wordt benadrukt dat de patiënt recht heeft op alle op hem betrekking hebbende informatie en dat hij op basis daarvan moet kunnen deelnemen aan het beslissingsproces over zijn behandeling. De informatie moet op voorhand en in begrijpelijke taal gegeven worden.²²⁶

90. Ook in andere juridische, al dan niet bindende documenten, wordt melding gemaakt van het recht op informatie en op geïnformeerde toestemming.²²⁷

²²³ The Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, *Council of Europe Treaty Series*, No. 164.

²²⁴ Verslag over het voorstel van resolutie betreffende het Verdrag van de Raad van Europa inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde, wat het onderzoek op embryo's in vitro betreft, *Parl.St.* Senaat 1997-1998, nr. 1-1055/1, 6; L. VENY, “Patients Rights: the Right to Give Informed Consent to Medical Treatments from European and Belgian Perspectives” in X, *Health Law*, Boekarest, Pro Universitaria, 2018, 348-349.

²²⁵ European Charter of Patients' rights of the Active Citizenship Network (November 2002), http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/active_citizenship_network_en.pdf.

²²⁶ L. VENY, “Patients Rights: the Right to Give Informed Consent to Medical Treatments from European and Belgian Perspectives” in X, *Health Law*, Boekarest, Pro Universitaria, 2018, 350.

²²⁷ L. VENY, “Patients Rights: the Right to Give Informed Consent to Medical Treatments from European and Belgian Perspectives” in X, *Health Law*, Boekarest, Pro Universitaria, 2018, 351.

5.4.2.2 Nationaal

91. Op nationaal vlak is de Wet patiëntenrechten²²⁸ de meest relevante wetgevende tekst omtrent het recht op toestemming in het gezondheidsrecht. Deze formuleert in artikel 8 de toestemming omtrent medische tussenkomsten:

“Art. 8. § 1. De patiënt heeft het recht om geïnformeerd, voorafgaandelijk en vrij toe te stemmen in iedere tussenkomst van de beroepsbeoefenaar.

Deze toestemming wordt uitdrukkelijk gegeven behalve wanneer de beroepsbeoefenaar, na de patiënt voldoende te hebben geïnformeerd, uit de gedragingen van de patiënt redelijkerwijze diens toestemming kan afleiden.

Op verzoek van de patiënt of van de beroepsbeoefenaar en met de instemming van de beroepsbeoefenaar of van de patiënt, wordt de toestemming schriftelijk vastgelegd en toegevoegd aan het patiëntendossier.

§ 2. De inlichtingen die aan de patiënt verstrekt worden, met het oog op het verlenen van diens toestemming bedoeld in § 1, hebben betrekking op het doel, de aard, de graad van urgentie, de duur, de frequentie, de voor de patiënt relevante tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico's verbonden aan de tussenkomst, de nazorg, de mogelijke alternatieven en de financiële gevolgen. Ze betreffen bovendien de mogelijke gevolgen ingeval van weigering of intrekking van de toestemming, en andere door de patiënt of de beroepsbeoefenaar relevant geachte verduidelijkingen, desgevallend met inbegrip van de wettelijke bepalingen die met betrekking tot een tussenkomst dienen te worden nageleefd.

§ 3. De in § 1 bedoelde informatie wordt voorafgaandelijk en tijdig verstrekt en onder de voorwaarden en volgens de modaliteiten voorzien in § 2 en § 3 van artikel 7. (...).” (eigen onderstreping).²²⁹

In de voorbereidende werken van bovenstaande wetgevende tekst werd specifiek gesteld dat het *informed consent* beginsel een algemeen beginsel is van gezondheidsrecht in alle EU lidstaten.²³⁰ De Belgische wetgever kiest er dan ook voor om dit principe vast te leggen in § 1, eerste lid van artikel 8 van de Wet patiëntenrechten. De patiënt heeft het recht om geïnformeerd toe te stemmen in iedere tussenkomst. Hiervan kan enkel met een wettelijke bepaling worden afgeweken.

Bovendien wordt ook de wijze waarop de patiënt moet toestemmen uiteengezet. De patiënt geeft normaliter uitdrukkelijk en mondeling toestemming, maar kan ook verzocht worden schriftelijk te bevestigen. Indien het

²²⁸ Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, *BS* 26 september 2002.

²²⁹ Art. 8 Wet 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, *BS* 26 september 2002.

²³⁰ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 50-1642/001, 9.

gaat om bepaalde specifieke medische en soms zwaarwichtige onomkeerbare handelingen zal op basis van een *lex specialis* de toestemming soms verplicht schriftelijk moeten worden gegeven (onder meer bij experimenten, abortus, euthanasie, wegneming van een orgaan).²³¹ In de praktijk worden dikwijls toestemmingsformulieren gehanteerd. Een dergelijk formulier moet geïndividualiseerd worden naargelang de patiënt. De toestemming kan echter ook blijken uit het gedrag of de lichaamstaal van de patiënt.²³² Dit houdt dan een impliciete toestemming in.

De communicatie moet ook begrijpelijk zijn voor de patiënt. De arts moet de persoonlijke aspecten die het communicatievermogen beïnvloeden, in acht nemen.

De informatie die voorafgaand aan de toestemming moet gegeven worden, strekt zich uit van de duur en de gewaarwording van pijn tot zelfs de financiële gevolgen. Artikel 8, §2 van de Patiëntenrechtenwet somt alle elementen op. Bovendien zijn voornoemde elementen ruim te interpreteren.²³³

Opvallend in deze paragraaf is ook de notie van de “voor de patiënt relevante tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico’s” die erop duiden dat niet alle bijwerkingen en risico’s moeten vermeld worden, maar slechts diegene die de arts relevant genoeg acht voor de situatie in kwestie. Concreet moet de arts de patiënt inlichten over de risico’s waarvan hij weet of hoort te weten dat ze voor een persoon in dezelfde omstandigheden een rol spelen om met kennis van zaken toe te stemmen met de interventie.²³⁴ Het relevant risico kan worden benaderd volgens drie criteria: de frequentie dat het risico zich voordoet, de ernst van het risico en de persoonlijke situatie van de patiënt.²³⁵ De ernst van het risico en de frequentie hangen nauw samen. Hoe ernstiger of meer voorkomend het risico, hoe meer prangend de mededeling is.²³⁶ Wat betreft de definiëring van een ernstig risico, is er een consensus dat dit betrekking heeft op een risico op overlijden of op een blijvende invaliditeit.²³⁷

92. Indien een vereiste van geïnformeerdheid met betrekking tot de relevante risico’s gesteld wordt aan de toestemming tot interventie aan de fysieke integriteit, volgt hieruit dan niet logischerwijze dat ook bij een

²³¹ Verslag over het wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 50-1642/012, 53.

²³² Art. 8, §1, lid 2 Wet patiëntenrechten.

²³³ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 50-1642/001, 26.

²³⁴ S. TACK en T. VANSWEEVELT, “Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht* Volume II, Mortsel, Intersentia, 2014, (355) 383.

²³⁵ S. TACK en T. VANSWEEVELT, “Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht* Volume II, Mortsel, Intersentia, 2014, (355) 384.

²³⁶ S. TACK en T. VANSWEEVELT, “Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht* Volume II, Mortsel, Intersentia, 2014, (355) 385.

²³⁷ S. TACK en T. VANSWEEVELT, “Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht* Volume II, Mortsel, Intersentia, 2014, (355) 389.

beslissing omtrent de seksuele integriteit een minimum van informatie zou moeten uitgewisseld worden? Met name kan dan gedacht worden aan de gevallen waarin dergelijke informatie letterlijk levensnoodzakelijk kan zijn en waarbij uit gebrek aan informatie een aantasting van de fysieke integriteit zou kunnen volgen. Het is namelijk onbetwist dat een patiënt slechts geldig kan toestemmen indien hij de voor hem relevante tegenaanwijzingen en risico's kent. Waarom zou dan een ongeïnformeerde toestemming wel geldig zijn in het kader van de seksuele integriteit? Het risico van bijvoorbeeld de overdracht van een soa (bijvoorbeeld hiv), kan een ernstig risico uitmaken volgens de definiëring in het gezondheidsrecht omwille van het risico op overlijden of blijvende invaliditeit.

5.4.3 Risicovol seksueel gedrag

93. De vraag naar de strafrechtelijke kwalificatie van risicovolle seksuele gedragingen stelt zich bij het onderzoek van de toestemmingsleer. De problematiek kan op het eerste zicht aanknopen bij verscheidene kenmerken. In bepaalde omstandigheden zou het besmetten van onwetende, seksuele partners kunnen beschouwd worden als verkrachting op basis van een list. Indien echter niet voldaan is aan de vereisten voor de list, zou dit kunnen betrekking hebben op de specificiteit (namelijk toestemming tot de penetratie zelf en niet tot de overdracht van een ziekte of tot de gevolgen) of geïnformeerdheid van de toestemming. Deze mogelijke gronden zijn onder de loep genomen.

94. Er is geen specifieke bepaling in ons Belgisch strafwetboek die het bewust hebben van onbeschermd seksueel contact strafbaar stelt, maar verschillende bestaande kwalificaties komen in aanmerking. KETELS verdiepte zich in deze materie.²³⁸ Om een concreet en ernstig genoeg geval voor ogen te houden, zal de aftoetsing gebeuren van een besmetting met hiv via seksueel contact. Onder risicovol seksueel gedrag wordt dan verstaan: “*elk onveilig seksueel contact waarbij minstens één van de meerderjarige partners hiv-besmet is, daarvan al dan niet op de hoogte is en het risico op overdracht naar de wederpartij bestaat*”. Om niet te ver uit te wijden, zal deze bespreking zich beperken tot het geval waarbij slechts één partner op de hoogte is van de besmetting en de onwetende partner ook niet tot doel heeft besmet te worden. Hiermee worden de zogenaamde fenomenen van *barebacking*, *bugchasing* en *Russische roulette* uitgesloten.²³⁹ Ook zal het gaan om een consensuele context. Indien de penetratie zelf reeds opgedrongen is, zal het steeds gaan om verkrachting en speelt de vraag met betrekking tot de besmetting niet in dezelfde mate.

Gezien de aanzienlijke aantasting van de fysieke integriteit, i.e. bedreiging van de gezondheid met mogelijks de dood tot gevolg, wordt logischerwijze gedacht aan de kwalificaties van misdrijven die het op de fysieke integriteit gemunt hebben. Vooreerst wordt een onderscheid gemaakt naargelang het opzet dat speelde. Van

²³⁸ B. KETELS, “De strafrechtelijke context van risicovol seksueel gedrag”, *T. Strafr.* 2008, nr. 5, 354-374.

²³⁹ B. KETELS, “De strafrechtelijke context van risicovol seksueel gedrag”, *T. Strafr.* 2008, nr. 5, 354-355.

het volledig aanwezig zijn van de intentie om anderen te besmetten of zelfs te doden, naar onachtzaamheid of volledig gebrek aan schuld. De bewijslast van het moreel element zal evident geen sinecure zijn.

Als eerste delictomschrijving vormt de doodslag een mogelijke kwalificatie. De drager van het virus moet kennis hebben van zijn ziekte en de gevolgen ervan bij het hebben van onveilige seksuele contacten. Hij moet de intentie hebben om zijn seksuele partner te besmetten en doden. De verzwarende omstandigheid moord vereist bijkomend de voorbedachte rade. In beide gevallen moet het slachtoffer overleden zijn. De vergiftiging, die een vorm uitmaakt van doodslag, passeert ook de revue. Deze laatste kwalificatie is echter twijfelachtig omdat hiv misschien niet meer kan gezien worden als een stof die snel tot de dood zou leiden.²⁴⁰

Vervolgens wordt, wat door KETELS de meest haalbare kaart wordt genoemd, de kwalificatie van opzettelijke slagen en verwondingen onderzocht. Hij meent een besmetting (zonder ontwikkeling van het virus) met hiv hier onder te kunnen laten vallen. De besmetting (seropositiviteit) op zich is een aantasting van de fysieke integriteit van de persoon in kwestie. Niet alle juristen zijn deze mening toegedaan. MASSET meent dat de loutere besmetting niet voldoende is om tegemoet te komen aan het materieel bestanddeel van dit misdrijf. Algemene problemen en symptomen van de ziekte zijn volgens hem vereist.²⁴¹

Tot slot steekt het misdrijf van verkrachting de kop op. Gezien de opsomming van uitsluitingsgronden niet exhaustief is in artikel 375 Sw., kunnen ook andere omstandigheden een geldige toestemming verhinderen, zo ook het gebrek aan informatie. Deze problematiek kan gekoppeld worden aan bovenstaande uiteenzetting omtrent de toestemming in het gezondheidsrecht. De persoon in kwestie moet beschikken over de relevante informatie opdat hij of zij geïnformeerd en bijgevolg geldig zou kunnen toestemmen. Er is dan sprake van verkrachting indien de getroffen persoon wel instemde met de seksuele penetratie maar zich niet bewust was van de mogelijke besmetting bij gebrek aan *informed consent*. Er hoeft niet voldaan te zijn aan de voorwaarden van de list opdat het misdrijf zich kan voltrekken.²⁴²

DIERICKX gaat hiertegen in en stelt dat de problematiek meer te maken heeft met de fysieke integriteit dan met de seksuele integriteit. Derhalve moeten deze handelingen volgens haar kwalificeren onder misdrijven die een schending uitmaken van de fysieke integriteit. Er moet geen rekening gehouden worden met de gevolgen; de toestemming werd immers gegeven voor de seksuele penetratie. Ze vergelijkt de situatie met een ongewilde zwangerschap. Artikel 375 Sw. had niet de bedoeling deze noch de ongewilde besmetting te penaliseren.²⁴³ Daarenboven staft ze haar standpunt met het argument dat vele rechtsgeleerden deze casus kwalificeren als slagen en verwondingen of doodslag. De bronnen waarmee dit gestaafd wordt zijn

²⁴⁰ B. KETELS, "De strafrechtelijke context van risicovol seksueel gedrag", *T. Strafr.* 2008, nr. 5, 364-365.

²⁴¹ A. MASSET, "Viol entre époux - Sodomie-Sida: Quelques réflexions de droit pénal à propos de l'intégrité sexuelle", *JT* 1989, 20.

²⁴² B. KETELS, "De strafrechtelijke context van risicovol seksueel gedrag", *T. Strafr.* 2008, nr. 5, 368.

²⁴³ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 408-411.

echter van voor of net na de Verkrachtingswet van 1989. Hierbij moet dan ook in het achterhoofd gehouden worden dat juristen van toen nog niet of maar net kennis gemaakt hadden met de Verkrachtingswet.

De rechtspraak lijkt een evolutie te kennen naar het aanvaarden van het misdrijf verkrachting voor deze problematiek. De correctionele rechtbank van Limburg veroordeelde eind 2018 een persoon die, wetende dat hij seropositief was, onbeschermd seks had met iemand anders. Zij bleek achteraf ook besmet te zijn en stelde zich burgerlijke partij. De dader werd vervolgd en veroordeeld voor verkrachting en schuldig verzuim. De rechtbank verwijst in haar motivering naar de wilsuitsluitingsgrond van de list die de toestemming ongeldig maakt.

95. In de ontwikkelde theorie van deze masterproef zou het niet langer nodig zijn op de list een beroep te doen, maar kan eenvoudigweg gesteld worden dat het slachtoffer niet over dit cruciale aspect geïnformeerd was. Het slachtoffer zou namelijk niet hebben ingestemd met onbeschermd geslachtsgemeenschap indien zij op de hoogte was van de gezondheidstoestand van beklagde. Hoewel slachtoffer in kwestie effectief besmet werd, is een besmetting niet vereist voor de tenlastelegging van het misdrijf verkrachting.²⁴⁴

5.5 Tijdstip

96. Zowel het tijdstip waarop de toestemming initieel wordt gegeven als haar herroepbaarheid zijn onderhevig aan debat.

Onder deze titel zal ten eerste besproken worden wanneer de initiële toestemming moet gegeven zijn in zowel het gegevensbeschermingsrecht als het seksueel strafrecht. Dit geldt ook voor het tweede discussiepunt. De ontwikkelde theorie rond toestemming in het gegevensbeschermingsrecht heeft op beide vlakken standpunt ingenomen. Dit kan een nuttig nieuw inzicht bieden gezien er nog lang geen eensgezindheid heerst in het strafrecht.

5.5.1 Voorafgaand

97. Het minst betwiste standpunt is datgene van het ogenblik van de initiële toestemming. De toestemming moet volgens sommigen gegeven worden voorafgaand aan de seksuele handeling(en), volgens anderen dan weer voorafgaand of uiterlijk op het ogenblik zelf van de gedraging. Na verschillende visies en argumenten onderzocht te hebben zowel in het gegevensbeschermingsrecht als het strafrecht, zal deze masterscriptie standpunt innemen.

²⁴⁴ Corr. Limburg, 16 november 2018, onuitg.; B. KETELS, "Onveilige boemboem zonder blabla levert verkrachting en schuldig verzuim op", *Juristenkrant* 2019, afl. 385, 5.

5.5.1.1 Gegevensbeschermingsrecht

98. De GDPR vermeldt niet expliciet dat de toestemming voorafgaand aan de verwerking moet gebeuren, maar dit vloeit voort uit het eerste lid, a) van artikel 6 GDPR. De zinsnede luidt als volgt:

“Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies: (a) the data subject has given consent to the processing of his or her personal data for one or more specific purposes;” (eigen onderstreping).

De toestemming moet dus op voorhand gegeven zijn opdat de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig zou zijn.²⁴⁵ Dergelijke verwijzing kan ook gevonden worden in artikel 6, (3) van de e-Privacy Richtlijn.²⁴⁶ De keuze voor een voorafgaande toestemming is ook logisch. In het geval dat dit niet vereist zou zijn, zou er in de periode tussen het begin van het verwerken en het geven van de toestemming geen rechtmatige basis zijn voor verwerking.²⁴⁷

5.5.1.2 Strafrecht

99. DIERICKX poneert dat toestemming moet gegeven zijn voorafgaand of uiterlijk op het ogenblik van de gedraging die toestemming vergt.²⁴⁸ Artikel 375 Sw. legt het misdrijf verkrachting uit als de penetratie zonder toestemming. Het binnendringen van het lichaam wordt dus beschouwd als het cruciale ogenblik. Deze gedraging is mogelijks strafbaar. Het is voor deze gedraging dat de toestemming moet verleend worden. Dit houdt in dat de toestemming voor de penetratie of uiterlijk op het ogenblik van penetratie gegeven moet zijn. Indien dit niet het geval is, dan is er sprake van verkrachting. DELBROUCK schrijft dan weer dat de toestemming moet bekomen worden voorafgaand aan de gedraging.²⁴⁹

De vraag of toestemming ook kan gegeven worden uiterlijk op het ogenblik van de penetratie, kan beantwoord worden door de volgende redenering. Opdat de penetratie niet strafbaar zou zijn, moet geldige toestemming aanwezig zijn op het ogenblik van de penetratie. Opdat dit het geval zou zijn, moet er dus ten laatste theoretisch gezien een milliseconde voor de penetratie, sprake zijn van toestemming. Vanaf het

²⁴⁵ Article 29 Working Party, “Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)”, *European Commission* 2018, 17.

²⁴⁶ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *Pb.L.* 31 juli 2002, nr. 201/37.

²⁴⁷ Article 29 Working Party, “Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)”, *European Commission* 2011, 9 en 30.

²⁴⁸ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 326-329; Idem D. MERCKX, “Verkrachting – het misdrijf” in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 93.

²⁴⁹ I. DELBROUCK, “Verkrachting” in G. BEKE, H. BERKMOES en S. BERBUTO et al., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, losbl., (V130/01) V130/13.

moment dat enige binnendringing zich volbracht heeft, maakt de penetratie een strafbare gedraging uit indien er nog geen toestemming was. De notie voorafgaand gaat helemaal tot net voor het ogenblik van de effectieve penetratie. Indien er net voor de penetratie geen toestemming is, dan is de binnendringing onrechtmatig.

100. Bij de aanranding van de eerbaarheid ligt dit anders en is er niet sprake van één cruciaal kantelpunt. Seksuele aanrakingen maken niet één bepaalde handeling uit (zoals de penetratie bij geslachtsgemeenschap). Het gaat over een reeks verschillende opeenvolgende handelingen op verschillende plaatsen van het lichaam waarvoor toestemming moet aanwezig zijn. Bovenstaande problematiek is dus minder aanwezig.

