

# Medische interventies ter preventie van recidive

## Over vrijwilligheid en de houdbaarheid van het onderscheid tussen dwang en drang

Mr. dr. J. Bijlsma\* en mr. dr. S.L.T.J. Ligthart\*\*

### 1. Inleiding

Steeds meer wetenschappelijk onderzoek suggereert dat de kans op recidive kan worden verminderd door de hersenen van veroordeelden te stimuleren, bijvoorbeeld door middel van psychofarmaca en door technieken zoals *transcranial direct current stimulation* en diepe hersenstimulatie. Vermoedelijk kunnen dergelijke medische interventies – vaak aangeduid als ‘neuro-interventies’ – worden toegepast op een brede groep delinquenten, omdat zij betrekkelijk generieke met recidivegevaar verband houdende factoren zoals agressiviteit beogen te beïnvloeden.<sup>1</sup> Ook in Nederland worden mogelijke toepassingen van neuro-interventies in de strafrechtspleging onderzocht. Dergelijke interventies kunnen het bestaande arsenaal van langdurige behandeling tot relatief kortlopende gedragsinterventies om recidive te voorkomen mogelijk aanvullen en verrijken.<sup>2</sup>

Doorgaans wordt aangenomen dat interventies met een medisch karakter uitsluitend mogen plaatsvinden met geïnformeerde en vrijwillige toestemming van de betrokkene. Ten aanzien van medische interventies in het strafrecht is vooral de *vrijwilligheid* van toestemming onderwerp van discussie.<sup>3</sup> Hoewel het fysiek afdwingen van medische ingrepen in beginsel niet is toegestaan in het Nederlandse sanctierecht, kan een medische interventie wel deel uitmaken van een in het kader van de terbeschikkingstelling aangeboden behandeling, of als bijzondere voorwaarde aan een sanctie worden verbonden. Kan in een situatie waarin de veroordeelde zich geconfronteerd ziet met de keuze tussen (verdere) vrijheidsbeneming of deelname aan een medische interventie, nog van geldige – dus: vrijwillige – toestemming worden gesproken? Nu nieuwe medische technieken, zoals neuro-interventies,

mogelijk kunnen bijdragen aan recidivevermindering van een betrekkelijk grote groep delinquenten, lijkt de vraag naar de vrijwilligheid van toestemming voor medische interventies in het strafrecht actueler dan ooit.<sup>4</sup>

Deze vraag wordt in dit artikel onderzocht. Hierbij maken we gebruik van inzichten uit de reeds langer lopende ethische discussie, die thans vooral gericht is op het mogelijk aanbieden van neuro-interventies aan veroordeelde delinquenten. Meer specifiek betrekken we in onze analyse een conceptueel onderscheid tussen een ‘aanbod’ en een ‘dreigement’, dat in de ethiek gebruikt wordt voor de beoordeling van vrijwilligheid van toestemming. Ook kijken we naar de positie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over drang, dwang en vrijwillige toestemming voor medische interventies. In het licht van de te bespreken ethische perspectieven en Straatsburgse rechtspraak en de toepassing daarvan op Nederlandse sanctiemodaliteiten, concluderen we dat het onderscheid tussen *dwang* en *drang*, dat thans leidend is in het Nederlandse strafrecht, simplistisch is en daarom niet overtuigt. Nadere gedachtevorming over het (on)vrijwillige karakter van medische interventies in het strafrecht is daarom gewenst, zeker nu nieuwe technieken mogelijk op een relatief brede groep veroordeelden kunnen worden toegepast. We vangen aan met een bespreking van het actuele debat over de opkomst van neuro-interventies en de betekenis van vrijwilligheid in dit kader.

### 2. De actuele discussie: strafrechtelijke neuro-interventies en vrijwilligheid

#### 2.1. Strafrechtelijke neuro-interventies

Een strafrechtelijke neuro-interventie wordt in de literatuur gedefinieerd als een interventie die het brein en

\* Johannes Bijlsma is universitair hoofddocent strafrecht aan de Universiteit Utrecht en verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen (WPI) en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL).

\*\* Sjos Ligthart is universitair docent aan Tilburg University, Department of Criminal Law, en als postdoc verbonden aan de Universiteit Utrecht, WPI en UCALL. Zijn bijdrage maakt deel uit van het project Law and Ethics of Neurotechnologies in Criminal Justice (projectcode VI.C.201.067) van het onderzoeksprogramma VICI dat wordt gefinancierd door het NWO.

1. Zie paragraaf 2.

2. L.J.M. Cornet e.a., *Neurowetenschappelijke toepassingen in de jeugdstrafrechtketen* (onderzoek in opdracht van het WODC), Den Haag: Boom 2016. Zie ook J.D.M. van Dongen & C.S. Sergiou, *Transcranial direct current stimulation (tdcs) als nieuwe interventie voor het reduceren van gewelddadig gedrag bij forensische patiënten met stoornissen in het middelengebruik*, 2021.

3. Zie bijvoorbeeld J. McMillan, ‘The kindest cut? Surgical castration, sex offenders and coercive offers’, *Journal of Medical Ethics* 2014, 40, p. 583-590.

4. J. Pugh, ‘Coercion and the neurocorrective offer’, in: D. Birks & T. Douglas (red.), *Treatment for crime: philosophical essays on neurointerventions in criminal justice*, Oxford: Oxford University Press 2018; J. Ryberg, *Neurointerventions, crime, and punishment: ethical considerations*, New York: Oxford University Press 2019, hfdst. 2; F. Focquaert, K. Van Assche & S. Sterckx, ‘Offering neurointerventions to offenders with cognitive-emotional impairments: ethical and criminal justice aspects’, in: N.A. Vincent, T. Nadelhoffer & A. McCay (red.), *Neurointerventions and the law: regulating human mental capacity*, New York: Oxford University Press 2020; S.L.T.J. Ligthart, *Coercive brain-reading in criminal law: an analysis of European human rights law* (diss. Tilburg), Tilburg: Studio 2021, par. 2.7 en 8.2 (Ligthart 2021a).

daarmee mentale eigenschappen direct stimuleert,<sup>5</sup> zonder tussenkomst van psychologische processen, en die gericht is op het beperken van iemands recidiverisico.<sup>6</sup> Voorbeelden zijn farmaceutische interventies zoals chemische castratie en neurotechnologische toepassingen zoals *transcranial direct current stimulation* (tdcs) en *deep brain stimulation* (dbs).