5.5.2 Herroepbaar

5.5.2.1 Gegevensbeschermingsrecht

101. De herroepbaarheid of intrekbaarheid duidt op het zich bedenken van de betrokkene omtrent zijn toestemming. Hij neemt dan zijn toestemming terug. In artikel 4, h) GDPR, dat de definitie van toestemming behelst, wordt geen gewag gemaakt van de herroepbaarheid. Dit is wel te vinden in artikel 7 GDPR dat de voorwaarden opsomt. Deze bepaling geeft de betrokkene het recht om zijn toestemming te allen tijde in te trekken.²⁵⁰ Toestemming behoort een omkeerbare beslissing te zijn.²⁵¹ Meer nog, het intrekken van de toestemming moet even eenvoudig zijn als het geven ervan. Er wordt evenwel rekening gehouden met de rechtszekerheid en het praktische aspect. Het intrekken van de toestemming doet geen afbreuk aan de verwerking die gebeurde voordat de toestemming werd herroepen. De herroeping heeft geen retroactieve werking. Zij werkt enkel voor de toekomst.

Daarnaast moet de intrekking ook vrij zijn. De herroeping mag niet gepaard gaan met nadelige gevolgen. Dit moet ook aangetoond worden door de verwerkingsverantwoordelijke.²⁵² Indien dit wel het geval is, kan er geen sprake zijn van geldig gegeven toestemming.²⁵³ Daarnaast moet de betrokkene ook geïnformeerd worden over de mogelijkheid om zijn toestemming in te trekken nog voor dat hij of zij toestemming geeft. Dit maakt deel uit van de verplichting tot transparantie die op de verwerkingsverantwoordelijke rust. Hij is verplicht de betrokkene in te lichten over de rechten die hij heeft en het is ook gewenst hierbij te vermelden

²⁵⁰ Art. 7, lid 3 GDPR.

²⁵¹ Article 29 Working Party, "Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)", *European Commission* 2018, 5.

²⁵² Article 29 Working Party, "Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)", *European Commission* 2018, 10-11.

²⁵³ Overweging 42 GDPR; Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)", *European Commission* 2011, 13.

hoe hij deze rechten kan uitoefenen.²⁵⁴ De mogelijkheid tot het herroepen van de toestemming is een uiting van de controle van de betrokkene over zijn eigen persoonsgegevens. Dit ligt in lijn met de visie van zelfbeschikking die het huidige gegevensbeschermingsrecht vooropstelt. De autonomie van de betrokkene uit zich zowel als een voorwaarde voor toestemming als in een gevolg ervan.²⁵⁵

5.5.2.2 Strafrecht

102. Wat betreft de herroepbaarheid van de toestemming, zijn drie mogelijke hypothesen voorhanden: de intrekking kan zich voordoen voor, tijdens of na de gedraging.

(a) Voorafgaand aan de gedraging

103. Zolang dat de gedraging in kwestie (i.e. de penetratie bij het misdrijf verkrachting (zie 5.5.1) of de aanrakingen bij de aanranding van de eerbaarheid) zich niet heeft voltrokken, kan de toestemming ingetrokken worden.²⁵⁶ Een voorafgaande toestemming of belofte houdt geenszins in dat deze niet zou kunnen worden herroepen. Een gegeven toestemming doet namelijk geen verplichting of recht bestaan.²⁵⁷ Een illustratie hiervan is dat een *tinderdate* geen verplichting creëert om geslachtsgemeenschap te hebben. Dit staat niet ter discussie.

(b) Tijdens de gedraging

104. Het intrekken van de toestemming tijdens de gedraging wordt bij de aanranding van de eerbaarheid niet beschouwd als zeer problematisch. Door de opeenvolging van verschillende handelingen, lijkt er consensus te zijn dat op de toestemming kan teruggekomen worden gedurende de betrekkingen. Indien de andere partij vervolgens zijn handelingen niet staakt, kan er sprake zijn van aanranding van de eerbaarheid.²⁵⁸

105. Dit is anders voor het misdrijf verkrachting. In de rechtsleer die over het strafrecht handelt, zijn er momenteel verschillende strekkingen met betrekking tot de herroepbaarheid van de toestemming tijdens de geslachtsgemeenschap.

²⁵⁴ Art. 7, lid 3 GDPR; Article 29 Working Party, "Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)", *European Commission* 2018, 13 en 22; Overweging 39 GDPR.

²⁵⁵ Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)", *European Commission* 2011, 8-9.

²⁵⁶ D. MERCKX, "Verkrachting – het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 95.

²⁵⁷ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 333.

²⁵⁸ I. DELBROUCK, "Aanranding van de eerbaarheid – Het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 33.

Een eerste strekking is van mening dat het principe “gegeven is gegeven” telt en de toestemming niet kan herroepen worden. Er zijn geen gradaties mogelijk.²⁵⁹ Eens de toestemming tot seksuele betrekkingen gegeven is, kan de persoon in kwestie zich niet meer bedenken. Indien deze dat wel doet en de andere partij toch verdergaat met de seksuele handelingen, zal dit niet onder het misdrijf verkrachting vallen. Dit kan wel eventueel strafbaar gesteld worden onder de kwalificatie slagen en verwondingen.²⁶⁰ Deze strekking vindt zijn wortels in de oude theorie dat de man zich niet kon beheersen om de geslachtsgemeenschap stop te zetten. De mannelijke seksualiteit zou een onbeheersbare drift zijn die niet meer te bedwingen was eens deze drift werd losgelaten.²⁶¹ Deze mythe is ontkracht in de seksuologie. Het enige ogenblik waarop iemand geen controle meer heeft over zijn daden, is enkele seconden voor het orgasme. Er is dus een soort van *point of no return*, maar dit is pas vrij laat en slechts heel kort.²⁶²

Een tweede en zeer aansluitende strekking qua uitkomst is deze die voornamelijk kan gevonden worden bij DIERICKX.²⁶³ Ze legt uit dat er een onderscheid moet gemaakt worden tussen voortdurende misdrijven en aflopende misdrijven. Wat betreft de aflopende misdrijven, kan de eerder gegeven toestemming geldig worden ingetrokken en zal de kortstondige gedraging een misdrijf uitmaken. Bij een voortdurend misdrijf zullen de handelingen voor het herroepen geen misdrijf vormen. De gestelde handelingen na de intrekking van de toestemming zullen daarentegen wel strafbaar zijn.²⁶⁴

Het probleem ontstaat wanneer een aflopend misdrijf in feite een zekere tijd in beslag neemt. Verkrachting is een aflopend misdrijf. Het misdrijf bestaat uit het effectieve penetreren van het slachtoffer. Een penetratie houdt een binnendringing in. Het verderzetten van de geslachtsgemeenschap na de initiële penetratie, wordt niet beschouwd als een penetratie op zich. De toestemming moet volgens deze strekking worden gegeven of ingetrokken ten laatste op het ogenblik van de penetratie. Enkel dan kan de toestemming geldig gewijzigd worden. Daarna kan deze niet meer worden herroepen omdat de penetratie zelf reeds voltooid is. Indien de persoon in kwestie zich dus bedenkt gedurende de geslachtsgemeenschap en deze gemoedstoestand veruitwendigt, is er geen sprake van verkrachting.²⁶⁵ Er wordt ook hier geopperd dat deze daden vallen onder slagen en verwondingen.

²⁵⁹ A. DE NAUW, “Overzicht rechtspraak bijzonder strafrecht 1998-1999: Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting”, *T. Strafr.* 2000, 92.

²⁶⁰ D. MERCKX, “Verkrachting – het misdrijf” in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 94.

²⁶¹ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 458.

²⁶² L. KENNES, *Alleen ja telt: hoe seksueel geweld stoppen?*, Antwerpen, Polis, 2018, 37.

²⁶³ Deze stelling wordt beaamd in G. MARLIER en B. SPRIET, “Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting in het begin van de 21ste eeuw (2000-2012)” in F. VERBRUGGEN, B. SPRIET en R. VERSTRAETEN (eds.), *Themis 79 Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 109.

²⁶⁴ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 342-343.

²⁶⁵ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 342-345.

DIERICKX wijst er nochtans op dat haar visie genuanceerder is dan de eerste. Het klopt dat achter het standpunt in kwestie een effectieve juridische redenering schuilgaat. Het resultaat dat bekomen wordt, is echter hetzelfde. Dit bekomen resultaat lijkt allesbehalve wenselijk te zijn.

Een nieuwe penetratie is volgens haar wel nog steeds strafbaar. Dit roept echter verschillende vragen op. Wat is precies de draagwijdte van een nieuwe penetratie? Hoe moet dit praktisch worden voorgesteld? Hoe kan dit aangetoond of gemeten worden? Het is namelijk, zeker sinds het arrest van 17 oktober 2007 van het Hof van Cassatie, duidelijk dat een toestemming tot vaginale betrekkingen, geen toestemming inhoudt voor eventuele anale betrekkingen die daarop zouden volgen. Maar wat indien het om het verderzetten van de vaginale penetratie gaat? Hoe is het praktisch gezien mogelijk te meten of er net wel of net geen sprake was van een nieuwe penetratie door het al dan niet verlaten van het lichaam met één millimeter?

Een derde visie is meer modern. Zij gaat regelrecht in tegen beide bovenstaande strekkingen. STEVENS, KETELS, DE NAUW en MELIS zijn van mening dat de toestemming te allen tijde moet kunnen ingetrokken worden tijdens de gedraging, zelfs al gaat het om een penetratie.²⁶⁶

De argumentatie luidt dat de penetratie tijdens de geslachtsgemeenschap wél blijft voortduren zodat, bij een herroeping van de toestemming tijdens de geslachtsgemeenschap, de voortzetting van die penetratie wel strafbaar kan worden gesteld als verkrachting. Wat betreft de problematiek van het type misdrijf, i.e. een aflopend misdrijf, wordt als oplossing naar voor geschoven dat het intrekken van de toestemming na het begin van de penetratie, het tenietgaan betekent van de toestemming indien de seksuele betrekkingen worden verdergezet. Deze visie staven ze verder met het argument dat het meer in lijn ligt met de *ratio legis* van de Verkrachtingswet van 1989, i.e. het beschermen van de persoonlijke seksuele integriteit van een persoon.²⁶⁷ Naast de bescherming van de integriteit, kan ook de wettelijke bepaling op zichzelf een argument vormen. Artikel 375 Sw. plaatst de afwezigheid van toestemming, i.e. het seksueel zelfbeschikkingsrecht centraal voor het misdrijf van verkrachting. Alleen de betrokkenen beslissen wie of wat er raakt aan hun seksuele integriteit. Een gebrek aan toestemming zou moeten resulteren in deze strafrechtelijke kwalificatie.²⁶⁸ Tot slot kan ook geopperd worden dat de bovenstaande visie uit de eerste strekking met

²⁶⁶ B. MELIS, "Kan men na de toestemming nog van verkrachting spreken? Eens ja, altijd ja?!" (noot onder Corr. Antwerpen 28 maart 2003), *RABG* 2005, 1536-1538; B. KETELS, "De beperkte draagwijdte en het herroepelijk karakter van seksuele toestemming" (noot onder Cass. 17 oktober 2007), *RW* 2008-09, afl. 14, 572; L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 458; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 148.

²⁶⁷ B. KETELS, "De beperkte draagwijdte en het herroepelijk karakter van seksuele toestemming" (noot onder Cass. 17 oktober 2007), *RW* 2008-09, afl. 14, 572; B. MELIS, "Kan men na de toestemming nog van verkrachting spreken? Eens ja, altijd ja?!" (noot onder Corr. Antwerpen 28 maart 2003), *RABG* 2005, 1538.

²⁶⁸ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 458.

betrekking tot de onbeheersbare drift van de mannelijke seksualiteit verleden tijd is. De juridische wereld behoort dergelijke maatschappelijke verandering in mentaliteit te weerspiegelen.²⁶⁹

(c) Na de gedraging

106. De toestemming kan in beginsel na de gedraging niet retroactief worden ingetrokken. Indien toestemming voorhanden is op het ogenblik van de seksuele betrekkingen, kan deze niet ingetrokken worden na de feiten omdat er bijvoorbeeld spijt zou ervaren worden door een partij. Er is ook geen verschillend gevolg indien het gaat om een aflopend of een voortdurend misdrijf.²⁷⁰

5.6 Van de betrokkene zelf

107. De toestemming moet evident gegeven worden door de persoon op wie de seksuele handelingen zullen gesteld worden. Het kan omschreven worden als een “persoonlijke bevoegdheid”. Enkel de persoon die daartoe bevoegd is, kan de toestemming verlenen.²⁷¹ Deze voorwaarde is evident, maar wordt toch vermeld voor de volledigheid.

108. Daarnaast heeft vandaag de burgerlijke stand geen invloed op de toestemming van de betrokkene. Dit was vroeger anders. Natuurlijke en tegennatuurlijke handelingen werden onderscheiden van elkaar. Natuurlijke handelingen waren de seksuele handelingen, gericht op het toenmalige doel van het huwelijk, namelijk de voortplanting. Tegennatuurlijke handelingen waren derhalve handelingen die niet op de voortplanting gericht waren of geen voortplanting konden voortbrengen.²⁷²

In navolging van het Franse Hof van Cassatie²⁷³, besliste ook het Belgische Hof van Cassatie in 1975 dat seksuele aanrakingen wel aanranding van de eerbaarheid uitmaakten indien het gedrag niet gericht was op de voortplanting en de echtgenote gedwongen werd.²⁷⁴ Indien de handelingen daarentegen tot doel hadden om geslachtsgemeenschap te hebben en deze daaraan voorafgingen, dan waren zij wel natuurlijk en niet strafbaar. Enkel indien hieruit verwondingen voortvloeiden, kon het slachtoffer actie ondernemen.²⁷⁵

Aangezien verkrachting enkel mogelijk werd geacht van man (peniaal) op vrouw (vaginaal), kon deze gedraging geen strafbaar feit uitmaken omwille van de doelstelling van de voortplanting van het huwelijk. Dit

²⁶⁹ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 458.

²⁷⁰ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 346-348.

²⁷¹ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 366-368.

²⁷² L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 36.

²⁷³ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 36.

²⁷⁴ Cass. (2^e k.) 20 januari 1975, *Arr. Cass.* 1974-1975, 553-554.

²⁷⁵ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 38-39.

principe gold zelfs indien grof geweld of een list werd gebruikt. De toestemming tot het huwelijk werd begrepen als een toestemming tot elke geslachtsgemeenschap.²⁷⁶ De man kon als het ware geslachtsgemeenschap legitiem eisen.

Het Hof van Beroep te Brussel keerde voor het eerst het tij in een arrest van 21 juni 1979.²⁷⁷ Het Hof erkende dat het huwelijk bepaalde verplichtingen met zich meebracht, maar stelde dat een gebrek aan voldoening hiervan enkel burgerrechtelijk kon gesanctioneerd worden. Slagen en verwondingen aan het slachtoffer die geslachtsgemeenschap weigerde, waren niet toegestaan. Het Hof stelt dat in artikel 375 Sw. niet expliciet een strafrechtelijke immuniteit voor de echtgenoot werd ingeschreven.²⁷⁸ Het strikte voortplantingsdenken werd aan de kant geschoven en maakte plaats voor het zelfbeschikkingsrecht met een werkelijke toestemming.²⁷⁹

109. Het hoeft tot slot geen betoog dat de moraliteit van de betrokkene van geen belang is om de strafbaarheid van de gedraging van de dader te bepalen, ook een prostitué(e) kan niet gedwongen worden tot seksuele handelingen, zelfs niet na betaling.²⁸⁰

5.7 Bekwaamheid betrokkene

110. Om geldig toestemming te kunnen geven met betrekking tot de seksuele integriteit, moet de betrokkene ook bekwaam zijn om seksuele handelingen te stellen of te ondergaan.²⁸¹ De eerste factor die een aanzienlijk deel behelst van de bekwaamheid is de leeftijd. Onder een bepaalde leeftijd, wordt een persoon ongeschikt geacht om geldig toe te stemmen.

Daarnaast kan een individu ook als mogelijks onbekwaam worden beschouwd indien hij of zij geïntoxiceerd is. De betrokkene is dan in een dergelijke toestand dat het vermogen om geldig toe te stemmen tot ingrijpende handelingen aangetast is.

Ten slotte kan de betrokkene in een kwetsbare toestand verkeren. Deze situatie kan het gevolg zijn van verschillende oorzaken: ouderdom, ziekte, zwangerschap, fysieke of geestelijke onvolwaardigheid of een precaire of onwettige administratieve of sociale toestand.

111. De bekwaamheid hangt opnieuw nauw samen met de hogervermelde geldigheidsvereisten. De *ratio* achter de beperkingen met betrekking tot de bekwaamheid in het algemeen is namelijk dat in het geval van

²⁷⁶ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 53-54.

²⁷⁷ Bruxelles 21 juin 1979, *Rev.dr.pén.* 1980, 275-277.

²⁷⁸ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 385-386.

²⁷⁹ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 385-387.

²⁸⁰ D. MERCKX, "Verkrachting – het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 99-100.

²⁸¹ L. STEVENS, *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 579.

bijvoorbeeld een tijdelijke onbekwaamheid zoals de slaap, de persoon in kwestie niet in de fysieke, *de facto* mogelijkheid is om toe te stemmen. Er kan dan geen sprake zijn van een vrije, geïnformeerde en ondubbelzinnige toestemming. De *ratio* achter de leeftijdsgrens is dezelfde. Een jong kind kent nog niet de draagwijdte van de gedraging en de gevolgen waarmee het zou instemmen. Een *de facto* toestemming tot seksuele handelingen zou niet geïnformeerd en dus niet geldig zijn.

5.7.1 Minderjarigheid

112. De huidige grens van seksuele meerderjarigheid bevindt zich sinds de Kinderbeschermingswet van 1912²⁸² op 16 jaar.²⁸³ Vanaf deze leeftijd is een minderjarige bekwaam om te beschikken over zijn seksuele integriteit. Een minderjarige onder de 16 jaar kan geen toestemming verlenen tot een handeling die aan de seksuele integriteit raakt. De minderjarige onder de 16 jaar wordt immers onweerlegbaar vermoed hiertoe onbekwaam te zijn. Seksuele betrekkingen met een dergelijke minderjarige maken het misdrijf aanranding van de eerbaarheid uit.²⁸⁴

113. Bij verkrachting wordt evenwel afgeweken van bovenstaande algemene principe. Elke daad van seksuele penetratie op de persoon van een kind dat de volle leeftijd van 14 jaar nog niet heeft bereikt, wordt beschouwd als verkrachting met behulp van geweld.²⁸⁵ Deze verschillende leeftijd creëerde een vreemde anomalie. Een minderjarige van 14 of 15 jaar zou geldig kunnen toestemmen tot seksuele penetratie, maar niet tot minder verre gaande seksuele betrekkingen.

Verschillende hoven van beroep stelden zich vragen bij de grondwettigheid van deze situatie in de context van het non-discriminatie-, gelijkheids- en het legaliteitsbeginsel.²⁸⁶ Het Grondwettelijk Hof behandelde deze vragen in de arresten van 4 juni 2009²⁸⁷ en 29 oktober 2009²⁸⁸. De vragen kunnen in essentie worden samengevoegd tot het volgende: “Is het verenigbaar met de grondwet dat een meerderjarige die een minderjarige tussen de 14 en 16 jaar penetreert met een *de facto* toestemming, niet kan gestraft worden onder artikel 375 Sw., terwijl een meerderjarige die voor het stellen van seksuele aanrakingen zonder

²⁸² Wet van 15 mei 1912 op de kindbescherming, *BS* 27-28-29 mei 1912.

²⁸³ Art. 372, lid 1 Sw.

²⁸⁴ P. VANWALLEGHEM, “Cassatie zet seksuele bescherming van min-16-jarigen centraal”, *De Juristenkrant* 2015, 2; art.

²⁸⁵ Art. 375, lid 6 Sw.

²⁸⁶ Het Hof van Beroep te Antwerpen stelde hierover prejudiciële vragen in haar arrest van 25 juni 2008 en 4 maart 2009. Het Hof van Beroep te Gent deed hetzelfde in haar arresten van 13 oktober 2008, 17 februari 2009 en 24 februari 2009, zie GwH 29 oktober 2009, nr. 167/2009, *RW* 2010-11, nr. 4, 1-2 en GwH 4 juni 2009, nr. 93/2009, *BS* 30 juli 2009, 51458.

²⁸⁷ GwH 4 juni 2009, nr. 93/2009, *BS* 30 juli 2009, 51458-51464.

²⁸⁸ GwH 29 oktober 2009, nr. 167/2009, *RW* 2010-11, nr. 4, 1-4.

penetratie op een minderjarige van gelijke leeftijd die de facto toestemde, wel kan worden gestraft op grond van artikel 372 Sw. en dat terwijl de penetratie een verdergaande daad is dan loutere aanrakingen? Is er geen sprake van discriminatie als beide meerderjarigen op dezelfde wijze worden gestraft? Is het grondwettig dat de strafwaardigheid van de seksuele penetratie in dit geval afhangt van de toestemming van de minderjarige en dit niet het geval is bij de aanranding van de eerbaarheid bij een minderjarige van dezelfde leeftijd?”.

Het Grondwettelijk Hof begint haar antwoord met een uiteenzetting van de intentie van de wetgever bij de uitwerking van de Verkrachtingswet van 1989. In de parlementaire voorbereiding is te lezen dat het te ver zou gaan om elke seksuele betrekking onder de 16 jaar als verkrachting te bestempelen gezien de wijzigende maatschappelijke opvattingen. Toestemming is dan irrelevant, maar niet per se onbestaande. Indien het gebrek aan toestemming niet bewezen is of indien er *de facto* toestemming was, zullen de bepalingen van de aanranding van de eerbaarheid worden toegepast bij seksuele penetratie op een minderjarige tussen de 14 en 16 jaar. Indien deze minderjarige dus toestemming gaf, zijn de strenge bepalingen ter bestraffing van verkrachting niet toepasbaar. Het Grondwettelijk Hof besluit dat er geen discriminatie bestaat en dat het niet aan haar, maar aan de wetgever toekomt om de zwaarwichtigheid van bepaalde daden te beoordelen. Het Hof concludeert dat de identieke bestraffing van meerderjarigen die verschillende handelingen stelden, geen incoherente wetgeving uitmaakt.²⁸⁹

In geval van penetratie op een toestemmende minderjarige van 14 tot 16 jaar, zal de dader niet gestraft worden met de zwaarder bestrafte en stigmatiserende etiquette van verkrachting, maar met de mildere straf van de aanranding van de eerbaarheid naargelang de omstandigheden. De redenering is dat verkrachting een specifieke vorm behelst van de aanranding van de eerbaarheid. Zo kan de strafbare penetratie onder die strafbaarstelling gebracht worden.²⁹⁰ Op de prejudiciële vraag die peilt naar de verenigbaarheid met het legaliteitsbeginsel, antwoordt het Grondwettelijk Hof dat artikel 372 Sw. duidelijk vermeldt dat er ook strafbare gedragingen kunnen zijn indien er wel toestemming aanwezig was. Er zou bijgevolg niet expliciet hoeven vermeld te worden dat er geen toestemming kan gegeven worden door minderjarigen van 14 tot 16 jaar. VANDROMME benadrukt nog dat de leeftijd met betrekking tot de aanranding van de eerbaarheid gestoeld is op het collectieve bewustzijn van de samenleving die de seksuele integriteit moet beschermen, in tegenstelling tot de leeftijd bij het misdrijf verkrachting, waar de afwezigheid van toestemming het cruciaal

²⁸⁹ GwH 29 oktober 2009, nr. 167/2009, RW 2010-11, nr. 4, 1-4.

²⁹⁰ B. KETELS en G. VERMEULEN, “Grondwettelijk Hof verfijnt onderscheid leeftijdsgrens verkrachting en aanranding”, *De Juristenkrant* 2010, 4-5.

element is. De algemene grens vanuit het collectief bewustzijn is dus vastgezet op 16 jaar.²⁹¹ Seksuele handelingen onder deze leeftijd maken een aanranding van de eerbaarheid bij gelijkstelling uit.²⁹²

5.7.1.1 Grens seksuele meerderjarigheid

114. Er is reeds veel inkt gevloeid over de grens van seksuele meerderjarigheid. Dit betreft een zeer omstandig onderwerp. Het zou deze masterproef te ver leiden hier diep op in te gaan. Een algemene kennismaking met de basisstructuren en huidige tendensen, is echter wel relevant.

De Europese Unie laat het over aan de lidstaten om deze grens vast te leggen.²⁹³ Bij het bepalen van de leeftijd van seksuele meerderjarigheid is voorzichtigheid geboden. De wettelijke bepalingen mogen namelijk niet in de weg staan aan de seksuele zelfbeschikking die de minderjarige vanaf een bepaalde leeftijd verlangt. Het beschermen tegen seksueel geweld moet in balans staan met het geven van voldoende seksuele vrijheid.²⁹⁴

Landen in Europa werken voornamelijk hetzij met een strikte leeftijdsgrens hetzij met een leeftijd gecombineerd met een leeftijdsverschil tussen beide seksuele partners in bepaalde omstandigheden.²⁹⁵ De leeftijdsgrenzen variëren tussen de 12 en 18 jaar.²⁹⁶ De meest gangbare leeftijden zijn 14 tot 16 jaar. In ongeveer de helft van de Europese landen kan een 14-jarige geldig toestemmen tot seksuele handelingen. In landen waar slechts één leeftijdsgrens is gesteld, zal de grens vaak hoger liggen omdat er geen speciale bepaling is voorzien voor misbruik van macht. De leeftijd ligt daar vaak op 16 jaar.²⁹⁷ De minderjarige moet in een dergelijke situatie beter beschermd worden en de grens van maturiteit moet hoger zijn. Daarentegen zal de grens vaak ook lager liggen indien een speciale verhoging voorzien is in geval van een machtsrelatie en het al dan niet misbruik daarvan. De meeste landen kiezen voor een effectief misbruik van macht.

²⁹¹ S. VANDROMME, "Geen probleem met verschil in leeftijdsgrens verkrachting en aanranding", *De Juristenkrant* 2009, 5.

²⁹² L. STEVENS, "Vrijen in het ouderlijk huis" (noot onder Corr. Kortrijk 28 maart 2006), *TJK* 2006, nr. 2006/5, 390.

²⁹³ Art. 2, (b) Richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad, *Pb.L.* 17 December 2011, nr. 335/1.

²⁹⁴ H. GRAUPNER, "Sexual Consent: The Criminal Law in Europe and Overseas", *Archives of Sexual Behavior* 2000, Vol. 29, No. 5, 418.

²⁹⁵ H. GRAUPNER, "Sexual Consent: The Criminal Law in Europe and Overseas", *Archives of Sexual Behavior* 2000, Vol. 29, No. 5, 418.

²⁹⁶ Notities SI: sexual offending, prostitution and human trafficking.

²⁹⁷ H. GRAUPNER, "Sexual Consent: The Criminal Law in Europe and Overseas", *Archives of Sexual Behavior* 2000, Vol. 29, No. 5, 424.

Nationale expertcommissies duiden grotendeels reeds in 2000 de leeftijd van 14 jaar aan als ideale seksuele meerderjarigheidsgrens.²⁹⁸ Het is wenselijk de algemene leeftijd in België van 16 jaar terug te schroeven naar 14 jaar omwille van de evoluerende maatschappij en seksualiteitsbeleving. Dit komt ook de coherentie met de leeftijd bij het misdrijf verkrachting ten goede en biedt een antwoord aan de tot op heden nog bestaande anomalie (zie evenwel het deel over de hervorming van het Strafwetboek). Wat betreft het (misbruiken) van macht, zou een hogere leeftijdsgrens van 16 jaar gewenst zijn.

Er kan nochtans ook geargumenteed worden dat het überhaupt stellen van een dergelijke grens arbitrair is. Het alternatief is evenwel een individuele beoordeling door de rechter op basis van de maturiteit van de minderjarige.²⁹⁹ Hier duikt gevaar voor rechtsonzekerheid op.

115. Een kanttekening wordt gemaakt voor personen met het statuut van verlengd minderjarige. Dit statuut uit het burgerlijk recht houdt in dat de betrokkenen worden gelijkgeschakeld met minderjarige beneden de 15 jaar. De vraag stelt zich dan of zij wel de seksuele meerderjarigheid genieten, die algemeen op 16 jaar ligt voor seksuele handelingen. Hun bekwaamheid moet evenwel niet beoordeeld worden naargelang een leeftijdsgrens, maar naargelang het criterium van de volwaardigheid. Een misdrijf vindt plaats indien de seksuele handelingen mogelijk gemaakt zijn door die onvolwaardigheid. Dit wordt aan het oordeel van de feitenrechter overgelaten.³⁰⁰ De relevantie hiervan is beperkt gezien de automatische omschakeling naar het statuut van de bewindvoering op 1 september 2019.

5.7.1.2 Gebrek aan kennis: dwaling?

116. Tot slot duikt nog de vraag op naar de kennis die de dader had over de leeftijd van de minderjarige. Het openbaar ministerie wordt niet geacht te bewijzen dat de dader de leeftijd van het slachtoffer kende. De dader moest zich geïnformeerd hebben over die leeftijd. Het volstaat dat het openbaar ministerie aantoont dat het slachtoffer een bepaalde leeftijd had op het ogenblik van de feiten.³⁰¹

De dwaling omtrent de leeftijd van het minderjarig slachtoffer is een vaak opgeworpen argument. Het Hof van Cassatie vergt in het algemeen dat de dwaling onoverwinbaar of onoverkomelijk is. De feitenrechter zal door middel van het criterium van de goede huisvader nagaan of de verdachte in kwestie hieraan voldoet. De beklaagde moet gehandeld hebben zoals ieder redelijk en voorzichtig persoon zou gedaan hebben.³⁰²

²⁹⁸ H. GRAUPNER, "Sexual Consent: The Criminal Law in Europe and Overseas", *Archives of Sexual Behavior* 2000, Vol. 29, No. 5, 455.

²⁹⁹ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 353.

³⁰⁰ Antwerpen 3 april 2012, onuitg., aangehaald door B. SPRIET en G. MARLIER, "Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting in het begin van de 21ste eeuw (2000-2012)" in *Themis* 2012-2013, Brugge, Die Keure, 92.

³⁰¹ D. MERCKX, "Verkrachting – het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 111.

³⁰² Cass. (2^e k.) 26 juni 1996, AR P.96.0633.F.

Enkel een onoverwinnelijke dwaling kan volstaan. Een toepassing hiervan is de minderjarige die een valse reispas, rijbewijs, spoorabonnement of een ander vals identificatiebewijs voorlegt. Noch de vermelding van de minderjarige zelf of van kennissen dat zij meerderjarig of ouder dan 16 jaar is, noch de uiterlijke schijn van ouderdom of professionele activiteit kan resulteren in een onoverwinnelijke dwaling.³⁰³ Indien de feitelijke dwaling aanvaard wordt, zal er geen sprake zijn van een strafbaar feit bij gebrek aan moreel element.³⁰⁴

5.7.2 Intoxicatie

117. Het begrip intoxicatie dekt vele ladingen. De intoxicatie zal in de regel plaatsvinden door het inbrengen van drugs in het lichaam. Het kan gaan om een alcoholintoxicatie, een intoxicatie door cannabis, door medicatie of gelijk welke andere soort drugs. Deze stoffen kunnen door het slachtoffer zelf vrijwillig genomen zijn of toegediend zijn door de dader.³⁰⁵ Het spreekt voor zich dat een slachtoffer intoxiceren met een (date)rapedrug³⁰⁶, de toestemming zal uitschakelen.

In meer dubieuze scenario's zal het vaak gaan om een alcoholintoxicatie. De DSM-V stelt als belangrijkste kenmerk van alcoholintoxicatie: *“de aanwezigheid van een klinisch significante mate van problematische psychische en gedragsveranderingen (zoals ongepast seksueel of agressief gedrag, stemmingslabiliteit, verminderd oordeelsvermogen, beperkingen in het sociale of beroepsmatige functioneren) ontstaan tijdens of kort na het gebruik van alcohol”*³⁰⁷.

Intoxicatie wordt onder meer vastgesteld door het observeren van het gedrag van de betrokkene en het ruiken van alcohol in de uitademingslucht. Hierbij is een bloedonderzoek en de vaststelling van de verbalisanten of artsen uiterst relevant. Indien een ernstige intoxicatie voorhanden is, is het slachtoffer niet meer bekwaam om geldig toe te stemmen. De vraag wanneer iemand niet meer in staat is om geldig toe te stemmen door intoxicatie, komt toe aan de feitenrechter. Er kan bezwaarlijk gesteld worden dat twee partners

³⁰³ B. DE BECKER, P. DE TAVERNIER, H. JESPERS, J. LIEVENS, M. MINNAERT, P. SENA EVE, J. TREMMERY, A. VALCKENBORGH, M. VAN PASSEL en L. VERSLUYS, “Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting” in X, *Recente ontwikkelingen en topics van Familierecht*, Gent, Larcier, 2009, (270) 288; D. MERCKX, “Verkrachting – het misdrijf” in X, *Comm. Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 112.

³⁰⁴ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 183-184.

³⁰⁵ B. SPRIET, “(Lichaams)grens aan verkrachting van Antwerpse vrij spraak tot nieuwe wetgeving?” in F. DERUYCK, E. GOETHALS, L. HUYBRECHTS, J.-F. LECLERCQ, J. ROZIE, M. ROZIE, P. TRAEST en R. VERSTRAETEN (eds.), *Amicus Curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 324.

³⁰⁶ Dit is het geval wanneer een verdovende geurloze en kleurloze stof in het drankje van het slachtoffer wordt vermengd of deze stof bij het slachtoffer op een andere manier wordt toegediend, met name kan gedacht worden aan GHB, Rohypnol, Triazolam, etc.; X, *Date rape drug*, https://en.wikipedia.org/wiki/Date_rape_drug (consultatie 12 april 2019).

³⁰⁷ X, *DSM 5: alcoholintoxicatie*, https://www.dsm5online.nl/domeinen/item/e522de29-4b24-4317-940c-19aa7ca682e7/1/-/e522de29-4b24-4317-940c-19aa7ca682e7?solrID=wd_document_216309_0&solrQ=alcoholintoxicatie (consultatie 5 april 2019)

na één glas wijn geen seksuele contacten meer zouden kunnen hebben. Indien iemand echter zo geïntoxiceerd is dat er amper nog een bewustzijn aanwezig is, zal deze persoon duidelijk geen toestemming meer kunnen geven.

Indien de seksuele penetratie dan toch zou plaatsvinden, dan zal dit in de huidige stand van zaken een strafbaar feit uitmaken onder artikel 373, eerste lid Sw. en artikel 375, tweede lid Sw. De rechtspraak en rechtsleer vat de intoxicatie op als een onvolwaardigheid of een lichamelijk of geestelijk gebrek. Het toedienen van gelijk welke soort drugs met de bedoeling om daarna het slachtoffer seksueel te misbruiken, kan ook strafbaar gesteld worden onder de uitsluitingsgrond "list" in dezelfde artikelen.

5.7.3 Kwetsbare toestand

118. Het idee dat schuilt achter de zinsnede "*of de daad mogelijk is gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamelijk of een geestelijk gebrek van het slachtoffer*" uit artikel 375, tweede lid en artikel 373, eerste lid Sw. is dat de betrokkene niet zou hebben toegestemd, ware het niet voor de onvolwaardigheid of het gebrek.

De wetgever lijkt met deze zinsnede een ruime visie in gedachten te hebben gehad. Hij brengt onder deze notie ook het misbruik van een tijdelijk lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid en verwijst vervolgens naar het gebruiken van geneesmiddelen, alcohol of drugs.³⁰⁸ De rechtsleer begrijpt naast een zwakzinnigheid en krankzinnigheid, ook de verdoving, slaap, ziekte en het zware dronkenschap hieronder.³⁰⁹ Het gaat om situaties waarin de betrokkene zich in een bijzonder zwakke toestand bevindt waarvan misbruik kan worden gemaakt. Er bestaat geen toestemming indien de daad is mogelijk gemaakt door deze kwetsbare toestand.

Hoewel het begrip kwetsbare toestand niet letterlijk in de mond genomen wordt, valt een dergelijk idee toch af te leiden uit de vele ladingen die de terminologie (onvolwaardigheid of lichamelijk of geestelijk gebrek) dekt. Dit is enigszins logisch gezien er geen andere melding wordt gemaakt van een kwetsbare situatie waar de betrokkene zich in kan bevinden. De wetgever poogde vermoedelijk om toch zoveel mogelijk gevallen onder deze strafbaarstelling te brengen om personen in precare situaties te beschermen tegen misbruik.

119. Bij het creëren van een vernieuwd toestemmingsbegrip, wordt getracht om te werken met terminologie die ruim genoeg is om verschillende problematieken te vatten. De onvolwaardigheid wordt opengetrokken en nauwkeurig uitgewerkt. Zowel de inspiratie voor de kwetsbare toestand als de uitwerking ervan zal uit de

³⁰⁸ Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 702/4, 13.

³⁰⁹ I. DELBROUCK, "Aanranding van de eerbaarheid" in G. BEKE, H. BERKMOES en S. BERBUTO et al., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, losbl., (A20/1) A20/18; D. MERCKX, "Verkrachting – het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 108.

doeken gedaan worden. Daarnaast zal deze masterproef argumenten aanreiken die staven waarom dit begrip mogelijks voor meer coherentie en exhaustiviteit kan zorgen.

In het burgerlijk recht kan een gelijkaardig concept teruggevonden worden: de gekwalificeerde benadeling. De wetgever had tot doel een partij die niet volledig in staat is een weloverwogen beslissing te maken, te beschermen. Artikel 1907 BW spreekt over het “misbruik van de behoeften, zwakheden, hartstochten of onwetendheid”. De leer van de gekwalificeerde benadeling betreft een overeenkomst waarbij één partij misbruik heeft gemaakt van de inferioriteit van de andere partij om meer voordelige prestaties te verkrijgen. Deze inferioriteit kan voortvloeien uit persoonlijke omstandigheden, bijzondere vertrouwensverhoudingen tussen partijen, socio-economische omstandigheden, een zwakke juridische positie, etc.³¹⁰

De notie “kwetsbare toestand” is het strafrecht echter niet onbekend. Inspiratie voor het hanteren van het begrip kwetsbaarheid in het seksueel strafrecht werd voornamelijk geput uit de theorievorming rond mensenhandel.

Op nationaal vlak, is de kwetsbare toestand terug te vinden in de bepalingen over exploitatie van bedelarij en mensenhandel. Artikel 433septies, eerste lid, 2° Sw. beschrijft de verzwarende omstandigheid van misbruik van een kwetsbare toestand. Vervolgens somt het artikel mogelijke oorzaken waardoor men in een kwetsbare toestand kan verkeren:

“2° ingeval het is gepleegd door misbruik te maken van de kwetsbare toestand waarin een persoon verkeert ten gevolge van zijn onwettige of precaire administratieve toestand, zijn precaire sociale toestand, zijn leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of een geestelijk gebrek of onvolwaardigheid, zodanig dat de betrokken persoon in feite geen andere echte en aanvaardbare keuze heeft dan zich te laten misbruiken;” (eigen onderstreping).

Deze laatste zinsnede is van groot belang. Ze verduidelijkt het algehele idee, namelijk dat door de kwetsbare toestand waarin deze individuen zich bevinden, zij geen andere echte en aanvaardbare keuze hebben dan “toe te stemmen”. Misbruik van de toestand waarin zij vertoeven, zal verhinderen dat de toestemming werkelijk vrij en dus geldig wordt gegeven.

³¹⁰ C. CAUFFMAN, “De gekwalificeerde benadeling” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, *Bijzondere overeenkomsten: Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 53-74.