Neuro-interventies zijn niet nieuw in het strafrecht. Zij kennen een beladen geschiedenis. De toepassing in het verleden van onder andere lobotomie om delinquenten met en zonder stoornis te ‘genezen’, was zeer problematisch.<sup>7</sup> Lobotomie is tot de jaren zestig van de vorige eeuw wereldwijd veelvuldig toegepast,<sup>8</sup> vermoedelijk ook in de Nederlandse strafrechtspleging.<sup>9</sup> Deze geschiedenis hangt als een schaduw over het actuele debat over neuro-interventies.<sup>10</sup> Neuro-interventies zijn echter nooit geheel verdwenen uit het strafrecht. Een neuro-interventie die momenteel in het Nederlandse strafrecht wordt toegepast, is ‘chemische castratie’ door middel van libidoremmende middelen.<sup>11</sup> Een zoekslag op rechtspraak.nl leert dat libidoremmende middelen regelmatig worden gebruikt in het kader van een tbs-behandeling.<sup>12</sup> Soms wordt het gebruik van deze middelen ook als bijzondere voorwaarde aan een voorwaardelijke veroordeling verbonden.<sup>13</sup> Ook andere psychofarmaca, zoals antipsychotica, kunnen onderdeel zijn van een tbs-behandeling of deel uitmaken van een bijzondere voorwaarde.<sup>14</sup>

Naast het reeds bestaande gebruik van farmaceutische neuro-interventies in het strafrecht, wordt momenteel ook onderzoek gedaan naar de mogelijke toepassing van neurotechnologieën die agressiviteit en impulsiviteit kunnen verminderen, of empathie kunnen bevorderen.<sup>15</sup>

Een recent Rotterdams dubbelblind onderzoek in een groep van vijftig agressieve forensische patiënten met cocaïne- en alcoholmisbruik, laat bijvoorbeeld zien dat tdcs een significante afname van gewelddadige reacties op een ‘agressietaak’ toont.<sup>16</sup> Volgens de Hersenstichting is tdcs een veilige, eenvoudige en relatief goedkope techniek waarbij elektroden op de schedel het brein van buitenaf stimuleren.<sup>17</sup> In het Rotterdamse onderzoek bestond de behandeling uit elektroden die op de hoofdhuid werden geplaatst en die gedurende twintig minuten met lichte elektrische impulsen de activiteit in de prefrontale cortex verhoogden. De prefrontale cortex is een gebied in het voorste deel van de hersenen dat onder meer betrokken is bij cognitieve en emotionele functies, zoals sociaal gedrag en impulscontrole. Verminderde activiteit in dit deel van het brein is in verband gebracht met agressie. De tdcs-behandeling werd twee keer per dag gedurende vijf opeenvolgende dagen toegepast. De onderzoekers concluderen: ‘De resultaten tonen daarmee het potentieel van tdcs als interventie in de forensische geestelijke gezondheidszorg.’<sup>18</sup>

Een andere techniek is diepe hersenstimulatie. Met deze techniek kunnen de hersenen (nog) gerichter gestimuleerd worden dan met tdcs. Diepe hersenstimulatie kan mogelijk worden gebruikt voor het langdurig verminderen van agressiviteit,<sup>19</sup> hetgeen recidiveverlagend kan werken. In dit geval verloopt de stimulatie via een in de hersenen ingebracht implantaat dat gevoed wordt door een batterij die achter het sleutelbeen wordt geplaatst. Diepe hersenstimulatie vergt chirurgisch ingrijpen en is (dus) invasief. Voor sommige neuro-interventies geldt dat toepassing beperkt is tot een specifieke groep delinquenten. Denk bijvoorbeeld aan het gebruik van libidoremmers door

5. J.C. Bublitz, ‘Why means matter: legally relevant differences between direct and indirect interventions into other minds’, in: N.A. Vincent, T. Nadelhoffer & A. McCay (red.), *Neurointerventions and the law: regulating human mental capacity*, New York: Oxford University Press 2020, p. 49-88.
6. T. Douglas & D. Birks, ‘Introduction’, in: Birks & Douglas 2018, p. 2; S.L.T.J. Ligthart, ‘Neurotechnieken in het strafrecht: perspectieven op rechtsbescherming’, *DD* 2021/52 (Ligthart 2021b).
7. Uit een redactioneel commentaar uit 1948 in *The Yale law journal* (‘Toward rehabilitation of criminals: appraisal of statutory treatment of mentally disordered recidivists’, *The Yale law journal* 1948, p. 1085-1113, p. 1097-1098) spreken de grote verwachtingen waarmee lobotomie aanvankelijk was omgeven.
8. R.A. Robison e.a., ‘Surgery of the mind, mood, and conscious state: an idea in evolution’, *World neurosurgery* 2012, p. 662-686, p. 668, DOI: 10.1016/j.wneu.2012.03.005.
9. G.T. Kempe, ‘De bijzondere voorwaarden’, in: *Praeadviezen ter gelegenheid van de studiedag voor de reclassering 1956*, Den Haag: Nationaal Bureau voor Reclassering 1956, p. 39-64, p. 51-52.
10. E. McTernan, ‘Those who forget the past’, in: Birks & Douglas 2018, p. 274-288; F.X. Shen, ‘The overlooked history of neurolaw’, *Fordham law review* 2016, p. 667-696.
11. (Chirurgische) castratie van zedendelinquenten heeft eveneens een problematische geschiedenis. Uit onderzoek van J. Vijselaar e.a. (*Therapeutische castratie en andere psychiatrische behandelingen van zedendelinquenten 1920-1970*, Den Haag: ZonMw 2015) blijkt dat in de jaren 1920-1970 niet alleen met zekerheid 540 tbr-gestelden chirurgisch werden gecastreerd, castratie werd ook als bijzondere voorwaarde verbonden aan sepot, voorwaardelijke veroordeling of gratieverlening. Een dergelijke onomkeerbare ingreep wordt tegenwoordig ontoelaatbaar geacht (F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde. Een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten* (diss. Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 99-100).
12. Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 13 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4411.
13. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 4 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2428.
14. Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 3 augustus 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3089.
15. J. Fuss e.a., ‘Deep brain stimulation to reduce sexual drive’, *Journal of psychiatry and neuroscience* 2015, p. 429-431, DOI: 10.1503/jpn.150003; A. Molero-Chamizo e.a., ‘Bilateral prefrontal cortex anodal tdcs effects on self-reported aggressiveness in imprisoned violent offenders’, *Neuroscience* 2019, 397, p. 31-40.
16. Van Dongen & Sergiou 2021. Zie ook C.S. Sergiou e.a., ‘Transcranial direct current stimulation (tdcs) as an intervention to improve empathic abilities and reduce violent behavior in forensic offenders: study protocol for a randomized controlled trial’, *Trials* 2020, DOI: 10.1186/s13063-020-4074-0.
17. hersenstichting.nl (gezocht op <tdcs>, laatst geraadpleegd op 26 maart 2021).
18. Van Dongen & Sergiou 2021, p. 5.
19. Fuss e.a. 2015; C.V. Torres e.a., ‘Deep brain stimulation for aggressiveness: long-term follow-up and tractography study of the stimulated brain areas’, *Journal of neurosurgery* 2020, p. 366-375, DOI: 10.3171/2019.11.JNS192608.