Deze bepaling werd ingevoegd³¹¹ naar aanleiding van een Kaderbesluit inzake bestrijding van mensenhandel^{312, 313}. Artikel 1, c) stelt werving, vervoer, overbrenging, huisvesting en daaropvolgende opnemings van een persoon strafbaar in geval van misbruik van machtspositie of van een situatie van kwetsbaarheid zodanig dat de persoon in feite geen andere keuze heeft dan zich te laten misbruiken of ervan uitgaat dat ze geen andere keuze hebben. Zo kunnen zij gemakkelijker uitgebuit worden.³¹⁴ Dit kaderbesluit werd in 2011 vervangen door de Richtlijn mensenhandel³¹⁵. In artikel 2 van de Richtlijn wordt het misbruiken van de kwetsbare toestand begrepen als mogelijk constitutioneel bestanddeel van het misdrijf mensenhandel. Verder wordt de notie “andere keuze” beter omschreven. De Richtlijn doelt op de situatie waarin de betrokkene door machtsmisbruik of misbruik van een kwetsbare positie geen alternatieve werkelijke of aanvaardbare keuze heeft dan het misbruik te ondergaan. De *ratio* achter deze bepaling is dat de sociale kwetsbaarheid van de slachtoffers vermoedelijk één van de grootste oorzaken is van mensenhandel. Die sociale kwetsbaarheid kan ontstaan door talloze redenen: discriminatie, armoede, leeftijd, gezondheidstoestand enz. Mensenhandelaars maken maar al te gretig gebruik van deze toestand.³¹⁶ Om de kwetsbaarheid en het misbruik ervan te bepalen, kunnen dus vele factoren in acht worden genomen.³¹⁷

De Raad van Europa geeft ook uitleg bij het begrip kwetsbare toestand in het verklarend rapport bij het Verdrag over actie tegen mensenhandel.³¹⁸ Dit rapport beschrijft misbruik van kwetsbaarheid als de situatie waarin de betrokkene geen andere acceptabele keuze heeft dan toe te geven aan het misbruik. Dit kan gaan

³¹¹ Door de wet van 10 augustus 2005 tot wijziging van diverse bepalingen met het oog op de versterking van de strijd tegen mensenhandel en mensensmokkel en tegen praktijken van huisjesmelkers, *BS* 2 september 2005.

³¹² Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad van 19 juli 2002 inzake bestrijding van mensenhandel, *Pb.L.* 1 augustus 2002, nr. 203/1.

³¹³ Wetsontwerp tot wijziging van diverse bepalingen met het oog op de versterking van de strijd tegen mensenhandel en mensensmokkel, *Parl.St.* Kamer 2005, nr. 51-1560/001.

³¹⁴ Mededeling (COM/2000/0854) van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: Bestrijding van mensenhandel en bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, *Pb.L.* 21 december 2000, 9.

³¹⁵ Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad, *Pb.L.* 15 april 2011, nr. 101/1 (verder: Richtlijn Mensenhandel).

³¹⁶ Voorstel (COM/2010/0065) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers, en tot intrekking van Kaderbesluit 2002/629/JBZ, *Pb.L.* 29 maart 2010, 2.

³¹⁷ Overw. 12 Richtlijn Mensenhandel.

³¹⁸ The Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, *Council of Europe Treaty Series*, No. 197.

om eender welke kwetsbaarheid: van emotionele, tot familiale tot administratieve kwetsbaarheid. Het gaat om een toestand waarbij iemand als het ware wordt aangespoord om akkoord te gaan met misbruik.³¹⁹

Nauw aansluitend bij mensenhandel, ligt de context van het vreemdelingenrecht. Een wijziging³²⁰ aan de Vreemdelingenwet van 1980³²¹ voegde een definitie in van het begrip “kwetsbare persoon”:

“12° kwetsbare persoon : zowel de begeleide als de niet-begeleide minderjarigen, personen met een handicap, bejaarden, zwangere vrouwen, alleenstaande ouders met minderjarige kinderen en personen die gefolterd of verkracht zijn of andere ernstige vormen van psychisch, fysiek of seksueel geweld hebben ondergaan;”³²² (eigen onderstreping).

Daarnaast is in artikel 77bis³²³ van diezelfde wet ook een strafbaarstelling te lezen voor het misbruik van dergelijke bijzonder kwetsbare positie:

“of misbruik maakt van de bijzonder kwetsbare positie waarin de vreemdeling verkeert ten gevolge van een onwettige of precaire administratieve toestand of ten gevolge van zwangerschap, ziekte dan wel een lichamelijk of een geestelijk gebrek of onvolwaardigheid”.

De Wet van 13 april 1995 houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de mensensmokkel³²⁴ voegde deze zinsnede in. België was hiermee een voortrekker wat betreft het omschrijven van de kwetsbare positie. Internationale bronnen verwijzen namelijk vaak naar de omschrijving in dit artikel.³²⁵

³¹⁹ The Council of Europe Explanatory Report on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (16 May 2005), *Council of Europe Treaty Series*, No. 197, 38.

³²⁰ Wet van 19 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 17 februari 2012.

³²¹ Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 31 december 1980.

³²² Art. 1, 12° Vreemdelingenwet ingevoerd bij wet van 19 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 17 februari 2012.

³²³ Art. 77bis Wet 15 december 1980.

³²⁴ Wet van 13 april 1995 houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de mensensmokkel, *BS* 25 april 1995.

³²⁵ Voorbeelden R. PASCOAL, “Are men victims of THB considered vulnerable? The study case of labour exploitation of Romanian men in agriculture.” in E.-L. BACIU en M. A. TOMITA, *Proceedings – SIEO: social inclusion and equal opportunities*, Bologna, Filodiritto Publisher, 2016, 180; UNODC, *UN Legislative guide for the implementation of the Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime*, https://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/03%20Legislative%20guide_Trafficking%20in%20Persons%20Protocol.pdf, 268.

In het kader van het seksueel strafrecht, is dergelijke omschrijving terug te vinden in artikel 376, derde lid Sw. Dit artikel beschrijft enkele verzwarende omstandigheden van de misdrijven verkrachting en aanranding van de eerbaarheid. Het gaat niet om een constitutioneel bestanddeel.

Het specifieke concept van de kwetsbare toestand is uitgebreider uitgewerkt in de problematiek rond mensenhandel dan in het seksueel strafrecht. In deze context kan nochtans ook sprake zijn van het misbruiken van meer dan een louter lichamelijke of geestelijke onvolwaardigheid om tot een “toestemming” te komen. Hierbij moet voorzichtig omgesprongen worden met de gegeven toestemming en moet aandacht besteed worden aan bovenstaande *ratio*. De vraag rijst of het slachtoffer wel een werkelijke, aanvaardbare, andere keuze had dan akkoord te gaan met de seksuele handelingen. Indien een mensenhandelaar zich seksueel opdringt aan één van zijn slachtoffers, zal bezwaarlijk kunnen gesproken worden van een geldige toestemming. In een andere context kan zich hetzelfde voordoen. Denk concreet aan een oudere persoon die voor zijn verzorging afhankelijk is van een verzorger bij gebrek aan familie. De ouderdom en hulpeloosheid in combinatie met de afhankelijkheid van de verzorger zal dit individu kwetsbaar maken en hierdoor zal deze misschien de afwezigheid van zijn of haar wil niet (durven) uiten zoals een andere, onafhankelijke persoon dat zou doen.

Het kan dan ook een meerwaarde betekenen om zich te inspireren op de visie die naar voor komt uit de wetgevende instrumenten ter bestrijding van mensenhandel. De huidige artikelen die aanranding van de eerbaarheid en verkrachting strafbaar stellen, vermelden louter een onvolwaardigheid of lichamenlijk of geestelijk gebrek van het slachtoffer. Dit vormt een opmerkelijke verbetering sinds de oorspronkelijke bepaling die stelde dat een misdrijf plaatsvond indien de persoon wordt misbruikt die ten gevolge van ziekte, krenking van zijn vermogens of enige andere toevallige oorzaak, het gebruik van zijn zinnen heeft verloren of daarvan door arglistigheden is beroofd. Het verliezen van zijn zinnen is een beperkt en achterhaald begrip en zou voormelde voorbeelden niet dekken. De actuele verwoording is echter nog steeds te beknopt en is niet toepasbaar op alle gevallen waarin dit wenselijk zou zijn. Beide bovenstaande voorbeelden kunnen bezwaarlijk met zekerheid geplaatst worden onder een onvolwaardigheid of gebrek. Er is echter wel sprake van een kwetsbaarheid. Een bredere *catch all*-bepaling is dus nodig daar ook zij niet geldig toestemmen. Het ideale toestemmingsbegrip streeft naar een ultieme gelijkstelling tussen de werkelijke wil en de juridische toestemming. Er blijkt geen motivering aanwezig te zijn voor het verschil in omschrijvingen in de artikelen 373 en 375 Sw. (de onvolwaardigheid en het gebrek) enerzijds, en artikel 376 Sw. (de kwetsbare toestand) anderzijds. Het zou de coherentie en exhaustiviteit ten goede komen indien de wetgever de notie van kwetsbare toestand invoegt in de artikelen 373 en 375 Sw.

120. Daarnaast valt een merkwaardig verschil op bij het bestuderen van de invoeging in artikel 376 Sw. en artikel 433septies Sw. In artikel 376, derde lid Sw. duidt de wettekst erop dat de kwetsbare toestand duidelijk moet zijn of de dader bekend moet zijn. Dit wordt verantwoord door te stellen dat het onrechtvaardig zou zijn om de dader strenger te straffen omwille van de toestand van het slachtoffer indien de dader de toestand

niet kende noch kon kennen.³²⁶ Dit is anders in artikel 433septies, eerste lid, 2° Sw. waarbij deze zinsnede werd weggelaten, net zoals onder meer in de artikelen 380, 433quater, 433decies Sw. De verantwoording voor de weglating stoelt op het idee dat wanneer iemand misbruik maakt van de kwetsbare situatie van het slachtoffer, dit veronderstelt dat hij of zij er weet van heeft.³²⁷ De artikelen waarbij dit deel is weggelaten, handelen over de exploitatie van personen, zij het voor prostitutie, bederlarij of mensenhandel in het algemeen. Het verschil is begrijpelijk in het licht van de context van deze misdrijven; zij zijn geënt op het misbruiken van zwakke personen en deze problematiek vormt net de kern van het fenomeen. Kwetsbare personen vormen daarentegen niet per se de kern van seksuele misdrijven.

121. Tot slot is er een merkbare tendens naar het beschermen van kwetsbare personen, ook in het algemene strafrecht. In 2011 werd een apart misdrijf in het leven geroepen voor het misbruiken van de zwakke toestand van personen. Ten gevolge van artikel 442quater Sw. is eenieder strafbaar die bedrieglijk misbruik heeft gemaakt van iemands zwakheid teneinde die persoon ertoe te brengen een handeling te verrichten of zich van een handeling te onthouden waarbij diens fysieke of geestelijke integriteit of vermogen ernstig wordt aangetast.

122. Het belangrijkste vraagstuk dat derhalve beantwoord moet worden, is wanneer de betrokkene nog bekwaam is om effectief vrij en dus geldig toestemming te geven. Het is aan de rechter om in elke zaak te beoordelen of er misbruik van een kwetsbare toestand plaatsvond. Dit blijkt duidelijk uit de rechtspraak die soms, hoewel ze vaststelt dat er een mogelijke oorzaak van kwetsbaarheid en misbruik daarvan aanwezig is, toch niet altijd beslist tot een verhoogde kwetsbaarheid en de daarmee gepaard gaande ongeldige toestemming.³²⁸ Dit is ook wat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens doet. Het Europees Hof ontwikkelt geen definitie van het begrip, maar gaat steeds individueel de situatie in acht nemen. Er is wel een lijn te trekken in de verschillende categorieën personen waarbij zij besluit tot een kwetsbaarheid. Het gaat om gevangenen, vreemdelingen, slachtoffers, verdachten, de Roma, kinderen en personen met een mentale stoornis.³²⁹

Er moet echter nogmaals benadrukt worden dat het niet is omdat een persoon zich in een kwetsbare situatie bevindt, dat het voor hem of haar per definitie onmogelijk is om toestemming te geven. Er dient nog steeds

³²⁶ Amendement op het wetsvoorstel tot invoeging van de artikelen 442quater en 442quinquies in het Strafwetboek, met het oog op de strafbaarstelling van de mentale destabilisatie van personen en van het misbruik van personen in een verzwakte positie, *Parl.St.* Kamer 2011, nr. 0080/004, 2 en 3.

³²⁷ Amendement op het wetsvoorstel tot invoeging van de artikelen 442quater en 442quinquies in het Strafwetboek, met het oog op de strafbaarstelling van de mentale destabilisatie van personen en van het misbruik van personen in een verzwakte positie, *Parl.St.* Kamer 2011, nr. 0080/004, 7-9.

³²⁸ Bijvoorbeeld Antwerpen 17 december 2008, nr. 35.P.2008.

³²⁹ Y. AL TAMIMI, "The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights", *European Journal of Human Rights* 2016/5, 563-564.

aangetoond te worden dat de betrokkene door het misbruik van de kwetsbare toestand door de dader geen andere werkelijke, aanvaardbare keuze had dan toe te stemmen. Het kan niet de bedoeling zijn té beschermend te werk te gaan en de personen in kwestie een volledig recht op seksualiteit te ontzeggen. Zij behoren de mogelijkheid te hebben om consensuele, seksuele relaties te onderhouden.³³⁰ De balans moet gevonden worden tussen het beschermen van de kwetsbaren en het nog steeds toelaten van hun seksueel zelfbeschikkingsrecht.

5.7.3.1 Fysieke of geestelijke onvolwaardigheid

123. Artikelen 373, eerste lid en 375, tweede lid Sw. vermelden expliciet de fysieke of geestelijke onvolwaardigheid of gebrek. Deze terminologie werd overgenomen uit artikel 376, derde lid Sw., dat een verzwarende omstandigheid voorziet voor verkrachting of aanranding van een persoon in kwetsbare toestand.³³¹ Een amendement³³² voegde artikel 376, derde lid Sw. in zonder veel uitleg. Het verslag namens de commissie benadrukt dat de strafverzwaring gestoeld is op het misbruiken van zeer kwetsbare personen.³³³ De *ratio legis* is dus dat zij extra bescherming vereisen en dat een misdrijf op hen gepleegd zwaarder moet bestraft worden omwille van hun verminderde weerbaarheid.³³⁴

124. Gekaderd in het breder gedachtegoed van de kwetsbare toestand, kan het begrip onvolwaardigheid *sensu lato*, zoals deze is opgenomen in het Strafwetboek, gelezen worden als kwetsbare toestand. De gebruikte terminologie lijkt namelijk niet allesomvattend. De aangehaalde voorbeelden in titel 5.7.3., die vermoedelijk niet onder een onvolwaardigheid of gebrek zouden vallen, maken dit duidelijk. Om al deze situaties te kunnen vatten zonder een extensieve interpretatie, geniet de notie van kwetsbare toestand mogelijks de voorkeur. De fysieke of geestelijke onvolwaardigheid *sensu stricto* zal dan slechts één onderdeel hiervan uitmaken en niet het geheel moeten ondersteunen. Het vormt één van de mogelijke oorzaken die tot een kwetsbare toestand aanleiding kunnen geven. In die zin moet de betekenis dan ook teruggebracht worden op een meer specifieke inhoud.

³³⁰ I. DELBROUCK, "Aanranding van de eerbaarheid – Het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 27.

³³¹ Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 702/4, 13.

³³² Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1981-82, nr. 166/7; Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1981-82, nr. 166/5.

³³³ Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1981-82, nr. 166/8, 26.

³³⁴ Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1981-82, nr. 166/5, 1.

125. Deze theorievorming focust op de initiële taalkundige betekenis van dit begrip, meer bepaald een lichamelijke of geestelijke handicap of functiebeperking. Noch de wetgeving, noch de voorbereidende werken definiëren de term fysieke of geestelijke onvolwaardigheid. Voor een nieuwe invulling van deze term in het licht van een gemoderniseerd en uitgebreid toestemmingsbegrip, zal beroep gedaan worden op de medische invulling. Een fysieke of geestelijke onvolwaardigheid kan bijgevolg duiden op een fysieke of psychische handicap of functiebeperking. Het slaat op een *disorder* (medische terminologie) of een *disability* (juridische terminologie), vertaald in het Nederlands als een handicap of onvolwaardigheid. De Wereldgezondheidsorganisatie definieert een handicap of *disability* als volgt:

*“Disability is the umbrella term for impairments, activity limitations and participation restrictions, referring to the negative aspects of the interaction between an individual (with a health condition) and that individual’s contextual factors (environmental and personal factors)”.*³³⁵

Het gaat met andere woorden niet enkel om het medisch probleem zelf, maar om een geheel van factoren die het dagdagelijkse leven van de persoon in kwestie belemmeren.³³⁶ Artikel 1 van het verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap definieert personen met een handicap:

“Personen met een handicap omvat personen met langdurige fysieke, mentale, verstandelijke of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving.”

Het Hof van Justitie hanteert een zeer nauw aansluitende definitie van het begrip.³³⁷

126. Het prototype is de geestelijke of verstandelijke beperking. Deze stoornis wordt verduidelijkt in de DSM-V. Het hoofdkenmerk is een globale deficiëntie in de intellectuele functies. Dit houdt in dat de betrokkene problemen heeft met onder meer redeneren, abstract denken en oordelen. Ook zijn er deficiënties aanwezig in het adaptieve functioneren zodat aan de persoon in kwestie niet eenzelfde zelfstandigheid en verantwoordelijkheid kan toegemeten worden als aan een gemiddeld individu. Bij een matige tot zeer ernstige stoornis is het sociale domein en de communicatie van de patiënt aangetast. De betrokkene heeft dan moeite

³³⁵ World Health Organisation, *Disabilities*, <https://www.who.int/topics/disabilities/en/> (consultatie 15 april 2019).

³³⁶ Ter illustratie, De Amerikaanse “Equal Employment Opportunity Commission” maakte een lijst aandoeningen die als handicap of disability mogen worden begrepen: “deafness, blindness, an intellectual disability (formerly termed mental retardation), partially or completely missing limbs or mobility impairments requiring the use of a wheelchair, autism, cancer, cerebral palsy, diabetes, epilepsy, Human Immunodeficiency Virus (HIV) infection, multiple sclerosis, muscular dystrophy, major depressive disorder, bipolar disorder, post-traumatic stress disorder, obsessive compulsive disorder, and schizophrenia”; X, *The Americans with Disabilities Act of 1990*, https://en.wikipedia.org/wiki/Disability#The_Americans_with_Disabilities_Act_of_1990 (consultatie 15 april 2019).

³³⁷ Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft toelichting gegeven bij de precieze inhoud van het begrip zoals bedoeld in richtlijn 2000/78/EG die de basis van onze Antidiscriminatiewetgeving vormt in HvJ 11 juli 2006, nr. C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, Sonia Chacon Navas/Eurest Colectividades SA.

met het opmerken of adequaat interpreteren van sociale signalen. Bij een ernstige stoornis, is het spreken en de woordenschat mogelijks sterk beperkt.³³⁸ Het eventueel afwezig zijn van een mogelijkheid tot ondubbelzinnige communicatie blijkt uit bovenstaande diagnostische kenmerken. Er moet dan ook tot voorzichtigheid aangemaand worden bij het beoordelen van de toestemming van een mentaal gehandicapte.

Een onvolwaardigheid bestrijkt verschillende zaken: van een fysieke handicap, tot een zwakzinnigheid, tot een verlaagd bewustzijn. Deze onvolwaardigheid kan van blijvende of tijdelijke aard zijn. Dit is irrelevant voor de strafbaarstelling. De rechter zal *in concreto* moeten beoordelen of de onvolwaardigheid van die aard is dat zij de toestemming ongeldig maakt. Gezien het gevaar op een ontzegging van seksualiteit, mag niet per direct besloten worden dat een onvolwaardigheid de mogelijkheid tot toestemming uitsluit.³³⁹

127. Een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 29 juni 2004 behandelt de zaak waarin een meisje die lijdt aan een borderline persoonlijkheidsstoornis en lage intellectuele vermogens op sociaal vlak, onbekwaam wordt geacht om toegestemd te hebben met de seksuele penetraties in kwestie.

Het moeilijkste aspect bestaat erin het verband te leggen tussen de geestelijke bekwaamheid in kwestie en de mogelijkheid van het uitvoeren van de seksuele gedraging. De artikelen 373, eerste lid en 375, tweede lid Sw. stellen dat er geen toestemming is wanneer de daad mogelijk is gemaakt door een lichamelijk of een geestelijk gebrek van het slachtoffer. Indien deze uitvoering dus slechts mogelijk was door het gebrek, zal er sprake zijn van een misdrijf. Hierbij moet oplettendheid aan de dag gelegd worden, er hoeft in deze actuele wetsbepaling geen misbruik van dergelijk geestelijk gebrek aanwezig te zijn. Het loutere mogelijk maken van de gedragingen volstaat. DIERICKX argumenteert dat anders oordelen de bekwaamheid van het slachtoffer zou laten afhangen van de ingesteldheid van de dader. De bekwaamheid tot toestemming moet bepaald worden op basis van de geestesgesteldheid van de persoon zelf.

Wanneer een dergelijke geestesziekte de toestemming volledig uitsluit, kan evenwel niet algemeen bepaald worden. Dit is een feitenkwestie die door de bodemrechter, eventueel met behulp van experts, moet beoordeeld worden. Het enige dat met zekerheid kan bepaald worden is dat de betrokkene de aard en de draagwijdte van de seksuele gedraging moet kennen en begrijpen.³⁴⁰

In de zaak die voorlag, namen de rechters alle omstandigheden in acht. Zowel de feitelijkheden en het advies van de psychiater die wezen op een stoornis als de kennis van de daders over de geestesziekte van het slachtoffer. Ze oordeelden op basis van uitspraken van de daders en de omstandigheden dat deze niet

³³⁸ X, DSM 5: beperkingen, https://www.dsm5online.nl/domeinen/item/7b511d02-faae-46ec-98cd-2e67406f8cd4/1/-/7b511d02-faae-46ec-98cd-2e67406f8cd4?solrID=wd_document_216647_0&solrQ=beperkingen (consultatie 8 april 2019).

³³⁹ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 360-361.

³⁴⁰ A. DIERICKX, "Borderliner duidelijk onbekwaam om toe te stemmen met seks?" (noot onder Antwerpen 29 juni 2004), *NC* 2007, 72.

gedwaald hadden omtrent de (mogelijkheid tot) toestemming van het slachtoffer. Op basis van stukken uit het dossier werd duidelijk dat de stoornis ook uiterlijk zeer zichtbaar was en dat beide daders dit gemerkt hadden.

Ook de daaropvolgende rechtspraak neemt steeds alle feitelijke elementen en de persoonlijke situatie van de betrokkene in acht bij de beoordeling van de bekwaamheid tot het geven van geldige toestemming.³⁴¹

In december 2015 behandelde het Hof van Beroep te Gent een zaak waarin er sprake was van opzettelijke slagen en verwondingen aan de partner die in een kwetsbare toestand verkeerde.³⁴² Het Hof stelde dat de zware alcoholproblematiek van de vrouw zorgde voor een verminderde psychische weerbaarheid. Deze problematiek werd ondergebracht onder de ziekte of de geestelijke onvolwaardigheid of het gebrek als verzwarende omstandigheid. Een alcoholproblematiek maakt dus een kwetsbare toestand uit.³⁴³

128. Geconcludeerd kan worden dat de feitenrechter vooreerst zal moeten vaststellen of er sprake is van een gebrek en vervolgens in welke mate deze de toestemming aantastte. Hierbij neemt hij het bepaalde ziektebeeld in acht en de bijhorende gevolgen daarvan, voornamelijk op het vlak van de weerbaarheid.³⁴⁴ Daarbij zal een expert een belangrijke rol spelen samen met de verbalisanten die de rechters zoveel mogelijk gegevens trachten te bezorgen.³⁴⁵ Tevens analyseert de magistraat de relatie tussen dader en slachtoffer, met name of er sprake is van een machts- of vertrouwensrelatie. Tot slot beoordeelt hij of de dader gedwaald kon hebben omtrent deze toestemming en onbekwaamheid.

5.7.3.2 Ziekte

129. De ziekte en de fysieke of geestelijke onvolwaardigheid behelzen twee nauw aansluitende maar toch verschillende concepten. De Franse versie van artikel 433*septies*, eerste lid, 2° Sw. hanteert de woorden *d'une maladie* (ziekte), *d'une infirmité* (gebrek) *ou d'une déficience* (onvolwaardigheid) *physique ou mentale*.

Een ziekte of *disease* is een aandoening die het normale functioneren van een lichaam verstoort, meer bepaald de homeostase, i.e. het zelfregulerend proces dat de stabiliteit bewaart van het lichaam door het aanpassen aan omstandigheden.³⁴⁶ De toestand heeft een andere impact en zwaarwichtigheid dan de

³⁴¹ Corr. Brugge 7 november 2011, *TGR* 2012, 209-213.

³⁴² De dader werd veroordeeld op grond van artt. 392, 398 lid 1, 405bis 1°, 410 lid 1 en 2 Sw.

³⁴³ Gent 18 december 2015, nr. 2015/NT/687, www.juridat.be.

³⁴⁴ I. WATTIER, "Les infractions d'attentat à la pudeur et de viol. Etat du droit positif et questions métapositives" in X, *La poursuite et le traitement des auteurs d'infractions à caractère sexual*, Bruges, La Chartre, 2009, (17) 54.

³⁴⁵ I. DELBROUCK, "Aanranding van de eerbaarheid" in G. BEKE, H. BERKMOES en S. BERBUTO et al., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, losbl., (A20/1) A20/18.

³⁴⁶ X, *Ziekte*, <https://nl.wikipedia.org/wiki/Ziekte#Beschrijving> (consultatie 15 april 2019); X, *Disease*, <https://en.wikipedia.org/wiki/Disease> (consultatie 15 april 2019).

handicap. De ziekte kan zowel acuut als chronisch zijn. Alle ziektes die de betrokkene minder wilsvrij kunnen maken, vallen onder dit criterium.

Verder is het vaststaande rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat personen met een ernstige ziekte, met name een hiv-besmetting, in een kwetsbare toestand verkeren.³⁴⁷

De concrete invulling van de weerbaarheid van het slachtoffer ten gevolge van de ziekte is *in concreto* in te vullen door de feitenrechter.³⁴⁸ Het is namelijk niet omdat iemand ziek is, dat deze niet meer zou kunnen toestemmen tot seksuele handelingen.

130. Zonder in herhaling te willen vallen, is ook de ziekte vermeld in de artikelen 376 Sw. en 433septies Sw. als verzwarende omstandigheid.

Het feit dat de ziekte volgens MERCKX onder de huidige strafbaarstelling van fysieke en geestelijke onvolwaardigheid kan vallen, duidt op de noodzaak aan het incorporeren van dit begrip in de oorspronkelijke strafbaarstellingen als bestanddeel van het misdrijf en niet louter als verzwarende omstandigheid.

Tot slot kan ook verwezen worden naar het aloude artikel 375 Sw. dat verkrachting strafbaar stelde indien er sprake was van misbruik:” (...) *die ten gevolge van ziekte, door ontsteltenis zijner vermogens of uit alle andere toevallige oorzaak, het gebruik zijner zinnen had verloren, of van dezelve, door eenige arglist was beroofd geweest.* (...)”³⁴⁹ (eigen onderstreping). Het gegeven dat de ziekte vroeger opgenomen was in het wetsartikel, kan er ook op duiden dat het wenselijk is de ziekte op te nemen als oorzaak van de kwetsbare toestand die een bestanddeel vormt.

5.7.3.3 Ouderdom

131. De factor van kwetsbaarheid die vaak genoemd wordt, is de leeftijd. In de hier gehanteerde betekenis, doelt men niet op de minderjarigheid, maar op de ouderdom. De minderjarigheid vormt namelijk een dermate belangrijke problematiek dat deze afzonderlijk wordt behandeld. Zoals ook in de artikelen 373 en 375 Sw. het geval is, zijn voor de minderjarigheid specifieke bepalingen voorzien. In artikel 433septies Sw., dat de verzwarende omstandigheid bij mensenhandel bepaalt, is de minderjarigheid te vinden in het eerste lid, 1° en de vermelding van de leeftijd in het eerste lid, 2°, dat handelt over de kwetsbare toestand. Hoewel minderjarigen dus een kwetsbaardere groep zijn in de maatschappij, wordt met de notie leeftijd specifiek de ouderdom bedoeld.

³⁴⁷ Bijvoorbeeld EHRM 10 maart 2011, nr. 2700/10, Kiyutin/Russia; EHRM 3 oktober 2016, nr. 552/10, I.B./Greece.

³⁴⁸ D. MERCKX, “Verkrachting – het misdrijf” in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 108.

³⁴⁹ L. DE HONDT, *Code Pénal avec la traduction Flamande*, Gent, Hoste, 1867, 183.

132. De Wet van 26 november 2011³⁵⁰ voegde het criterium van verhoogde kwetsbaarheid door leeftijd toe aan artikel 376 Sw. Deze wet had onder meer tot doel een verhoogde bescherming te bieden tegen misbruik aan personen in een zwakke toestand.³⁵¹ In verschillende artikelen van het strafwetboek werd een eenduidige omschrijving van de kwetsbare toestand en het criterium van de leeftijd ingevoegd.³⁵² De voorbereidende documenten poneren expliciet dat met leeftijd de kwetsbaarheid van ouderen met het oog op situaties van mis(be)handeling wordt bedoeld.³⁵³

Artikel 376, derde lid Sw. luidt nu als volgt:

“Indien de verkrachting of aanranding van de eerbaarheid gepleegd is op een persoon van wie de kwetsbare toestand ten gevolge van de leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid duidelijk was of de dader bekend was, (...)”.

De problematiek die de wetgever wou verhelpen, is onder meer deze die geschetst werd in het voorbeeld van de oudere persoon die in zijn seksuele integriteit aangetast wordt en hier niet hetzelfde verweer tegen voert als een niet-kwetsbare persoon zou hebben gevoerd. Zowel het seksuele misbruik als de verwaarlozing en (financiële of lichamelijke) mis(be)handeling van ouderen door zowel verzorgers als familieleden is een gekend fenomeen waarop dit criterium een antwoord wil bieden.

De Wet van 26 november 2011 koos er nochtans opnieuw voor om dit criterium louter als verzwarende omstandigheid op te nemen voor wat betreft seksuele misdrijven. Uit het gegeven voorbeeld blijkt nochtans duidelijk dat een loutere onvolwaardigheid of gebrek aan de toestemming mogelijks deze situatie niet zal dekken. Het zou wenselijk zijn om het mogelijk maken van seksuele betrekkingen louter door ouderdom en tegen de wil in van de oudere persoon, expliciet strafbaar te stellen.

³⁵⁰ Wet van 26 november 2011 tot wijziging en aanvulling van het Strafwetboek teneinde het misbruik van de zwakke toestand van personen strafbaar te stellen, en de strafrechtelijke bescherming van kwetsbare personen tegen mishandeling uit te breiden, *BS* 23 januari 2012.

³⁵¹ Wetsvoorstel tot invoeging van de artikelen 442quater en 442quinquies in het Strafwetboek, met het oog op de strafbaarstelling van de mentale destabilisatie van personen en van het misbruik van personen in een verzwakte positie, *Parl.St.* Kamer 2010, nr. 0080/001.

³⁵² Het ouderdomscriterium werd ook ingevoegd in artikel 433septies Sw.

³⁵³ Amendement op het wetsvoorstel tot invoeging van de artikelen 442quater en 442quinquies in het Strafwetboek, met het oog op de strafbaarstelling van de mentale destabilisatie van personen en van het misbruik van personen in een verzwakte positie, *Parl.St.* Kamer 2011, nr. 0080/004.

5.7.3.4 Zwangerschap

133. Artikelen 433^{septies}, eerste lid, 2° en 376, derde Sw. bevatten de zwangerschap als mogelijke oorzaak van kwetsbaarheid. Ook de Richtlijn Mensenhandel van 2011 vermeldt de zwangerschap in die context.³⁵⁴

134. Deze problematiek is een trend die opgang maakt in het kader van mensenhandel. Zwangere vrouwen vormen een *target* van mensenhandelaars. Het doel is om hun pasgeboren baby's te verhandelen en verkopen.³⁵⁵

135. MERCKX schrijft over de verzwarende omstandigheid van zwangerschap bij verkrachting dat de zwangerschap evident moet bestaan tijdens verkrachting en niet als gevolg ervan.³⁵⁶ Daarnaast zal ingevolge de zwangerschap het weerstandsvermogen van het slachtoffer moeten verminderd zijn. DELBROUCK stelt dat het slachtoffer haar toestand reeds moest kennen tijdens de verkrachting, opdat deze in aanmerking zou kunnen genomen worden. Een uitzondering hierop doet zich voor wanneer de vrouw zich ellendig voelt door de zwangerschap en zij daardoor een verminderde weerstand heeft. Hij merkt verder op dat indien ze wel kennis heeft van de zwangerschap, het mogelijk is dat ze geen of weinig weerstand toont om nare gevolgen te vermijden.³⁵⁷ Het is immers denkbaar dat in een geduw en getrek zij mogelijks een duw tegen de buik zou krijgen en hiermee haar baby in gevaar zou brengen. In dit licht zou een zwangere vrouw ervoor kunnen kiezen om seksueel geweld te ondergaan, eerder dan zich ertegen te verzetten. Het seksueel geweld is dan louter mogelijk gemaakt door de zwangerschap. Er was geen werkelijk vrije toestemming.

Zonder te veel te willen afdwalen naar het fenomeen van prostitutie, kan ook gedacht worden aan een verminderde weerstand tegen in se ongewenste handelingen voor de economische welvaart van het kind.

5.7.3.5 Precaire of onwettige administratieve of sociale toestand

136. Het zal niet verbazen dat ook de precaire of onwettige administratieve of sociale toestand als criterium overgenomen werd uit de bepaling omtrent mensenhandel. Personen die illegaal in een land verblijven zullen vanzelfsprekend een extra kwetsbare positie hebben. Eenieder die weet heeft van hun situatie, beschikt als het ware over een machtspositie omdat zij de optie hebben om hen aan te geven. Uit angst om teruggestuurd

³⁵⁴ Overw. 12, Richtlijn 2011 Mensenhandel.

³⁵⁵ Report (COM/2018/777) from the Commission to the European Parliament and the Council on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2018) as required under Article 20 of the Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, *Pb.L.* 3 december 2018.

³⁵⁶ D. MERCKX, "Verkrachting – De verzwarende omstandigheden", X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 169.

³⁵⁷ I. DELBROUCK, "Verkrachting" in G. BEKE, H. BERKMOES en S. BERBUTO et al., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, losbl., (V130/01) V130/18.

te worden naar hun land van oorsprong, waar ze meestal uit weggevlucht zijn, zullen zij vatbaar zijn voor manipulatie en misbruik. Daarbovenop komt nog dat, nadat zij bijvoorbeeld seksueel misbruikt zijn, ze niet naar de politie kunnen gaan om dit misdrijf aan te geven zonder hun eigen onwettige toestand kenbaar te maken.

Dit gaat ook gepaard met angst voor negatieve gevolgen tegenover hun familieleden in het land van oorsprong. Mensenhandelaars gebruiken verschillende manipulatietechnieken (zo ook bijvoorbeeld het afnemen van de identiteitsdocumenten) om hun doel te bereiken.

Daarnaast zijn ze ook vaak afhankelijk van de mensenhandelaars voor hun inkomen. Indien zij in opstand zouden komen, is het mogelijk dat de minimale inkomsten die binnenkwamen, ook verdwijnen. Deze inkomsten hebben ze ook nodig om de mensenhandelaars in kwestie af te betalen voor de reis die ze maakten. Alles samengeteld, zorgt dit voor een enorm kwetsbare toestand. Zij zijn kwetsbaar voor uitbuiting op het vlak van arbeid en op het vlak van seksualiteit.

137. Op Europees niveau besliste het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak M.S.S. tegen Griekenland en België³⁵⁸ dat een asielzoeker per definitie kwetsbaar is door het zoeken van bescherming in een ander land dan zijn land van oorsprong.³⁵⁹

Op nationaal vlak verklaarde het Hof van Beroep te Gent recent enkele beklaagden schuldig aan het misdrijf mensenhandel. Het Hof stelde dat misbruik was gemaakt van de kwetsbare toestand van de slachtoffers. Het ging om enkele vrouwen die zich prostitueerden onder de controle van mensenhandelaars. Zij bevonden zich in een onwettige of precaire administratieve en sociale toestand gezien ze op illegale wijze in het land waren en geen regelmatig inkomen hadden. Verder waren zij in een staat van sociaal isolement en eenzaamheid. Daardoor hadden zij geen andere, werkelijk aanvaardbare keuze dan zich te laten misbruiken.³⁶⁰ Ook de lagere rechtbanken oordelen dat werkomstandigheden en lang gepresteerde uren in combinatie met een precaire huisvesting, de betrokkenen in een kwetsbare positie plaatst.³⁶¹

³⁵⁸ EHRM 21 januari 2011, nr.30696/09, M.S.S./Griekenland en België, paragraaf 251.

³⁵⁹ M. VANDENBERGHE, "De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en de al dan niet toekenning van de vluchtelingenstatus aan kwetsbare asielzoekers met een gendergerelateerde asielclaim", *T. Vreemd.* 2016, afl. 3, 326-327; Enkele juristen (waaronder ook een rechter die zetelde in hogervermelde zaak) gaan niet akkoord met deze stelling, zie M. VANDENBERGHE, "De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en de al dan niet toekenning van de vluchtelingenstatus aan kwetsbare asielzoekers met een gendergerelateerde asielclaim", *T. Vreemd.* 2016, afl. 3, 327.

³⁶⁰ Gent 1 juni 2018, *RABG* 2019/3-4, 230.

³⁶¹ Corr. Brugge 19 juni 2007, www.diversiteit.be; I. AENDENBOOM, "De strijd tegen de mensenhandel met het oog op economische uitbuiting. Van blanke slavinnen naar "moderne" slaven" in X, *Migratie- en migrantenrecht - Deel 15 (Ontwikkelingen in het Europees, Belgisch en Vlaams arbeidsmigratierecht)*, Brugge, die Keure, 2014, 249.

Uit deze rechtspraak blijkt duidelijk dat een illegale administratieve toestand of een precaire sociale toestand in acht moet genomen worden bij het bepalen van de al dan niet kwetsbare toestand van het slachtoffer. Een gebrek aan een alternatieve, aanvaardbare keuze belemmert klaarblijkelijk de vrije wilsuiting.

138. Het is wenselijk om deze voorwaarde te incorporeren in de strafbepaling omtrent de seksuele toestemming, daar een dergelijke situatie de betrokkenen kwetsbaar maakt voor seksueel geweld en ongeldige toestemming.

6 CASESTUDY

139. Om aan deze masterproef toch een kleine insteek vanuit de praktijk te geven, zal een beknopte casestudy gedaan worden van een zaak die de auteur gedurende een stage op de rechtbank van eerste aanleg ter beschikking werd gesteld. Om de privacy van de individuen in kwestie te vrijwaren, kunnen geen details of gegevens worden meegedeeld die zouden kunnen leiden tot identificatie van de zaak of de desbetreffende betrokkenen. De zaak betreft een verkrachtingszaak waarin de al dan niet toestemming van het slachtoffer centraal stond. Er worden verschillende elementen aangehaald en betrokken bij de beoordeling. Deze elementen worden abstract overlopen.

140. De feiten die aan de rechtbank werden voorgelegd, waren de volgende. Een man en vrouw hadden gedurende enige tijd een knipperlichtrelatie. Op een welbepaalde avond bleef de beklaagde bij het slachtoffer slapen. Hij vroeg om seksuele betrekkingen te hebben, maar zij weigerde en ging slapen. In de ochtend zou de beklaagde seksuele aanrakingen aangevat hebben. De vrouw reageerde niet op deze gedragingen en stelt dat ze dacht dat hij zou begrijpen dat ze er geen zin in had. Toen hij echter verder ging, duwde ze hem weg. De beklaagde stopte. Even later drukte hij zijn geslachtsdeel tegen haar. Hiertegen had ze geen bezwaar. Plots penetreerde hij haar echter anaal. Daar ging ze niet mee akkoord. De beklaagde vertelt zelf dat ze bijna onmiddellijk aangaf dat ze dit niet wou en tegenspartelde. Hij zegt dan dat hij nog 5-10 seconden verder deed en stopte toen de vrouw wegging uit het bed.