een betrekkelijk kleine groep zedendelinquenten. Maar er zijn ook interventies die, in potentie, juist een betrekkelijk ruim bereik lijken te hebben. Zo schrijven de Rotterdamse onderzoekers dat de resultaten van hun onderzoek waarschijnlijk ‘diagnose-overstijgend’ zijn: ‘[d]aarmee bedoelen wij dat tdc’s als interventie voor het reduceren van agressie ook effectief zou kunnen zijn bij een bredere populatie justitiabelen.’<sup>20</sup> Van psychofarmaca is al langer bekend dat zij ook op mensen die niet lijden aan een stoornis effect kunnen hebben dat kan bijdragen aan het beperken van recidive. Zo bleek in 2010 toediening van het antidepressivum Citalopram aan een gezonde onderzoekspopulatie te leiden tot een grotere afkeer van het toebrengen van schade aan anderen.<sup>21</sup> De kans is dan ook aanwezig dat neuro-interventies in de toekomst vaker en op een bredere groep delinquenten dan nu het geval is kunnen worden toegepast – zeker gelet op de interesse van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in dit soort methoden van gedragsbeïnvloeding.<sup>22</sup> Het zal dan, naast de toepassing ervan in het kader van de tbs met dwangverpleging, doorgaans gaan om het verbinden van een neuro-interventie als bijzondere voorwaarde aan een voorwaardelijke veroordeling, voorwaardelijke invrijheidstelling (vi), de plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (isd) of terbeschikkingstelling (tbs), of in het kader van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel van artikel 38z Sr (gvm).<sup>23</sup>

## 2.2. Vrijwilligheid als heikel punt

Een centraal thema in de huidige discussie is dat neuro-interventies, net zoals meer traditionele vormen van behandeling gericht op vermindering van recidivegevaar, kunnen raken aan diverse fundamentele rechten. Zo grijpen zij in in de fysieke en mentale integriteit van de betrokkene en diens vrijheid om een medische behandeling te accepteren of juist te weigeren,<sup>24</sup> zoals beschermd door het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op respect voor het privéleven.<sup>25</sup> Bovendien kan bij gedwongen interventies die een *minimum level of severity* overschrijden

het verbod van onmenselijke of vernederende bestraffing of behandeling van artikel 3 EVRM in het geding komen.<sup>26</sup> Te denken valt in dit verband aan gedwongen diepe hersenstimulatie, hetgeen een ingrijpende hersenoperatie vereist. In de literatuur is daarnaast gewezen op de mogelijke relevantie van het recht op vrijheid van gedachte. Afhankelijk van de uitleg van dit recht, hebben neuro-interventies de potentie in te grijpen in het *forum internum* dat absoluut is beschermd door artikel 9 EVRM.<sup>27</sup> Ten aanzien van chemische castratie wordt soms ook gewezen op het recht om een gezin te stichten, zoals dat is neergelegd in artikel 12 EVRM.<sup>28</sup> Opmerking verdient bovendien dat de Raad van Europa momenteel nadenkt over de ontwikkeling van fundamentele rechten die specifieke bescherming moeten bieden aan het brein en aan mentale eigenschappen (‘neurorechten’), zoals een recht op ‘mentale zelfbeschikking’.<sup>29</sup> Afhankelijk van de ontwikkelingen in dit debat kunnen neuro-interventies in de toekomst mogelijk ook ingrijpen in nieuwe fundamentele rechten.<sup>30</sup>

De hoofdlijn in de Straatsburgse rechtspraak over artikel 3 en 8 EVRM, is dat medisch ingrijpen in principe toestemming van de betrokkene vereist:

‘the Court reiterates that the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. It has held that in the sphere of medical assistance, even where the refusal to accept a particular treatment might lead to a fatal outcome, the imposition of medical treatment without the consent of a mentally competent adult patient would interfere with his or her right to physical integrity.’<sup>31</sup>

Geldige toestemming in dit kader vergt onder meer dat die toestemming *vrijwillig* gegeven is.<sup>32</sup> Een vergelijkbaar uitgangspunt vinden we expliciet terug in artikel 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Volgens lid 1 van dit artikel heeft eenieder het recht op

20. Van Dongen & Sergiou 2021, p. 25.

21. M.J. Crockett e.a., ‘Serotonin selectively influences moral judgment and behavior through effects on harm aversion’, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 2010, p. 17433-17438, DOI: 10.1073/pnas.1009396107.

22. *Kamerstukken II* 2016/17, 28741, nr. 32; Cornet e.a. 2016.

23. Hoewel medische interventies in theorie ook aan een voorwaardelijk sepot of strafbeschikking kunnen worden verbonden, laten de huidige OM-aanwijzingen het verbinden van een dergelijke voorwaarde aan buitengerechtelijke modaliteiten in beginsel niet toe (Aanwijzing sepot en gebruik sepotgronden, *Stcr.* 2020, 62572, p. 2; Aanwijzing OM-strafbeschikking, *Stcr.* 2021, 62572-n1, p. 2-3). Deze modaliteiten blijven in dit artikel daarom buiten beschouwing.

24. Ligthart 2021b.

25. Zie onder meer EHRM 12 november 2013, 5786/08, r.o. 78-85 (*Söderman/Zweden*); EHRM 10 juni 2010, 320/02, r.o. 136 (*Jehova’s getuigen van Moskou e.a./Rusland*).

26. L. Kirchmair, ‘Objections to coercive neurocorrectives for criminal offenders – why offenders’ human rights should fundamentally come first’, *Criminal Justice Ethics* 2019, 38(1), p. 19-40.

27. Ligthart 2021b; J.C. Bublitz, ‘Freedom of thought in the age of neuroscience. A plea and a proposal for the renaissance of a forgotten fundamental right’, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2014, p. 1-25.

28. L. Forsberg, ‘Anti-libidinal interventions and the law’, *Human rights law review* 2021, p. 384-408, DOI: 10.1093/hrlr/ngab001.

29. M. Ienca, *Common human rights challenges raised by different applications of neurotechnologies in the biomedical field*, Raad van Europa, oktober 2021; Committee on Bioethics, *Strategic action plan on human rights and technologies in biomedicine (2020-2025)*, Adopted by DH-BIO, 16th meeting (19-21 november 2019).

30. Zie voor de Nederlandse context ook S.L.T.J. Ligthart, T. Kooijmans & G. Meynen, ‘Neurorechten: wat doet Nederland ermee?’, *NJB* 2021/1575.

31. EHRM 8 november 2011, 18968/07, r.o. 105 (*V.C./Slowakije*). Vgl. EHRM 12 juni 2012, 29518/10, r.o. 74-75 (*N.B./Slowakije*); EHRM 24 september 1992, 10533/83, r.o. 82-83 (*Herczegfalvy/Oostenrijk*). Zie ook W. Buelens, C. Herijgers & S. Illegems, ‘The view of the European Court of Human Rights on competent patients’ right of informed consent: research in the light of article 3 and 8 of the European Convention on Human Rights’, *European Journal of Health Law* 2016, 23(5), p. 481-509. Forsberg 2021, p. 394-395.

32. Buelens, Herijgers & Illegems 2016.

lichamelijke en geestelijke integriteit. Dit brengt met zich dat, zoals lid 2 vervolgt, medisch ingrijpen de vrije en geïnformeerde toestemming van de betrokkene vereist; een uitgangspunt dat ook is neergelegd in artikel 5 van het Verdrag inzake Mensenrechten en Biogeneeskunde. Als uitgangspunt in het huidige Nederlandse wettelijke kader lijkt eveneens te gelden dat voor rechtmatig gebruik van medische interventies in het strafrecht toestemming van de betrokkene vereist is. Zo vindt behandeling in de tbs of tijdens detentie in principe alleen plaats voor zover de betrokkene zich daartegen niet verzet (artikel 16a Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden en artikel 46c Penitentiaire beginselenwet). Ook waar het gaat om behandeling als bijzondere voorwaarde is toestemming van de veroordeelde het uitgangspunt. Daarbij sluit de wetgever een zekere mate van ‘drang’ om mee te werken aan een medische procedure evenwel niet uit. Zo staat in de memorie van toelichting bij de wet waarmee de gvm is ingevoerd:

‘Aangezien het wetsvoorstel niet voorziet in een bevoegdheid tot dwangmedicatie, kan bijvoorbeeld het innemen van medicijnen dan ook niet worden afgedwongen. Er is dus ook geen sprake van een inbreuk op de onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 11 van de Grondwet en artikel 8 EVRM). Binnen de kaders van een bredere behandeling bestaan er daarentegen wel goede mogelijkheden tot vrijwillige behandeling met medicatie, waaronder libidoremmende medicatie. Dit onderdeel van de behandeling is uiteraard niet vrijblijvend. Hier is, evenals het geval is met betrekking tot de voorwaarde opname in een zorginstelling, dan weliswaar geen sprake van dwang, maar wel van drang voortkomend uit de aard van de opgelegde voorwaarde.’<sup>33</sup>

Een vergelijkbare passage treffen we aan in de memorie van toelichting bij de Wet wijziging voorwaardelijke veroordeling.<sup>34</sup> Bij wijze van hoge uitzondering kan medisch ingrijpen binnen detentie in sommige gevallen overigens wel plaatsvinden met dwang.<sup>35</sup>

Bij de inzet van medische interventies in het strafrecht is precies de vrijwilligheid van toestemming een centraal onderwerp van discussie.<sup>36</sup> Het strafrechtelijke kader waarin dergelijke interventies kunnen worden aangeboden maakt namelijk dat aan de weigering tot deelname negatieve gevolgen kunnen worden verbonden. Die gevolgen kunnen onder meer bestaan uit de tenuitvoerlegging van een straf(restant), in de toepassing van dwangverpleging of plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders, of, in het kader van de gvm, de tenuitvoerlegging van

vervangende hechtenis. In dergelijke gevallen oefent de dreigende vrijheidsbeneming druk uit op de persoon die wordt geconfronteerd met de mogelijkheid om mee te werken aan een medische interventie. Als die druk de vrijwilligheid van de beslissing om mee te werken aan zo’n interventie aantast, zal die interventie in de regel inbreuk maken op een grondrecht van de betrokkene, zoals diens recht op lichamelijke en mentale integriteit. Zoals hierboven werd opgemerkt, maakt de Nederlandse wetgever een onderscheid tussen dwang en drang. In geval van *dwang* is een medische interventie niet vrijwillig, waardoor een inbreuk kan ontstaan op grondrechten van de betrokkene. In geval van *drang* is de keuze om al dan niet mee te werken aan een medische interventie slechts ‘niet vrijblijvend’, hetgeen in principe niet leidt tot een inbreuk op grondrechten.<sup>37</sup> Dit onderscheid lijkt, op het eerste gezicht, wat simplistisch en zwart-wit. Vooral als we kijken naar gedachtevorming over dit thema in de ethiek, waarin een veel fijnmaziger onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende typen van directe en indirecte (externe) druk die mogelijk in de weg kunnen staan aan het nemen van een vrijwillige beslissing.<sup>38</sup> Ook het EHRM lijkt meer ruimte te bieden voor nuance.<sup>39</sup> Dit roept de vraag op of het onderscheid tussen dwang en drang houdbaar is. Deze vraag verkennen we in de volgende paragraaf.