De vraag die voorlag, is of de penetratie gebeurde met toestemming van de vrouw of niet.

De rechtbank stelde dat toestemming een moeilijke aangelegenheid is in intieme contacten en kadert in de verbale en non-verbale communicatie tussen twee personen. Het is haar taak zowel de perceptie van het slachtoffer, maar ook deze van de vermeende dader te onderzoeken.

De rechtbank besliste in het licht van de feitelijke omstandigheden dat de beklaagde kon aannemen dat bij de aanvang van de penetratie de handelingen gewild waren. De zetel duidde op de knipperlichtrelatie, het feit dat ze in hetzelfde bed sliepen en dat de vrouw hem liet begaan zonder geweld of bedreiging. De rechtbank hechtte duidelijk een groot belang aan de feitelijke omstandigheden.

De theorie die in deze masterproef wordt ontwikkeld, schuift de vereiste naar voor dat de toestemming ondubbelzinnig moet zijn. Het slachtoffer in kwestie reageerde niet op de seksuele aanrakingen van de man en participeerde niet. Hierbij kan de vraag gesteld worden of een normaal voorzichtig persoon niet zou twijfelen over de rechtmatigheid van zijn handelingen. De toestemming is niet ondubbelzinnig gegeven waardoor er bijgevolg twijfel ontstaat. Dit zou leiden tot een gebrek aan geldige toestemming.

In het huidig juridisch kader is dit natuurlijk (nog) niet vereist en wordt dit ook niet toegepast door rechtspraak of rechtsleer.

Er werd beslist dat er toestemming was tot penetratie. Vervolgens stelde de rechtbank zich de vraag of de handelingen (de voortgezette geslachtsgemeenschap na de initiële penetratie) na eventuele communicatie in de vorm van woorden of lichaamstaal van de vrouw nog steeds gewild waren. De beklaagde verklaarde dat het slachtoffer tegenspartelde en de handelingen niet leek te willen. De rechtbank boog zich vervolgens over de vraag of de beklaagde voldoende snel gestopt is.

Hieruit kan vooreerst worden afgeleid dat de toestemming beschouwd wordt als herroepbaar. Hierover is niet altijd eensgezindheid in de rechtsleer.

Bij het effectieve bepalen van het tijdsaspect, nam de zetel verschillende zaken in rekening. Vooreerst werd gemotiveerd dat de beklaagde mocht aannemen dat de weigering niet per se definitief was in het licht van de voorgaande situatie. Deze bemerking doet toch wat vreemd aan. Hoort iemand er niet altijd van uit te gaan dat, tenzij anders afgesproken, tegenspartelen een onmiddellijke nee betekent? Verder werd gewezen op de korte tijdspanne waarin de feiten zich afspeelden. De weigering zou nog niet volledig tot de beklaagde zijn doorgedrongen. Daarnaast speelde ook de globale achtergrond van de knipperlichtrelatie een rol. Deze kadering lijkt er in principe toch niet te mogen toe doen indien zelfs de beklaagde toegeeft dat er sprake was van tegensparteling.

Op basis van deze redenen besloot de rechtbank vervolgens dat het misdrijf niet bewezen was. De beoordeling van deze zaak lijkt volledig in lijn te liggen met de huidige rechtsleer en rechtspraak.

141. Hoewel de redenering van de rechtbank zeker te verdedigen valt, zou een strenger toestemmingsbegrip in deze zaak waarschijnlijk een andere uitkomst geboden hebben. Met de informatie die beschikbaar is, zou dan kunnen besloten worden dat er twijfel bestond over de initiële toestemming en deze bijgevolg niet ondubbelzinnig werd gegeven. Dit zou dan de tweede discussie elimineren en de gedraging strafbaar stellen.

7 WETSVOORSTEL STRAFWETBOEK BOEK II

7.1 Inleiding

142. De hervorming van het Strafwetboek zit al lang in de pijpleiding. Niemand zal betogen dat het wetboek van 1867 niet dringend nood heeft aan een grondige vernieuwing en frisse wind. Ondanks de van oudsher vaststaande basis, werden wel pogingen gedaan om oplapwerk te verrichtingen. Verschillende wijzigingen volgden elkaar op, de ene al beter en minder verwarrend dan de andere. Dit samenraapsel heeft gezorgd voor een kluwen aan wetgeving die er baat bij heeft om volledig herzien te worden. Drie begrippen vormen dan ook de kern van deze vernieuwing: accuraat, coherent en eenvoudig.³⁶²

7.2 Zelfbeschikkingsrecht

143. Na de goedkeuring door de Ministerraad van het voorontwerp van boek 2 op 20 juli 2018, werd het wetsvoorstel tot invoering van een nieuw boek 1 en 2 van het Strafwetboek ingediend bij de Kamer op 13 maart 2019 dat tot op heden nog steeds hangende is.

Het nieuwe titel 2 van boek 2 zal handelen over de misdrijven tegen de persoon. Het derde hoofdstuk van deze titel brengt voor deze masterproef zeer relevante wijzigingen met zich mee. Waar vroeger de seksuele misdrijven te vinden waren in titel VII “Misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid”, staan ze nu onder het nieuwe hoofdstuk 3 met als titel “Misdrijven tegen de seksuele integriteit, het seksueel zelfbeschikkingsrecht en de goede zeden”.

Dit is geen louter betekenisloze wijziging. Het duidt namelijk op een complete verandering in mentaliteit ten opzichte van het idee dat het oude strafwetboek hanteerde. Seksuele misdrijven waren in de 19^e en 20^e eeuw een verstoring van het gezin en de orde van de Staat. Het was voornamelijk de familie zelf en de rust in die familie die moest beschermd worden, niet het individu. Dit kwam ook tot uiting bij de vaststelling dat de natuurlijke geslachtsgemeenschap zonder toestemming oorspronkelijk niet strafbaar was indien tussen echtgenoten. De regering kiest er met deze nieuwe titel en bijhorende wijzigingen voor om een nieuwe weg in te slaan. Het begrip “nieuw” is relatief, gezien deze stelling al enkele jaren op zowel Europees als nationaal vlak verdedigd wordt, maar toch blijft dit een uitermate positieve tendens.

Na de vele jaren waarin het gezin centraal werd geplaatst, wordt nu eindelijk het individu ook in de wettekst de *spotlight* gegeven. De bescherming van dat individu en dus de seksuele integriteit staat nu voorop. Er wordt uitgegaan van het seksueel zelfbeschikkingsrecht waarin iedere persoon een vrije keuze maakt over zijn eigen leven en lichaam. Elkeen beschikt over seksuele autonomie die moet gewaarborgd en beschermd

³⁶² Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 4.

worden. Het afstand nemen van de juridische moraliteit en paternalisme is een welgekomen vernieuwing. Zij het met enkele jaren achterstand, kwam de vernieuwing er desalniettemin. Deze vernieuwde visie ligt dan ook volledig in lijn met het gedachtegoed van deze masterproef.

7.3 Seksuele handelingen

144. Verder zorgt het voorstel ook voor een nieuwe indeling van de desbetreffende misdrijven en krijgen zij een nieuwe omschrijving, zonder veel aan de kern van de zaak te veranderen.

Afdeling 1 van hoofdstuk 3 zal handelen over de aantasting van de seksuele integriteit (i.e. de nieuwe benaming voor het misdrijf aanranding van de eerbaarheid), voyeurisme en verkrachting. Afdeling 2 gaat over de seksuele uitbuiting van minderjarigen, afdeling 3 over openbare zedenschennis en afdeling 4 bezit gemeenschappelijke bepalingen.

Relevant is de afstemming van de bepalingen inzake aanranding van de eerbaarheid, verkrachting en voyeurisme.³⁶³ Dit ter invulling van bepaalde lacunes die zich momenteel bevinden in de wettekst en vooral ter harmonisatie van het seksueel strafrecht. Er wordt gestreefd naar meer coherentie en duidelijkheid in de desbetreffende strafbepalingen. Deze coherentie wordt bereikt door zowel de aanpassing van de begripsomschrijvingen van de misdrijven, de omschrijving van de toestemmingspremissie en het uniformiseren van de leeftijd van seksuele meerderjarigheid.

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt verschillende malen verwezen naar artikel 36 van het Verdrag van Istanbul.³⁶⁴ Deze bepaling werd reeds vermeld in Titel 3 omtrent de definiëring. Er wordt kort in herinnering gebracht dat het Verdrag vergt dat niet-consensueel en seksueel binnendringen van de vagina, anus of mond van een andere persoon met eender welk lichaamsdeel of voorwerp en het (aanzetten van een derde tot het) aanknopen van andere niet-consensuele seksuele betrekkingen met een persoon strafbaar wordt gesteld.³⁶⁵ De huidige wetsbepaling die aanranding van de eerbaarheid strafbaar stelt, voldoet niet aan deze omschrijving. Dit zal eindelijk worden aangepast, een kans die de wetgever had laten liggen ten tijde van de Voyeurismewet in 2016.

145. De aanranding van de eerbaarheid zal verder beschouwd worden als een overkoepelende restcategorie die alle niet-consensuele seksuele handelingen moet dekken die niet onder de overige misdrijven vallen. Het onderscheidt zich van het misdrijf verkrachting omdat daar een seksuele penetratie

³⁶³ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 362-363.

³⁶⁴ Art. 36 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, *Council of Europe Treaty Series*, No. 210.

³⁶⁵ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 372.

vereist is. Bij het misdrijf voyeurisme is er dan weer algemeen gesteld geen sprake van interactie tussen dader en slachtoffer.

De aanranding van de eerbaarheid onderging vooreerst een naamswijziging. Om de huidige visie van het zelfbeschikkingsrecht tot uiting te brengen werd gekozen voor de “aantasting van de seksuele integriteit”. Hiermee wordt komaf gemaakt met de oude perceptie dat het de eer van de persoon en diens familie was die beschermd moest worden. Nu is het de seksuele integriteit en het individu zelf die vooropgesteld worden.³⁶⁶

Daarenboven wordt ook het huidige gebrek aan de omschrijving van het misdrijf weggewerkt. Het huidige artikel bepaalt namelijk dat er enkel sprake is van aanranding van de eerbaarheid indien één van de omschreven uitsluitingsgronden aanwezig is.³⁶⁷ Tot nu toe ving het Hof van Cassatie dit op door, voor het eerst in het arrest van 24 mei 2011, de constitutionele bestanddelen en definiëring van het misdrijf uiteen te zetten en hierbij toestemming te incorporeren.³⁶⁸ Dit zou nu veranderen. Het is echter niet de bedoeling afbreuk te doen aan het toepassingsgebied van het huidige misdrijf. Om de jurisprudentie te vrijwaren, worden nog steeds exact dezelfde gedragingen strafbaar gesteld. De cruciale elementen zullen in lijn met de rechtspraak van het Hof van Cassatie de aantasting van de seksuele integriteit, een algemeen opzet en de toestemming vormen.³⁶⁹ Hiermee wordt eindelijk tegemoet gekomen aan de kritiek van de doctrine op het gebrek aan de toestemmingspremissie.

Belangrijk is ook dat de wetgevende tekst nog steeds gewag zal maken van die notie “... *op of met behulp van een persoon*”. Zo worden ook handelingen waarbij het slachtoffer als instrument gebruikt wordt erin begrepen. Tevens zal de hypothese waarbij de dader een derde verplicht dergelijke handelingen op iemand anders te stellen in de wettekst vermeld worden door de woorden “*dan wel het laten stellen van...*”

De kern van het artikel zal na al deze wijzigingen als volgt luiden:

“Aantasting van de seksuele integriteit is het wetens en willens stellen van een seksuele handeling op of met behulp van een persoon dan wel het laten stellen van een seksuele handeling door een persoon die daar niet in toestemt.”³⁷⁰

³⁶⁶ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 374.

³⁶⁷ Zie titel 5.1 Uitsluitingsgronden.

³⁶⁸ Zie titel 3.3.2. bij de definiëring van het misdrijf aanranding van de eerbaarheid.

³⁶⁹ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 375.

³⁷⁰ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 901.

146. Wat betreft het misdrijf verkrachting, is de omschrijving gewijzigd. Deze aanpassing getuigt toch wel van enige doordachtheid, die een aangename verrassing vormt. Zo legt de toelichting uit dat de doctrine verdeeld is over de al dan niet herroepbaarheid van de toestemming. De strekking die stelt dat toestemming niet zou kunnen herroepen worden tijdens de penetratie, steunt dit op de premisse dat de verkrachting louter draait om de penetratie zelf. De verklaring hiervoor is dat de verkrachting een aflopend misdrijf is. Het misdrijf zelf is het binnendringen in het slachtoffer. De toestemming moet dan worden ingetrokken ten laatste op het ogenblik van de penetratie en niet meer daarna. Indien éézelfde penetratie blijft voortduren waarvoor toestemming gegeven was, zou er geen sprake zijn van verkrachting. Enkel indien er een nieuwe penetratie plaatsvindt, kunnen de daaropvolgende feiten strafbare gedragingen uitmaken indien geen toestemming meer aanwezig was.³⁷¹ Hier is handig op ingespeeld door de omschrijving van het misdrijf aan te passen: “... daad die bestaat of mede bestaat uit een seksuele penetratie”. Inspiratie werd gehaald in de Nederlandse wetgeving die dergelijke problematiek niet kende door haar ruime omschrijving van het misdrijf verkrachting. Nu valt niet enkel de penetratie, maar ook wat voorafgaat en wat erna volgt onder de delictsomschrijving.

Waar er vroeger louter stond dat penetratie gepleegd op een persoon strafbaar was, voegt het wetsvoorstel nu ook de notie “of gepleegd met behulp van een persoon” in om tegemoet te komen aan de problematiek omtrent mannelijke slachtoffers die gedwongen werden tot het penetreren.³⁷²

Tot slot is de regering van mening dat de term seksuele penetratie de correcte lading dekt en niet aangepast moet worden. Het criterium van een redelijk persoon wordt gehanteerd om te bepalen wanneer iets een seksueel karakter heeft.

De uiteindelijke strafbepaling is de volgende:

“Verkrachting is elke wetens en willens gestelde daad die bestaat of mede bestaat uit een seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon of met behulp van een persoon die daar niet in toestemt.”³⁷³

147. Het misdrijf voyeurisme werd niet ingrijpend gewijzigd. Enkel de woorden “of doen observeren” en “of doen maken” maken niet langer deel uit van de wetsbepaling. Die problematiek wordt opgevangen door de nieuwe omschrijving van daderschap en deelneming.³⁷⁴

³⁷¹ Dit is reeds uitgebreid behandeld in 5.5.2. omtrent de herroepbaarheid.

³⁷² Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 377.

³⁷³ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 902.

³⁷⁴ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 374.

De nieuwe strafbepaling stelt:

“Voyeurisme is het wetens en willens:

1° observeren van een persoon of van hem een beeld- of geluidsopname maken,

- rechtstreeks of door middel van een technisch of ander hulpmiddel,*
- zonder de toestemming van die persoon of buiten zijn medeweten,*
- terwijl hij ontbloot is of een expliciete seksuele daad stelt, en*
- terwijl hij zich in omstandigheden bevindt, waar hij in redelijkheid kan verwachten dat zijn persoonlijke levenssfeer niet zal worden geschonden;*

2° tonen, toegankelijk maken of verspreiden van de beeld- of geluidsopname van ontblote personen of een persoon die een expliciete seksuele daad stelt zonder diens toestemming of buiten diens medeweten.”³⁷⁵

7.4 Toestemmingspremissie

148. Naast het invoegen van het begrip toestemming in het artikel van aantasting van de seksuele integriteit, wijdt het voorstel ook voor het eerst een algemene bepaling aan de omschrijving van deze toestemming met het oog op meer coherentie. De premisse wordt opengetrokken en de afwezigheid van toestemming wordt geponeerd als de basis van alle seksuele misdrijven.³⁷⁶ Dit vloeit voort uit het beginsel van zelfbeschikking dat draait rond de autonomie van het individu. Nu deze autonomie en hiermee toestemming de aandacht krijgt die het verdient, moet ook een gepaste invulling gebeuren.

Als eerste probleempunt beschrijft de werkgroep de problematiek van de hogervermelde *tonic immobility* ofte verlamming door angst. Dit fenomeen is belangrijk in het seksueel strafrecht en moet belicht worden in het kader van de toestemming. Er mag namelijk uit de ontstentenis van verweer geen toestemming afgeleid worden. Deze zienswijze ligt in lijn met alle doctrine en rechtspraak die momenteel van enige relevantie is. Het gebrek aan fysiek verzet is geen toestemming tot seksuele handelingen. Elke non-consensuele seksuele betrekking moet gecriminaliseerd worden. Naast de invoeging van dit idee, wordt de opsomming van exemplatieve uitsluitingsgronden verwijderd uit de bepaling om verwarring te vermijden. Van belang is ook de toevoeging dat de toestemming herroepbaar is. Hoewel het artikel inzake verkrachting met oog op deze

³⁷⁵ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 902.

³⁷⁶ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 367.

problematiek aangepast werd, is het toch geen overbodige luxe dit nogmaals te vermelden in het artikel zelf dat over toestemming handelt, zeker gezien de hevige discussie die erover woedt.

De kern van de bepaling inzake toestemming kreeg bijgevolg volgende vorm:

“Toestemming veronderstelt dat deze uit vrije wil is gegeven. Dit wordt beoordeeld in het licht van de omstandigheden van de zaak. Het gebrek aan verweer van het slachtoffer impliceert niet noodzakelijk toestemming. De toestemming kan worden ingetrokken op elk ogenblik tijdens de seksuele handeling.”
(eigen onderstreping).

De werkgroep deelt in de toelichting mee dat de omschrijving alle hypothesen dekt. Dit houdt ook in dat er geen geldige toestemming kan zijn indien het slachtoffer buiten bewustzijn is, slaapt of niet in staat is uit vrije wil toe te stemmen door intoxicatie.³⁷⁷ Opmerkelijk is dat benadrukt wordt dat toestemming met een bepaalde seksuele handeling op zichzelf niet toestemming impliceert met enige andere handeling waarbij een verwijzing wordt gemaakt naar het eerder besproken arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2007.³⁷⁸ Er is echter geen veruitwendiging van deze visie te lezen in de definitie van toestemming. De bepaling vermeldt helaas niet dat toestemming specifiek moet zijn. Wel is op zijn minst al te lezen dat ze vrij en herroepbaar moet zijn. Ten slotte wordt ook meegedeeld dat het fenomeen *stealth* onder verkrachting valt, gebaseerd op de herroepbaarheid van toestemming, zeker gezien toestemming afwezig is voor de nieuwe penetratie.³⁷⁹ Deze masterproef heeft het fenomeen *stealth* opgevangen in het criterium van de specificiteit. Dit lijkt een mooi voorbeeld te zijn van hoe breed dit geschetste beeld van toestemming is en hoe het een vangnet kan vormen voor vele situaties die wenselijk niet mogen ontsnappen aan strafbaarstelling.

7.4.1 Leeftijdsaanpassing

149. Een huidig problematisch aspect wat betreft de seksuele meerderjarigheid, is het gebrek aan uniformiteit in de strafrechtelijke bepalingen. De leeftijd waarop kan toegestemd worden tot penetratie is 14 jaar, maar die waarop zou toegestemd kunnen worden tot andere minder ingrijpende seksuele betrekkingen is 16 jaar. Het Grondwettelijk Hof wong zich in de arresten van 4 juni en 29 oktober 2009 in alle bochten om hier een verklaring aan te geven.³⁸⁰ Zowel deze anomalie als de huidige veranderende maatschappij vragen om een heroverweging van de leeftijdsgrens waarop er de mogelijkheid is om geldig toe te stemmen tot

³⁷⁷ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 370.

³⁷⁸ Cass. (2^e k.) 17 oktober 2007, AR P.07.0726.F.

³⁷⁹ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 371.

³⁸⁰ Zie Titel 5.7.1. Minderjarigheid.

seksuele handelingen.³⁸¹ Bij het ontwikkelen van de nieuwe bepalingen, is de *ratio legis* evident om handelingen strafbaar te stellen waartoe niet werd akkoord gegaan. Gewilde seksuele betrekkingen tussen minderjarigen horen daar niet onder. Het is een afweging van de bescherming die minderjarigen vereisen en de autonomie die ze verdienen.

150. Alle landen vullen de leeftijd van seksuele meerderjarigheid op een verschillende manier in. Het ene land heeft één leeftijd en dat moet volstaan. Andere landen werken met een grijze zone gewaarborgd door een bepaald leeftijdsverschil dat niet mag overschreden worden. Ondanks de moeilijkheid van het bepalen van die grens, is er een poging gedaan om de lijn opnieuw te trekken. Het wetsvoorstel stelt voor om minderjarigen vanaf 14 jaar bekwaam te achten om geldig toe te stemmen tot seksuele betrekkingen. Er is wel een gradatie ingebouwd. Tussen de leeftijd van 14 en 16 jaar worden minderjarigen geacht niet geldig toe te stemmen indien het leeftijdsverschil met de partner meer dan vijf jaar bedraagt of de dader zich in een gezags- of vertrouwenspositie bevindt t.o.v. het slachtoffer.³⁸² De toelichting haalt aan dat de grens van 14 jaar wordt bepleit in de juridische literatuur en wetenschap. Ook de grens in het buitenland lijkt het vaakst op 14 jaar te liggen.³⁸³ Over de bijkomende grens van 5 jaar kan gediscussieerd worden met zowel onderzoek dat uitwijst dat jongeren de minst aangename ervaringen hebben met leeftijdsgenoten als onderzoek dat stelt dat vanaf een leeftijdsverschil van 3 jaar, het risico op misbruik sterk toeneemt.³⁸⁴ Een bijkomende grens stellen aan seksuele betrekkingen met een persoon die een gezags- of vertrouwenspositie heeft tegenover het slachtoffer, lijkt daarentegen meer dan op zijn plaats.

7.4.2 Gezag

151. Het criterium van gezag invoegen in het artikel dat toestemming uiteenzet en de seksuele meerderjarigheid bepaalt, komt tevens de coherentie ten goede gezien de factor van gezag in sommige gevallen een constitutioneel bestanddeel uitmaakte bij het voormalige misdrijf aanranding van de eerbaarheid (art. 372, lid 3 Sw.) en een louter verzwarende omstandigheid bij verkrachting (art. 377 Sw.).³⁸⁵ Dit is evenwel enkel het geval voor minderjarigen tussen de 14 en 16 jaar oud. Wat betreft de invloed van

³⁸¹ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 363.

³⁸² Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 366.

³⁸³ Zie titel 5.7.1.1.

³⁸⁴ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 366-367.

³⁸⁵ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 901.

gezag of een vertrouwenspositie voor meerderjarigen, wordt een verzwarend bestanddeel gehanteerd.³⁸⁶ Deze wijziging moet toegelicht worden.

Meer algemeen maakt men een onderscheid tussen verzwarende bestanddelen en verzwarende omstandigheden. Verzwarende bestanddelen zijn nu een soort bestanddelen die bovenop de constitutionele bestanddelen van een misdrijf komen en een verzwarende grond uitmaken. Zij resulteren in een verplichte verzwaring van de straf. Er wordt zelfs zo ver gegaan om te stellen dat deze een autonome kwalificatie van het oorspronkelijke misdrijf genereren. Anderzijds zijn er de verzwarende omstandigheden, vaak opgelijst in één artikel, die overgelaten worden aan de beoordeling van de magistraat.³⁸⁷

Het gebruik van een verzwarend bestanddeel voor de gezags- of vertrouwenspositie is geen negatieve wending. Zoals gesteld door de regering, lijkt het een tussenmaat te zijn tussen de vroegere verzwarende omstandigheid en een constitutioneel bestanddeel. Verder is nog een effectieve strafverzwarende omstandigheid ingevoegd indien het gaat om bepaalde bloed- of aanverwanten die gezag hebben over het slachtoffer, het onder hun bewaring hebben of samenwonen met het slachtoffer.³⁸⁸

7.4.3 Kwetsbare persoon

152. Daarenboven kan ook worden toegejuicht dat gestreefd wordt naar een eenduidig begrip van kwetsbaarheid. In de voorafgaande titel van boek 2 wordt een definitie ingevoegd van een kwetsbare persoon. Artikel 77, 2° van het wetsvoorstel verduidelijkt:

“2° kwetsbare persoon: elke persoon van wie de kwetsbare toestand ten gevolge van zijn leeftijd, een zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of geestelijk gebrek of onvolwaardigheid duidelijk was of de dader bekend was;”³⁸⁹

Bij het vergelijken van dit artikel met de hier ontwikkelde notie van kwetsbare toestand, kunnen grote gelijkenissen, doch enkele verschillen worden vastgesteld. Een eerste verschil is dat het begrip leeftijd wordt gehanteerd in plaats van ouderdom. De Raad van State stelt evenwel in haar advies dat het leeftijdsbegrip

³⁸⁶ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 904.

³⁸⁷ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 40-45.

³⁸⁸ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 905.

³⁸⁹ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 867.

enkel oudere mensen beoogt.³⁹⁰ Verder ontbreekt ook het criterium van de onwettige of precaire administratieve of sociale toestand. De regering legt hierbij uit dat deze oorzaak niet in de algemene definitie moet worden opgenomen gezien ze gelinkt is aan de specificiteit van bepaalde misdrijven en daar zal ingevoegd worden.³⁹¹

153. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in een verzwarend bestanddeel in artikel 132 waarbij de drie misdrijven in kwestie een hogere straf opgelegd krijgen:

*“Niet-consensuele seksuele handelingen gepleegd op een minderjarige die geen volle veertien jaar oud is of op een kwetsbare persoon worden als volgt bestraft: (...)”*³⁹²

De kwetsbare persoon is niet vernoemd in artikel 138 dat de verzwarende omstandigheden opsomt.³⁹³

7.5 Conclusie

154. Wat zou deze mogelijke wetswijziging nu betekenen voor het toestemmingsbegrip? Vooreerst is het klaar en duidelijk dat deze wijziging een positieve evolutie is. Ze behelst het seksueel zelfbeschikkingsrecht en zet hier een grote stap mee vooruit en weg van het moralistische, paternalistische gedachtegoed dat nog bleek uit de wettekst. De bepalingen inzake aanranding van de eerbaarheid en verkrachting waren dringend aan vernieuwing toe. Ook werd eindelijk een aparte bepaling ontwikkeld waarin het toestemmingsbegrip werd beschreven. Waar dit zeker een stap vooruit is, wringt daar tegelijk ook het schoentje. Er wordt goed aan gedaan om twijfel weg te werken en de gedachte dat er verweer nodig zou zijn opdat er een gebrek aan toestemming zou zijn, van tafel te vegen. Daarenboven is het van bijzonder belang dat benadrukt wordt dat toestemming vrij en herroepbaar moet zijn, maar ook op dat vlak zijn opportuniteiten blijven liggen.

In de toelichting wordt beschreven hoe toestemming specifiek moet zijn, hiervan wordt echter geen gewag gemaakt in het artikel zelf. Er wordt noch een woord gerept over de problematiek van het niet meedelen van seksueel overdraagbare aandoeningen (en dus de geïnformeerdheid) noch over een mogelijke vereiste van ondubbelzinnigheid. De aanpassing van de grens van seksuele meerderjarigheid is eveneens welkom, maar *long overdue*. Daarnaast kan ook de wijziging inzake gezag en kwetsbaarheid als positief bevonden worden, hoewel de regering nog verder had mogen gaan in het incorporeren hiervan in het toestemmingsbegrip.

³⁹⁰ Adv.RvS nr. 64.121/1 en 64.126/1 over een voorontwerp van Strafwetboek – Boek 2 (64.121/1) en Strafwetboek – Boek 1 (artikel 34) (64.126/1), <http://www.raadvst-consetat.be>, 18/154.

³⁹¹ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 290.

³⁹² Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 903.

³⁹³ Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3651/001, 905.

155. De wijziging is dus zeker een stap in de goede richting, maar in de veranderende maatschappij van vandaag lijkt het te kort te schieten. De regering voert een hervorming door die 10 tot 20 jaar geleden reeds had moeten plaatsvinden, zodat op vandaag een daaropvolgende vernieuwing kon gebeuren. Dit wordt des te meer versterkt door de noodkreet die te lezen viel op de vele sociale netwerksites met de hashtag #MeToo. De problematiek is te groot opdat deze wetswijziging een aanzienlijke impact zou hebben. Het vormt een mooie basis die verder aangevuld moet worden met de in deze masterproef besproken noodzakelijke elementen.

8 BESLUIT

156. Seksueel geweld vormt de dag van vandaag een gloeiend heet onderwerp. De schreeuw naar rechtvaardigheid van zowel slachtoffers als verontwaardigde burgers, klinkt luider dan ooit. Van #MeToo tot de moordzaak op Julie Van Espen, seksueel geweld laat de samenleving niet los. Zowel de wetgever als magistraten worden aangespoord om meer aandacht te besteden aan slachtoffers van seksueel geweld en een adequate bestraffing én behandeling te voorzien voor de daders. Deze masterproef poogt een deel van die evolutie uit te maken door het uitwerken van een allesomvattend toestemmingsbegrip in de hoop om zowel de wetgever en rechtsgeleerde te inspireren, als de rechtspraak aan te moedigen strengere vereisten te stellen aan de toestemming. In een poging de ultieme seksuele zelfbeschikking te vrijwaren en tegemoet te komen aan alle situaties die tot nu toe door de mazen van het net glipten, werd toestemming zo omvangrijk mogelijk beschreven binnen de grenzen van de seksuele vrijheid.

157. Deze masterscriptie nam aanvang met de definiëring van de gebruikte terminologie en een blik op de strafbepalingen in kwestie. De misdrijven in kwestie waren de verkrachting, aanranding van de eerbaarheid en voyeurisme. Deze drie seksuele misdrijven beslaan ook éénzelfde afdeling in het nieuwe wetsvoorstel, met name de afdeling van misdrijven tegen de seksuele integriteit, het seksueel zelfbeschikkingsrecht en de goede zeden. Een korte vergelijking vond plaats met de nodige kritiek op verschilpunten die moeten aangepakt worden. Het draaide voornamelijk om de gelijkschakeling van de wilsuitsluitingsgronden bij de verkrachting en de aanranding van de eerbaarheid en ook de invoeging van het begrip toestemming als constitutioneel element in alle seksuele misdrijven.

Vervolgens werd eerst voor elk criterium de *status quo* in wetgeving, rechtspraak en rechtsleer geanalyseerd waarbij daarna een nieuwe theorie naar voor werd geschoven. Een rechtsgeldige toestemming tot seksuele handelingen moet namelijk vrijwillig, geïnformeerd, ondubbelzinnig, specifiek, herroepbaar en door een bekwame persoon gegeven zijn.

De vereiste van vrijwilligheid is min of meer reeds uitgewerkt in de wetgevende bepalingen. De gebrekkige aandacht die wordt besteed aan misbruik van macht en machtsrelaties is een lacune. Het hangende wetsvoorstel biedt hier een gedeeltelijk antwoord op door het voorzien van een hogere leeftijdsdrempel in geval van een machtsverhouding tussen beide partijen. Deze problematiek doet zicht echter ook voor bij volwassenen. Hieraan werd onvoldoende tegemoet gekomen.

Hoewel niet omstandig uitgewerkt en ontbrekend in de wetgeving, wordt de vereiste van geïnformeerde in het achterhoofd gehouden. Dit criterium omvatte ook de problematiek van het niet meedelen van de aanwezigheid van seksueel overdraagbare aandoeningen en vervolgens overgaan tot onbeschermd seksuele betrekkingen. De kwalificatie van verkrachting wordt schoorvoetend aanvaard in rechtspraak en rechtsleer.

De vereiste van ondubbelzinnigheid staat nog in de kinderschoenen. Zoals ook uit de casestudy blijkt, wordt dit niet in rekening gebracht bij de beoordeling van de toestemming. Dit is een groot gemis. Er kan verwacht worden dat beide partijen op zijn minst nagaan of de andere partner geen twijfels heeft over de seksuele betrekkingen. De toestemming hoeft echter niet expliciet te zijn, een impliciete toestemming zou volstaan voor zover ze een positieve handeling behelst. Er kan ten zeerste betwijfeld worden dat een negatieve handeling kan resulteren in een ondubbelzinnige toestemming.

Sinds het Hof van Cassatie zijn stem liet horen omtrent de specificiteit, krijgt dit criterium wel aandacht. Het staat nu vast dat toestemming tot handeling X, geen toestemming tot handeling Y uitmaakt. Een bijzondere problematiek bij dit criterium is het fenomeen *stealth*. Dit houdt in dat een partij de condoom verwijderd zonder toestemming of medeweten van de betrokkene. Deze gedraging kan onder meer op grond van de specificiteit als verkrachting bestempeld worden.

Aangaande het criterium van de herroepbaarheid, zijn drie stromingen aanwezig in de rechtsleer. Twee van deze stromingen besluiten dat de toestemming tot seksuele penetratie niet herroepen kan worden tijdens de gedraging. Een recentere visie poneert dat toestemming wel steeds herroepen kan worden. De rechtspraak blijkt de meest moderne visie aan te hangen en aanvaardt de herroepbaarheid van de toestemming.

Als laatste werd de bekwaamheid aangeraakt. Naast de minderjarigheid en intoxicatie, deed de kwetsbare toestand zijn intrede. Ontleend uit de context van mensenhandel, biedt zij een ruimer draagvlak om kwetsbare situaties op te vangen. De verscheidene mogelijke oorzaken van een kwetsbare toestand zijn ziekte, zwangerschap, ouderdom, fysieke of geestelijke onvolwaardigheid en precaire of onwettige administratieve of sociale toestand. In het seksueel strafrecht is de kwetsbare toestand enkel gekend als verzwarende omstandigheid. De huidige notie van fysieke of geestelijke onvolwaardigheid dekt nu noodzakelijkerwijs verschillende ladingen. De nieuwe indeling komt hieraan tegemoet en zou de coherentie en rechtszekerheid verhogen.

De criteria werden opgevolgd door een korte analyse van een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg. Hoewel de herroepbaarheid geen onrecht werd aangedaan, kan dit niet gezegd worden van het criterium van de ondubbelzinnigheid. De conclusie die uit de casestudy kon getrokken worden, toont aan dat er nog veel werk aan de winkel is.

158. Het nieuwe wetsvoorstel brengt ons dichterbij een realiteit waarin de werkelijke ingesteldheid en de juridische toestemming overeenstemmen, maar nog niet dicht genoeg. De wijzigingen die voorgesteld worden in het wetsvoorstel zijn hoewel broodnodig en ingrijpend, toch nog te klein.

Na een wereldwijde revolutie van burgers die een problematiek aan het licht bracht van schokkende omvang én hun verontwaardiging, is het aan de wetgever om in de pen te kruipen en hieraan gevolg te geven. Seksueel geweld kan namelijk niet louter bestempeld worden als een kortstondige trend.

Los van de vele getuigenissen, duiden reeds talloze studies op de omvang van deze problematiek. De regering poogde een stap in de goede richting te zetten, maar met zeer voorzichtige tred en zou hiermee de louter absolute, minimale, reeds lang toegepaste basisbeginselen codificeren.

Slachtoffers van seksueel geweld verdienen meer.

9 BIBLIOGRAFIE

9.1 Wetgeving

9.1.1 Verdragen Raad van Europa

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Council of Europe Treaty Series*, No. 5.

The Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, *Council of Europe Treaty Series*, No. 164.

The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, *Council of Europe Treaty Series*, No. 210.

The Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, *Council of Europe Treaty Series*, No. 197.

The Council of Europe Explanatory Report on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (16 May 2005), *Council of Europe Treaty Series*, No. 197.

9.1.2 Wetgeving Europese Unie

Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), *Pb.L.* 4 mei 2016, nr. 119/1.

Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *Pb.L.* 23 november 1995, nr. 281/31.

Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *Pb.L.* 31 juli 2002, nr. 201/37.

Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad, *Pb.L.* 15 april 2011, nr. 101/1.

Richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad, *Pb.L.* 17 December 2011, nr. 335/1.

Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad van 19 juli 2002 inzake bestrijding van mensenhandel, *Pb.L.* 1 augustus 2002, nr. 203/1.

9.1.3 Internationale bronnen

UNODC, *UN Legislative guide for the implementation of the Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime*, 2017,

https://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/03%20Legislative%20guide_Trafficking%20in%20Persons%20Protocol.pdf, 317 p.

World Health Organisation, *Disabilities*, <https://www.who.int/topics/disabilities/en/> (consultatie 15 april 2019).

Committee on the elimination of discrimination against women, *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, 9 maart 2012, nr. 24,

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-NOR-CO-8.pdf> (consultatie 4 april 2018).

9.1.4 Europese bronnen

Mededeling (COM/2000/0854) van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: Bestrijding van mensenhandel en bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, *Pb.L.* 21 december 2000.

Article 29 Working Party, "Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context", *European Commission* 2001.

European Charter of Patients' rights of the Active Citizenship Network (November 2002), http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/active_citizenship_network_en.pdf.

European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2nd edition of the European Sourcebook Group (December 2003), http://wp.unil.ch/europeansourcebook/files/2012/06/Codebook_SBK_2nd-ed_r-1.pdf.

Article 29 Working Party, "Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR)", *European Commission* 2007.

European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 4th edition of the European Sourcebook Group (June 2008) http://wp.unil.ch/europeansourcebook/files/2012/06/Codebook_SBK_4th-ed_rev080918_r-11.pdf.

Voorstel (COM/2010/0065) voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers, en tot intrekking van Kaderbesluit 2002/629/JBZ, *Pb.L.* 29 maart 2010.

Article 29 Working Party, "Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP 187)", *European Commission* 2011.

European Women's Lobby, *EWL Barometer on Rape in the EU 2013*, https://www.womenlobby.org/IMG/pdf/ewl_barometre_final_11092013.pdf.

Article 29 Working Party, "Opinion 3/2013 on purpose limitation (WP 203)", *European Commission* 2013.

Article 29 Working Party, "Guidelines on consent under Regulation 2016/679 (WP 259)", *European Commission* 2018.

Report (COM/2018/777) from the Commission to the European Parliament and the Council on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2018) as required under Article 20 of the Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, *Pb.L.* 3 december 2018.

European Women's Lobby, <https://womenlobby.org/?lang=en> (consultatie 20 oktober 2018).

European Sourcebook group, <https://www.esc-eurocrim.org/index.php/activities/working-groups/46-european-sourcebook-group> (consultatie 25 oktober 2018).

The European Institute for Gender Equality, *Legal Definitions in the EU Member States*, [https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu?vt\[0\]=124](https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu?vt[0]=124) (consultatie 25 oktober 2018).

9.1.5 Buitenlandse wetgeving

De Zweedse Regering, *Press release: New sexual offence legislation based on consent*, <http://www.government.se/press-releases/2017/12/new-sexual-offence-legislation-based-on-consent/> (consultatie 4 april 2018).

De Zweedse regering, *Wetsvoorstel*, <http://www.regeringen.se/4b00ca/contentassets/3f31cebd430043d59bbd91195721b4b2/en-ny-sexualbrottslagstiftning-byggd-pa-frivillighet> (consultatie 4 april 2018).

Ministerie van Justitie Zweden, *Chapter 6 of the Swedish Penal Code (unofficial translation)*, <https://www.government.se/4a95e7/contentassets/602a1b5a8d65426496402d99e19325d5/chapter-6-of-the-swedish-penal-code-unofficial-translation-20181005> (consultatie 4 april 2018).

De Zweedse regering, *Consent – the basic requirement of new sexual offences legislation*, <https://www.government.se/48e153/contentassets/bd47f8d9200f49fe95fb9821cb749363/consent--the-basic-requirement-of-new-sexual-offences-legislation.pdf> (consultatie 4 april 2018).

9.1.6 Nationale wetgeving

Strafwetboek 1867.

Wet van 15 mei 1912 op de kindbescherming, *BS* 27-28-29 mei 1912.

Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 31 december 1980.

Wet van 4 juli 1989 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf verkrachting, *BS* 18 juli 1989.

Wet van 13 april 1995 houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de mensensmokkel, *BS* 25 april 1995.

Wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *BS* 17 maart 2001.

Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, *BS* 26 september 2002.

Wet van 10 augustus 2005 tot wijziging van diverse bepalingen met het oog op de versterking van de strijd tegen mensenhandel en mensensmokkel en tegen praktijken van huisjesmelkers, *BS* 2 september 2005.