### 3. Over de (on)houdbaarheid van het onderscheid tussen dwang en drang

#### 3.1. Inleiding

Terwijl het Nederlandse recht ervan uitgaat dat *drang* in de vorm van dreiging met vrijheidsbeneming niet maakt dat het ondergaan van een medische behandeling *onvrijwillig* is, zijn, zeker internationaal, ook andere geluiden te horen.<sup>40</sup> In een rapport van het European Committee for the Prevention of Torture (CPT) valt over toestemming voor medische interventies in een strafrechtelijk kader bijvoorbeeld het volgende te lezen:

‘the Committee considers that the concept of “free and informed” consent is hardly reconcilable with a situation in which the options open to an individual are extremely limited: surgical castration or possible indefinite confinement in a psychiatric hospital.’<sup>41</sup>

En in een recenter rapport overwoog de CPT:

‘given the context in which the intervention is offered, it is questionable whether consent to the option of surgical

33. Kamerstukken II 2013/14, 33816, nr. 3, p. 30. Zie ook Bleichrodt 1996, p. 99-100.

34. Kamerstukken II 2009/10, 32319, nr. 3, p. 10.

35. De Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden (artikel 16b) en de Penitentiaire beginselenwet (artikel 46d) staan als ‘uiterste redmiddel’ en onder nadere voorwaarden behandeling van een psychische stoornis tegen de wil van de betrokkene toe.

36. Pugh 2018; Ryberg 2019, hfdst. 2.

37. Kamerstukken II 2013/14, 33816, nr. 3, p. 30. Zie ook Bleichrodt 1996, p. 99-100.

38. Zie bijvoorbeeld J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law. Volume III. Harm to self*, Oxford: Oxford University Press 1989, p. 189; R. Faden, T.L. Beauchamp & N.M.P. King, *A history and theory of informed consent*, New York: Oxford University Press 1968. Voor een overzicht zie Ligthart 2021a, par. 2.7.

39. Ligthart 2021a, par. 8.2; Buelens, Herijgers & Illegems 2016.

40. Bijvoorbeeld McMillan 2014; L. Bomann-Larsen, ‘Voluntary rehabilitation? On neurotechnological behavioural treatment, valid consent and (in)appropriate offers’, *Neuroethics* 2013, 6, p. 65-77.

41. CPT/Inf (2007)32, par. 109.

castration will always be truly free and informed. A situation can easily arise whereby patients or prisoners acquiesce rather than consent, believing that it is the only available option to them to avoid indefinite confinement.<sup>42</sup>

Ook Fuss en collega's, die onderzoek doen naar diepe hersenstimulatie in de behandeling van parafilie, merken onder verwijzing naar de beladen geschiedenis van medische interventies in een strafrechtelijke context op dat:

'[t]he motivation for dbs treatment should not be connected to any hopes/promises of prematurely leaving prison or a forensic treatment facility as in the 1970s when most of the imprisoned sexual offenders were released after the operation [*chirurgische castratie*]. The boundary between treatment and punishment must be very clear.'<sup>43</sup>

Alle drie de citaten gaan ervan uit dat het aanbieden van een medische behandeling in een strafrechtelijke context en met een zekere mate van drang – dat wil zeggen: niet meewerken kan resulteren in vrijheidsbeneming – de vrijwilligheid van toestemming voor zo'n interventie kan aantasten. Een dergelijke aanname doet intuïtief begrijpelijk aan. Zij wijkt evenwel af van het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever. Tevens strookt zij niet met het algemene uitgangspunt in de medische ethiek dat het enkel *aanbieden* van een medische ingreep, zoals een experimentele behandeling of vaccinatie, in principe niet afdoet aan de *vrijwillige* keuze om op dat aanbod in te gaan – ook niet als de alternatieve optie wegens bepaalde redenen onaantrekkelijk is en er daarom mogelijk sprake is van drang.<sup>44</sup> Zo'n aanbod, een extra optie, verruimt in de regel de keuzemogelijkheid van de betrokkene. Waarom zou dit anders zijn bij het aanbieden van medische interventies in het strafrecht?

In deze paragraaf bespreken we inzichten uit het ethische debat over het aanbieden van strafrechtelijke neuro-interventies en de betekenis van zo'n aanbod voor de vrijwilligheid van toestemming (paragraaf 3.2). Vervolgens verkennen we de positie van het EHRM in dit verband (paragraaf 3.3). Beide analyses, zo betogen we ten slotte, suggereren dat het Nederlandse onderscheid tussen dwang en drang te eenvoudig is (paragraaf 3.4). Nu door de opkomst van neuro-interventies medisch ingrijpen in een strafrechtelijk kader mogelijk vaker kan plaatsvinden, hetgeen inbreuk kan maken op fundamentele rechten van veroordeelden, is conceptuele gedachtevorming over (indirecte) druk en vrijwillige toestemming voor dergelijke interventies van groot belang.

### 3.2. De ethiek: aanbod versus dreigement

In *Neurointerventions, crime, and punishment* wijdt de filosoof Ryberg een hoofdstuk aan de vraag of het ethisch aanvaardbaar is om strafvermindering te verbinden aan het ondergaan van rehabilitatieve neuro-interventies, in het bijzonder of in dat geval eigenlijk wel kan worden gesproken van vrijwillige toestemming voor zo'n interventie.<sup>45</sup> Het gaat hierbij om de situatie waarin de betrokkene op zich wel vrij is om deelname aan een neuro-interventie af te slaan, maar waarin het alternatief – voortgezette vrijheidsbeneming – buitengewoon onaantrekkelijk is:

'If we are placed in circumstances where, given our preferences, one alternative strikes us as uniquely superior to other alternatives, then we might well describe this as a case where we have "no choice". Thus, the point is not that our choosing capacity is overwhelmed, but rather that we are in a situation where our sane or rational options are reduced to one. It may be suggested that this way of putting force on the will of a person is precisely what is at stake when treatment is suggested as an alternative to continued imprisonment.'<sup>46</sup>

De keuze die delinquenten wordt geboden is vanuit dit perspectief bekeken geen *vrijwillige* keuze, omdat we weten dat mensen veel, zo niet alles, in het werk stellen om detentie te ontwijken. Het is om die reden dat het verbinden van strafvermindering aan een neuro-interventie leidt tot dwang, hetgeen de legitimiteit van de interventie kan aantasten, zo wordt betoogd. Dit argument wordt ook wel de *coercion-based objection* tegen neuro-interventies genoemd.<sup>47</sup>

Ryberg is om twee redenen niet door dit argument overtuigd. Allereerst wijst hij erop dat keuzes waarin een van de mogelijke opties buitengewoon onaantrekkelijk is vaker voorkomen, zonder dat we geneigd zijn deze daarom als onvrijwillig te bestempelen. Denk bijvoorbeeld aan het aanbod van de arts om een been van zijn patiënt af te zetten om daarmee controle te krijgen over een dodelijke bacterie in het lichaam. Beide opties – het verliezen van een been en het verder laten verspreiden van de bacterie – zijn onaangenaam, waarbij het verliezen van het leven normaal gesproken als meest onaantrekkelijke optie wordt beschouwd. Toch hebben we niet de neiging om het aanbod van de arts te kwalificeren als een dreigement, waardoor de keuze van de patiënt het been te laten afzetten kwalificeert als onvrijwillig en de arts in dat geval een inbreuk zou maken op het recht op lichamelijke integriteit (en mogelijk mishandeling zou plegen).

Ten tweede staat het volgens Ryberg niet vast dat vrijheidsbeneming altijd onaantrekkelijker is dan het ondergaan van een neuro-interventie.<sup>48</sup> Zo is de keuze tussen

42. CPT/Inf (2012)6, par. 145.

43. Fuss e.a. 2015, p. 430.

44. Gezondheidsraad, 'Ethische en juridische afwegingen COVID-19-vaccinatie', Nr. 2021/03, Den Haag, 4 februari 2021; M. Kiener, 'Coercion', in: E. Craig (red.), *Routledge encyclopedia of philosophy (version 2)*, 2020; S. Anderson, 'Coercion', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford encyclopedia of philosophy* (Summer 2021 Edition); Faden, Beauchamp & King 1968.

45. Ryberg 2019, hfdst. 2. Zie ook Pugh 2018. De analyse van Ryberg is ook relevant voor andere vormen van medische behandeling in een strafrechtelijke context.

46. Ryberg 2019, p. 27.

47. Voor een overzicht, zie Pugh 2018.

48. Ryberg 2019, p. 27-29.

het ondergaan van een voorwaardelijk opgelegde gevangenisstraf van twee jaar en een neuro-interventie bijvoorbeeld een wezenlijk andere dan die tussen het ondergaan van een voorwaardelijk opgelegde straf van twee maanden en een neuro-interventie. Het is dus niet evident dat het alternatief van vrijheidsbeneming *per definitie* onaantrekkelijker is dan het ondergaan van een interventie.

Tegelijkertijd kan worden betoogd dat niet alleen de verhouding tussen alternatieven van belang is, maar dat ook de *context* waarin een keuze moet worden gemaakt aan die keuze een dwingend karakter kan geven. In de ethiek gaat men uit van een conceptueel onderscheid tussen enerzijds een aanbod (*offer*) en anderzijds een dreigement (*threat*). Een dreigement leidt tot dwang, een aanbod niet zonder meer.<sup>49</sup> Kenmerkend voor een dreigement is dat het iemands situatie *verslechtert* ten opzichte van het moment voorafgaand aan het dreigement; ten opzichte van de uitgangssituatie (*baseline*). Aanvankelijk beschikte je over zowel je geld als je leven, maar na het dreigement ‘je geld of je leven’ moet je kiezen wat je het meest dierbaar is. Een dreigement verslechtert dus de uitgangssituatie doordat het de keuzemogelijkheden beperkt. Een aanbod, daarentegen, verslechtert de uitgangssituatie niet, maar breidt de keuzemogelijkheden juist uit. Denk bijvoorbeeld aan het aanbod van een arts om het leven van haar doodzieke patiënt te redden in ruil voor een som geld. In tegenstelling tot een dreigement, beperkt dit aanbod niet de keuzevrijheid van de patiënt. Het biedt enkel een extra mogelijkheid naast de reeds bestaande opties. Anders dan een dreigement, leidt een aanbod daarom in de regel niet tot dwang.<sup>50</sup>

Een moeilijkheid in het ethische debat, is dat de uitgangssituatie zowel *feitelijk* kan worden beschreven (de normale, feitelijke gang van zaken) als *normatief* (de moreel vereiste gang van zaken). In veel gevallen zullen de feitelijke en normatieve uitgangssituatie gelijk zijn.<sup>51</sup> Zo is het feitelijke en normatieve uitgangspunt dat je niet gedood wordt als je weigert iemand je geld te geven. In vergelijking met zowel de feitelijke als de normatieve uitgangssituatie verslechtert het voorstel ‘je geld of je leven’ de positie van de ontvanger van dit voorstel. Maar soms kunnen de feitelijke en normatieve uitgangssituatie ook van elkaar verschillen. Een bekend voorbeeld in de ethiek betreft het voorstel van een slavendrijver aan zijn slaaf, zoals beschreven door Nozick:

‘Suppose that usually a slave owner beats his slave each morning, for no reason connected with the slave’s behavior. Today he says to his slave, “Tomorrow I will not beat you if and only if you now do A.”’<sup>52</sup>

Vergeleken met de normale, *feitelijke* gang van zaken – de slaaf wordt elke dag geslagen – verbetert dit voorstel de positie van de slaaf door toevoeging van een extra

mogelijkheid aan de uitgangssituatie, waardoor het kwalificeert als een aanbod (geen dwang), niet als dreigement (dwang). Echter, de gang van zaken in de feitelijke uitgangssituatie is vanuit normatief oogpunt ontoelaatbaar. Een ander mag immers niet mishandeld en tot slaaf gemaakt worden. De normatieve uitgangssituatie is dat de betrokkene in vrijheid verkeert en niet wordt mishandeld. Het voorstel van de slavendrijver verslechtert dus de positie van de slaaf ten opzichte van de normatieve uitgangssituatie, waardoor het kwalificeert als een dreigement en dus dwang oplevert.