Wet van 26 november 2011 tot wijziging en aanvulling van het Strafwetboek teneinde het misbruik van de zwakke toestand van personen strafbaar te stellen, en de strafrechtelijke bescherming van kwetsbare personen tegen mishandeling uit te breiden, *BS* 23 januari 2012.

Wet van 19 januari 2012 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 17 februari 2012.

Wet van 1 februari 2016 tot wijziging van diverse bepalingen wat de aanranding van de eerbaarheid en het voyeurisme betreft, *BS* 19 februari 2016.

9.1.7 Parlementaire stukken

Wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1980-81, nr. 857/1.

Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1981-82, nr. 166/2.

Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1981-82, nr. 166/8.

Verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Senaat 1984-85, nr. 306/2, 11.

Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Senaat 1988-89, nr. 675/2, 4.

Verslag bij het wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende het misdrijf van verkrachting, *Parl.St.* Kamer 1988-89, nr. 702/4.

Hand. Kamer 1988-89, 21 juni 1989, 2787.

Verslag over het voorstel van resolutie betreffende het Verdrag van de Raad van Europa inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde, wat het onderzoek op embryo's in vitro betreft, *Parl.St.* Senaat 1997-1998, nr. 1-1055/1.

Wetsontwerp betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen, *Parl.St.* Kamer 1999, nr. 1907/1.

Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 50-1642/001.

Verslag over het wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 50-1642/012.

Wetsontwerp tot wijziging van diverse bepalingen met het oog op de versterking van de strijd tegen mensenhandel en mensensmokkel, *Parl.St.* Kamer 2005, nr. 51-1560/001.

Wetsvoorstel tot invoeging van de artikelen 442quater en 442quinquies in het Strafwetboek, met het oog op de strafbaarstelling van de mentale destabilisatie van personen en van het misbruik van personen in een verzwakte positie, *Parl.St.* Kamer 2010, nr. 0080/001.

Amendement op het wetsvoorstel tot invoeging van de artikelen 442quater en 442quinquies in het Strafwetboek, met het oog op de strafbaarstelling van de mentale destabilisatie van personen en van het misbruik van personen in een verzwakte positie, *Parl.St.* Kamer 2011, nr. 0080/004.

Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafbaarstelling van de aanranding van de eerbaarheid betreft, *Parl.St. Kamer* 2014-15, nr. 0699/001, 5.

Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafbaarstelling van de aanranding van de eerbaarheid betreft, *Parl.St. Kamer* 2014-2015, nr. 0699/002.

Amendement op het wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafbaarstelling van de aanranding van de eerbaarheid betreft, *Parl.St. Kamer* 2014-2015, nr. 0699/003.

Wetsontwerp tot wijziging van diverse bepalingen wat de aanranding van de eerbaarheid en het voyeurisme betreft, *Parl.St. Kamer* 2016, nr. 0699/015.

Wetsvoorstel tot invoering van een nieuw Strafwetboek – Boek 1 en Boek 2, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3651/001.

Adv.RvS nr. 64.121/1 en 64.126/1 over een voorontwerp van Strafwetboek – Boek 2 (64.121/1) en Strafwetboek – Boek 1 (artikel 34) (64.126/1), <http://www.raadvst-consetat.be>.

9.2 Rechtspraak

9.2.1 Europese rechtspraak

HvJ 11 juli 2006, nr. C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, Sonia Chacon Navas/Eurest Colectividades SA.

EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98, M.C./Bulgarije.

EHRM 17 februari 2005, nr. 42758/98 en 45558/99, K.A. en A.D./België.

EHRM 21 januari 2011, nr.30696/09, M.S.S./Griekenland en België.

EHRM 10 maart 2011, nr. 2700/10, Kiyutin/Russia.

EHRM 12 november 2013, nr. 5786/08, Söderman/Zweden.

EHRM 3 oktober 2016, nr. 552/10, I.B./Greece.

9.2.2 Nationale rechtspraak

GwH 4 juni 2009, nr. 93/2009, *BS* 30 juli 2009, 51458-51464.

GwH 29 oktober 2009, nr. 167/2009, *RW* 2010-11, nr. 4, 1-4.

Cass. (2^e k.) 3 juni 1940, *Pas* 1940 I, 158 en *arr.Cass.* 1940, 60-61.

Cass. (2^e k.) 11 februari 1942, *Pas.* 1942, 40-41.

Cass. (2^e k.) 24 mei 1965, *Pas.* 1965, I, 1030-1036.

Cass. (2^e k.) 20 januari 1975, *Arr.Cass.* 1974-1975, 553-554.

Cass. (2^e k.) 8 december 1981, *Arr.Cass.* 1981-1982, 483-485.

Cass. (2^e k.) 7 maart 1989, *Arr. Cass.* 1988-1989, II, 768-773.

Cass. (2^e k.) 26 juni 1996, AR P.96.0633.F.

Cass. (2^e k.) 7 januari 1997, AR P.95.1312.N

Cass. (2^e k.) 6 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 3, 11-24.

Cass. (2^e k.) 2 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1365.

Cass. (2^e k.) 6 oktober 2004, P.040665.F.

Cass. (2^e k.) 20 september 2005, AR P.05.0876.N.

Cass. (2^e k.) 17 oktober 2007, AR P.07.0726.F.

Cass. (2^e k.) 30 oktober 2007, AR P.07.0982.N.

Cass. (2^e k.) 23 januari 2008, AR P.08.0105.F.

Cass. (2^e k.) 24 mei 2011, AR P.10.1990.N.

Cass. (2^e k.) 9 oktober 2012, AR P.11.2120.N.

Cass. (2^e k.) 27 november 2013, AR P.13.0714.F.

Cass. (2^e k.) 31 maart 2015, AR P.14.0293.N.

Cass. (2^e k.) 4 januari 2017, AR P.16.0871.F.

Bruxelles 21 juin 1979, *Rev.dr.pén.* 1980 275-277.

Antwerpen 17 december 2008, nr 35.P.2008, www.juridat.be.

Antwerpen 3 april 2012, onuitg.

Gent 18 december 2015, nr. 2015/NT/687, www.juridat.be.

Gent 1 juni 2018, *RABG* 2019/3-4, 226-233.

Corr. Brussel 24 nov 1969, *JT* 1970, 121-123.

Corr. Brussel 5 januari 1999, *JT* 1999, 2, 627.

Corr. Brugge 19 juni 2007, www.diversiteit.be.

Corr. Brugge 7 november 2011, *TGR* 2012, 209-213.

Corr. Tongeren 24 november 2011, *Limb.Rechtsl.* 2012, 147.

Corr. Limburg, 16 november 2018, onuitg.

9.3 Rechtsleer

9.3.1 Boeken

BAECK, J., *Rechtsmethodiek Vaardigheden I – Deel 1: opzoeken en analyseren van rechtspraak*, Leuven, Acco, 2015, 158 p.

DE HONDT, L., *Code Pénal avec la traduction Flamande*, Gent, Hoste, 1867, 409 p.

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

DECORTE, T. en ZAITCH, D., *Kwalitatieve methoden en technieken in de criminologie*, Leuven, Acco, 2016, 601 p.

DELBROUCK, I., *Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting*, Brugge, Die Keure, 2015, 158 p.

DIERICKX, A., *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, xxxiii + 561 p.

FAHMY ABDOU, A., *Le consentement de la victime*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, 623 p.

HARDYNS, W., *Onderzoeksmethoden*, onuitg., 2016-17, 256 p.

KENNES, L., *Alleen ja telt: hoe seksueel geweld stoppen?*, Antwerpen, Polis, 2018, 253 p.

MARTYN, G. en OPSOMMER, R., *Geschiedenis van de politiek en van het publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2008, x + 352 p.

MASSET, A., GENEVIEVE, C., CORNEILLE, S., DE DECKER, S., GAZAN, F., LOUWETTE, S., VERMEULEN, G. en WATTIER, I., *La poursuite et le traitement des auteurs d'infractions à caractère sexual*, Bruges, La Charte, 2009, 205 p.

NYPELS, J. S. G., *Législation criminelle de la Belgique, ou Commentaire et complément du code pénal belge*, III, Brussel, Bruylant-Christophe, 1867, 856 p.

STEVENS, L., *Strafrecht en seksualiteit*, Antwerpen, Intersentia, 2002, xxv + 601 p.

VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Boek 1 Strafrecht, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2014, xxxi + 560 p.

9.3.2 Bijdragen in verzamelwerken

AENDENBOOM, I., "De strijd tegen de mensenhandel met het oog op economische uitbuiting. Van blanke slavinnen naar "moderne" slaven" in X, *Migratie- en migrantenrecht - Deel 15 (Ontwikkelingen in het Europees, Belgisch en Vlaams arbeidsmigratierecht)*, Brugge, die Keure, 2014, 235-260.

CAUFFMAN, C., "De gekwalificeerde benadeling" in DIRIX E., VAN OEVELEN A., *Bijzondere overeenkomsten: Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 53-74.

DE BECKER, B., DE TAVERNIER, P., JESPERS, H., LIEVENS, J., MINNAERT, M., SENAËVE, P., TREMMERY, J., VALCKENBORGH, A., VAN PASSEL, M. en VERSLUYS, L., "Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting" in X, *Recente ontwikkelingen en topics van Familierecht*, Gent, Larcier, 2009, 270-292.

DELBROUCK, I., "Aanranding van de eerbaarheid" in BEKE, G., BERKMOES H. en BERBUTO, S. et al., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, losbl., A20/1-A20/19.

DELBROUCK, I., "Verkrachting" in BEKE, G., BERKMOES H., en BERBUTO, S. et al., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, losbl., V130/01-V130/42.

DELBROUCK, I., "Voyeurisme", *Postal Memorialis* 2016, V225/1-V225/11.

MARLIER, G., en SPRIET, B., "Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting in het begin van de 21ste eeuw (2000-2012)" in VERBRUGGEN, F., SPRIET, B., VERSTRAETEN R., (eds.), *Themis 79 Straf- en strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 81-154.

PASCOAL, R., "Are men victims of THB considered vulnerable? The study case of labour exploitation of Romanian men in agriculture." in BACIU, E.-L. en TOMITA, M. A., *Proceedings – SIEO: social inclusion and equal opportunities*, Bologna, Filodiritto Publisher, 2016, 179-186.

SPRIET, B., "(Lichaams)grens aan verkrachting van Antwerpse vrijspraak tot nieuwe wetgeving?" in DERUYCK, F., GOETHALS, E., HUYBRECHTS, L., LECLERCQ, J.-F., ROZIE, J., ROZIE, M., TRAEST, P., VERSTRAETEN, R., (eds.), *Amicus Curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 317-334.

TACK S., en VANSWEEVELT, T., "Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming" in DEWALLENS, F. en VANSWEEVELT, T., *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Mortsel, Intersentia, 2014, 355-462.

VENY, L., "Patients Rights: the Right to Give Informed Consent to Medical Treatments from European and Belgian Perspectives" in X, *Health Law*, Boekarest, Pro Universitaria, 2018, 348-367.

WATTIER, I., "Les infractions d'attentat à la pudeur et de viol. Etat du droit positif et questions métapositives" in X, *La poursuite et le traitement des auteurs d'infractions à caractère sexual*, Bruges, La Charte, 2009, 17-73.

9.3.3 Bijdragen in tijdschriften

AL TAMIMI, Y., "The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights", *European Journal of Human Rights* 2016/5, 561-583.

ARNOU, L., "Toestemming tot seksueel contact is onvoorwaardelijk en alomvattend", *Juristenkrant* 1999, afl. 8, 4.

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

BOECKXSTAENS, J., en SPRIET, B., "Het nieuwe misdrijf van voyeurisme en een aanpassing van het misdrijf van aanranding van de eerbaarheid en van verkrachting", *T. Strafr.* 2016/03, 207-223.

BRODSKY, A., "Rape-adjacent': imagining legal responses to nonconsensual condom removal", *Columbia Journal of Gender and Law* 2017, 32.2, 183-209.

COLETTE, M., "Aanranding van de eerbaarheid en seksuele integriteit" (noot onder Cass. 24 mei 2011), *TJK* 2012/2, 149-159.

DE CORTE, T., "'Voor de overlevenden' Ervaringen en beproevingen van slachtoffers van seksueel misbruik in de Katholieke Kerk", *Panopticon* 2012, nr. 33, 24-42.

DE HERT, P. en KETELS, B., "Seksleven Assange als excuus voor overlevering: zo leak als een zeef?", *Juristenkrant* 2011, afl. 221, 13.

DE NAUW, A., "Overzicht rechtspraak bijzonder strafrecht 1998-1999: Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting", *T. Strafr.* 2000, 89-99.

DELBROUCK, I., "Aanranding van de eerbaarheid – Het misdrijf" in X, *Comm. Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 17-50.

DELBROUCK, I., "Noot: voyeurisme nader bekeken" (noot onder Corr. Tongeren 24 november 2012), *Limb.Rechtsl.* 2012, 147-150.

DIERICKX, A., "Borderliner duidelijk onbekwaam om toe te stemmen met seks?" (noot onder Antwerpen 29 juni 2004), *NC* 2007, 64-73.

DIERICKX, A., "De seksuele penetratie en de geldige toestemming in het licht van het misdrijf verkrachting" (noot onder Cass. 17 oktober 2007), *NC* 2010, 80-84.

DIERICKX, A., "Hoe ver reikt de bescherming van de strafbepalingen van aanranding van de eerbaarheid en verkrachting?", *NC* 2006, 95-108.

DIERICKX, A., "Noopt nieuwe seksuele criminaliteit tot nieuwe seksuele misdrijven?", *NC* 2017, 207-239.

GRAUPNER, H., "Sexual Consent: The Criminal Law in Europe and Overseas", *Archives of Sexual Behavior* 2000, Vol. 29, No. 5, 415-461.

KETELS, B., "De beperkte draagwijdte en het herroepelijk karakter van seksuele toestemming" (noot onder Cass. 17 oktober 2007), *RW* 2008-09, afl. 14, 570-573.

KETELS, B., "De strafrechtelijke context van risicovol seksueel gedrag", *T. Strafr.* 2008, nr. 5, 354-374.

KETELS, B. en VERMEULEN, G., "Grondwettelijk Hof verfijnt onderscheid leeftijdsgrens verkrachting en aanranding", *De Juristenkrant* 2010, 4-5.

KETELS, B., "Onveilige boemboem zonder blabla levert verkrachting en schuldig verzuim op", *Juristenkrant* 2019, afl. 385, 5.

KETELS, B., "Volstaat de afwezigheid van toestemming voor aanranding van de eerbaarheid met geweld of bedreiging?" (noot onder Cass. 24 mei 2011), *NC* 2012, 60-68.

LANGBEEN, L., "Geweld en bedreigingen in art. 373 Sw.", *RW* 1954-1955, 1281-1290.

MASSET, A., Viol entre époux - Sodomie-Sida. Quelques réflexions de droit pénal à propos de l'intégrité sexuelle, *JT* 1989, 17-24

MELIS, B., "Kan men na de toestemming nog van verkrachting spreken? Eens ja, altijd ja?!" (noot onder Corr. Antwerpen 28 maart 2003), *RABG* 2005, 1536-1538.

MERCKX, D., "Verkrachting – De verzwarende omstandigheden", X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 159-191;

MERCKX, D., "Verkrachting – het misdrijf" in X, *Comm.Straf.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 67-126.

PITAGORA, D., "Consent vs. Coercion: BDSM Interactions Highlight a Fine but Immutable Line", *The New School Psychology Bulletin* 2013, vol. 10/1, 27-36.

STEVENS, L., "Europese rechtspraak rechten van de mens in kort bestek: EHRM 4 december 2003", *RW* 2004-05, afl. 31, 1235-1237.

STEVENS, L., "Kijken mag, aankomen niet?", *RW* 2014-15, nr. 39, 1522.

STEVENS, L. "Vrijen in het ouderlijk huis" (noot onder Corr. Kortrijk 28 maart 2006), *TJK* 2006, nr. 2006/5, 389-391.

VANDENBERGHE, M., “De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en de al dan niet toekenning van de vluchtelingenstatus aan kwetsbare asielzoekers met een gendergerelateerde asielclaim”, *T. Vreemd.* 2016, afl. 3, 326-351.

VANDROMME, S., “Geen probleem met verschil in leeftijdsgrens verkrachting en aanranding”, *De Juristenkrant* 2009, 5.

VANDROMME, S., “Stealththing is verkrachting”, *Juristenkrant* 2017, afl. 349, 16.

VANDROMME, S., “Voyeurisme”, *Juristenkrant* 2015, 16.

VANDROMME, S., “Zijn het stiekem filmen van seksuele betrekkingen en andere vormen van voyeurisme strafbaar als aanranding van de eerbaarheid?”, *T. Strafr.* 2014/6, 364-370.

VANWALLEGHEM, P., “Cassatie zet seksuele bescherming van min-16-jarigen centraal”, *De Juristenkrant* 2015, 2.

VERBRUGGEN, F., “noot: Gebrek aan toestemming als constitutief bestanddeel bij verkrachting van een mentaal gehandicapte minderjarige”, *AJT* 1995-96, 472-476.

9.4 Online bronnen

HEYLEN, K., *Voyeurisme blijkt moeilijk te bestraffen*,

https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2015/04/09/voyeurisme_blijktmoeilijktebestrafen-1-2298646/ (consultatie 23 april 2019).

KULDOVA, T. en PFALLER, R., *Explicit consent! Swedish seks bill and pseudo-politics of awareness raising*, <http://www.injustice-film.com/2018/01/04/explicit-consent-swedish-sex-bill-pseudo-politics-awareness-raising/>. (consultatie 4 april 2018).

<https://www.vandale.nl/zoeken/zoeken.do> (consultatie 25 oktober 2018).

NEYT, G., *HoGent over voyeurisme onder de douche: “Wij hebben geen idee over hoeveel beelden het gaat*, https://www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20180311_03402345 (consultatie 23 april 2019).

SELTZER, L. F., *Trauma and the Freeze Response: Good, Bad, or Both?*,

<https://www.psychologytoday.com/us/blog/evolution-the-self/201507/trauma-and-the-freeze-response-good-bad-or-both> (consultatie 23 maart 2019).

X, *Castration of Odin: On the New Sexual-Consent Law in Sweden*,

<https://culturalanalysis.net/2017/12/22/castration-odin-new-sexual-consent-legislation-sweden/> (consultatie 4 april 2018).

X, *Dark number*, https://nl.wikipedia.org/wiki/Dark_number (consultatie 13 oktober 2018).

- X, *Date rape drug*, https://en.wikipedia.org/wiki/Date_rape_drug (consultatie 12 april 2019).
- X, *Disease*, <https://en.wikipedia.org/wiki/Disease> (consultatie 15 april 2019).
- X, *DSM 5*, <https://www.dsm5online.nl/>
- X, *Gezag*, <https://nl.wikipedia.org/wiki/Gezag> (consultatie 17 april 2019).
- X, *MeToo (hashtag)*, [https://nl.wikipedia.org/wiki/MeToo_\(hashtag\)](https://nl.wikipedia.org/wiki/MeToo_(hashtag)) (consultatie 15 februari 2018).
- X, *The Americans with Disabilities Act of 1990*, https://en.wikipedia.org/wiki/Disability#The_Americans_with_Disabilities_Act_of_1990 (consultatie 15 april 2019).
- X, *US military reports major spike in sex assaults*, https://www.bbc.com/news/world-us-canada-48125906?ocid=socialflow_facebook&ns_source=facebook&ns_campaign=bbcnews&ns_mchannel=social&fbclid=IwAR2_whzH5CTOt3o9HB0p3r9sduplS3rXpZMBwUWuk49ZEAQtXcrVZII3is4 (consultatie 3 mei 2019).
- X, *Vandale*, <https://www.vandale.be/>
- X, *Ziekte*, <https://nl.wikipedia.org/wiki/Ziekte#Beschrijving> (consultatie 15 april 2019).
- X, *Zweden past zedenwet aan: Seks voortaan alleen met uitdrukkelijke toestemming*, <https://joop.bnnvara.nl/nieuws/zweden-past-zedenwet-aan-seks-voortaan-alleen-uitdrukkelijke-toestemming> (consultatie 4 april 2018).