Ten aanzien van een voorstel om deel te nemen aan een medische interventie in ruil voor strafvermindering, lijken zowel de feitelijke als de normatieve benadering tot eenzelfde conclusie te leiden: een voorstel om een behandeling te ondergaan kwalificeert in beginsel als een aanbod, niet als dreigement. Immers, de feitelijke uitgangssituatie is dat de veroordeelde haar straf uitzit. Het aanbod om een medische interventie te ondergaan in ruil voor strafvermindering maakt de veroordeelde niet slechter af ten opzichte van de feitelijke uitgangssituatie. Voorafgaand aan het voorstel zou zij de straf sowieso volledig ondergaan. Het voorstel biedt slechts een extra optie, die kan leiden tot strafvermindering. Het voorstel is in de hier gevolgde redenering dus geen dreigement, maar een aanbod. Ook met een normatieve interpretatie van de uitgangssituatie is een medische interventie in ruil voor strafvermindering geen dreigement: de veroordeelde hoort de straf namelijk gewoon uit te zitten. In dat opzicht maakt de extra optie om de straf te verkorten door deelname aan een medische interventie de veroordeelde dus niet slechter af in vergelijking met de normatief vereiste gang van zaken. Zoals het voorbeeld van Nozick laat zien, is bij een normatieve benadering wel vereist dat de uitgangssituatie – in dit geval de vrijheidsbeneming – ook daadwerkelijk gelegitimeerd is (anders is deze immers niet zoals deze moreel bezien *zou moeten zijn*).<sup>53</sup> In de woorden van Wertheimer:

‘If the state proposes that B do X (plead guilty, testify against another, and so forth) in exchange for more lenient treatment than B would otherwise receive, it is important to know whether the baseline punishment is just. In a recent case, for example, a couple was convicted of causing the death of their daughter by criminal neglect. The judge proposed the following alternative sentences: two and a half years in prison or one and a half years in prison if they agreed to sterilization. This proposal may, of course, be morally objectionable on a variety of grounds. Whether it was a coercive proposal, however, depends on whether two and a half years in prison is an unjust sentence for the offense. If it is not, the judge’s proposal was a noncoercive offer.’<sup>54</sup>

49. Kiener 2020; Anderson 2021.

50. Ryberg 2019, p. 29-30. Zie ook A. Wertheimer, *Coercion*, Princeton: Princeton University Press 1988, p. 211 en voor een kort overzicht Lighthart 2021a, par. 2.7.

51. Kiener 2020, sect. 2.

52. R. Nozick, ‘Coercion’, in: S. Morgenbesser, P. Suppes & M. White (red.), *Philosophy, science, and method. Essays in honor of Ernest Nagel*, New York: St. Martin’s Press 1969, p. 450.

53. Ryberg 2019, p. 30-32.

54. Wertheimer 1988, p. 218. Zoals in het citaat wordt opgemerkt kan het aanbod wel om andere redenen onethisch zijn.

In de ethiek is dus het algemene uitgangspunt dat een dreigement wel, maar een aanbod niet leidt tot dwang die de vrijwilligheid van toestemming voor een medische interventie aantast. Of een voorstel tot deelname aan zo'n interventie kwalificeert als een aanbod of dreigement, hangt af van de wijze waarop dat voorstel zich verhoudt tot de feitelijke of normatieve uitgangssituatie van de ontvanger van het voorstel. Het door de Nederlandse wetgever gehanteerde onderscheid tussen dwang en drang wijkt hiervan af en lijkt beperkter. In sommige 'drangsituaties', zoals bij de gvm, kan mogelijk ook sprake zijn van een dreigement en dus van onvrijwilligheid. We werken dit verder uit in paragraaf 3.4.

Ten slotte, sommige ethici betogen dat in bepaalde gevallen van machtsongelijkheid, kwetsbaarheid en kunstmatige controle van de uitgangssituatie een ogenschijnlijk vrijblijvend aanbod, gelet op de context, toch kan leiden tot dwang.<sup>55</sup> Dit type aanbod wordt in de literatuur aangeduid met de term *coercive offer*. Een voorbeeld van zo'n aanbod is onder meer beschreven door McGregor:

'Getting [a] prisoner who is fed only twice a week by the warden to participate in a nontherapeutic and risky medical trial does not require the threat of harm if he fails to participate. The offer of four meals a week in exchange to agreeing to participate would suffice. People in miserable, vulnerable situations can be influenced, induced, "forced" with minor offers, to do all kinds of things. Would it be a fully voluntary choice to participate in research in the (...) prisoner example?'<sup>56</sup>

Het idee van een *coercive offer* heeft geleid tot veel discussie.<sup>57</sup> Het voert te ver om deze discussie hier nader te bespreken. Toch noemen we dit punt hier expliciet, omdat het laat zien dat in de ethiek, naast het onderscheid tussen *offers*, *threats* en verschillende uitgangssituaties, ruimte bestaat voor nuance. Bovendien gaat men in de ethiek ervan uit dat naast 'dwang' ook andere vormen van externe beïnvloeding vrijwilligheid kunnen aantasten, zoals 'manipulatie'.<sup>58</sup> Ook in dat opzicht is de ethische benadering rijker dan het Nederlandse onderscheid tussen dwang en drang.

### 3.3. Het EHRM over dwang en drang

Ook in de rechtspraak van het EHRM komt de vraag aan de orde in hoeverre instemming met strafrechtelijke medische interventies vrijwillig is. In *Dvořáček/Tsjechische Republiek* werd de op civielrechtelijke titel in een psychiatrisch ziekenhuis opgenomen patiënt voor de keuze gesteld tussen libidoremmende medicatie en psychotherapie ter behandeling van parafilie. De psychotherapie zou relatief veel tijd kosten, waardoor de vrijheidsbeneming in een psychiatrische kliniek veel langer zou duren dan bij

het gebruik van libidoremmers. Dvořáček voelde zich daardoor gedwongen te kiezen voor het gebruik van libidoremmende middelen. De klacht dat de dreigende langere duur van de vrijheidsbeneming ertoe leidde dat sprake was van *dwang*medicatie en daarmee in strijd was met artikel 3 EVRM, wordt door het EHRM echter verworpen.<sup>59</sup> Het persbericht naar aanleiding van deze (Franstalige) zaak vat de beslissing op dit punt als volgt samen:

'The Court acknowledged that Mr Dvořáček had faced a difficult choice between taking anti-androgen drugs with the prospect of earlier release from hospital, and being treated by psychotherapy and sociotherapy with the prospect of longer confinement. However, it noted that anti-androgen treatment had been a therapeutic necessity and that it had not been established that Mr Dvořáček had been pressured into undergoing it.'<sup>60</sup>

Aldus achtte het EHRM de op zichzelf moeilijke keuze waarvoor Dvořáček werd gesteld en de onaantrekkelijkheid van het alternatief (langere vrijheidsbeneming), onvoldoende om zijn deelname aan de libidoremmende interventie te kwalificeren als onvrijwillig. Dit lijkt aan te sluiten bij het onderscheid tussen *threats* en *offers* zoals besproken in paragraaf 4.2. Het voorstel om deel te nemen aan de libidoremmende interventie, kwalificeert in dit geval als een aanbod, waardoor geen sprake was van onvrijwilligheid. Immers, als aan Dvořáček niet het voorstel zou zijn gedaan om libidoremmers te gebruiken, zou hij uitsluitend aangewezen zijn geweest op de langduriger psychotherapie. Dat zou sowieso tot gevolg hebben gehad dat zijn vrijheidsbeneming van langere duur zou zijn geweest. De feitelijke uitgangssituatie is dus niet verslechterd door het aanbod libidoremmers te gebruiken. En als we ervan uitgaan dat de opname van Dvořáček in het psychiatrisch ziekenhuis gerechtvaardigd is op grond van het gevaar dat hij mogelijk zedendelicten pleegt indien hij onbehandeld in de maatschappij terugkeert, dan verslechtert het voorstel om libidoremmers te gebruiken zijn positie evenmin ten opzichte van de normatieve uitgangssituatie. Het voorstel om libidoremmers te gebruiken maakt Dvořáček dus niet slechter af ten opzichte van de feitelijke en normatieve uitgangssituatie. In het geval van Dvořáček is daarom geen sprake van een dreigement, maar van een aanbod. De beslissing van het EHRM lijkt dus ook vanuit ethisch perspectief te rechtvaardigen. Tegelijkertijd, zo blijkt uit Straatsburgse rechtspraak, kunnen sommige vormen van directe of indirecte druk wel degelijk leiden tot een onvrijwillige beslissing door de betrokkene, zeker in de context van het strafrecht. Zo is het bijvoorbeeld duidelijk dat wanneer niet meewerken aan een urinecontrole in detentie wordt bedreigd met negatieve consequenties voor de gevangene, de keuze om

55. O.a. Feinberg 1989, p. 229; McMillan 2014; D. Zimmerman, 'Coercive wage offers', *Philosophy & Public Affairs* 1981, 10(2), p. 121-145.

56. J. McGregor, 'Undue influence as coercive offers in clinical trials', in: D.A. Reify & W.J. Riker (red.), *Coercion and the state*, New York: Springer 2008, p. 52.

57. Zie bijvoorbeeld A. Wertheimer & F.G. Miller, 'There are (STILL) no coercive offers', *Journal of Medical Ethics* 2014, 40(9), p. 592-593; M. Berman, 'The normative functions of coercion claims', *Legal Theory* 2002, 8, 45-89.

58. Feinberg 1989, p. 189; Faden, Beauchamp & King 1968, p. 259; R. Noggle, 'The ethics of manipulation', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford encyclopedia of philosophy* (Summer 2020 Edition).

59. EHRM 6 november 2014, 12927/13 (*Dvořáček/Tsjechische Republiek*).

60. Press release Dvořáček v. Czech Republic, ECHR 328 (2014) 06.11.2014, p. 3.

wel mee te werken aan zo'n onderzoek niet vrijwillig kan worden geacht, waardoor de urinecontrole een inbreuk maakt op artikel 8 EVRM.<sup>61</sup> Hetzelfde geldt voor het met toestemming afnemen van bloed voor alcoholcontrole, waarbij niet meewerken door de wet wordt bedreigd met strafrechtelijke aansprakelijkheid.<sup>62</sup> En recent overwoog het EHRM over de toestemming voor het afnemen van celmateriaal voor dna-onderzoek dat:

‘the taking of a dna sample from the applicant amounted to an interference with his “private life” within the meaning of Article 8 of the Convention. The fact that the applicant agreed to give a sample of his saliva to the police officers was, in this context, of no relevance, since he only did so under the threat that either a saliva sample or a blood sample would otherwise be taken from him by force.’<sup>63</sup>

Kortom: als duidelijk is dat de wet niet meewerken aan een bepaalde medische interventie *bedreigt* met negatieve consequenties voor de betrokkene die geen deel uitmaken van de uitgangssituatie, dan zal de beslissing om mee te werken aan zo'n interventie in de regel niet kwalificeren als vrijwillig, waardoor die interventie veelal een inbreuk zal maken op grondrechten zoals artikel 8 EVRM. Dit lijkt aan te sluiten bij het uitgangspunt in de ethiek, dat een dreigement, anders dan een aanbod, wel leidt tot dwang, hetgeen de vrijwilligheid van een te nemen beslissing aantast.<sup>64</sup>

Maar ook door meer subtiele, indirecte vormen van druk kan toestemming voor een medische interventie soms kwalificeren als onvrijwillig. Zo klaagde de aangehouden verdachte in *R.S./Hongarije* dat hij in strijd met artikel 3 EVRM was gekatheteriseerd. Deze procedure strekte ertoe te onderzoeken of klager, als autobestuurder, onder invloed was van verdovende middelen. Ten aanzien van de geldigheid van klagers toestemming voor de medische procedure betwijfelde het hof dat klager – ‘being in the hands of the authorities and in their complete control’ – in de praktijk enige andere keuze had dan de bestreden procedure te ondergaan.<sup>65</sup> Artikel 3 EVRM was geschonden.

Met deze redenering sluit het EHRM aan bij een reeks uitspraken over het met toestemming uitvoeren van gynaecologisch onderzoek in Turkse gevangenen, hetgeen heeft geleid tot schendingen van zowel artikel 8 als artikel 3 EVRM (*Juhnke, Y.F.* en *Yazgül Yılmaz*). Volgens de staat strekte dit soort onderzoek ertoe valse beschuldigingen van verkrachting door het gevangenispersoneel te voorkomen. Bovendien werd het onderzoek uitgevoerd

met toestemming van de betrokken gedetineerde, zo werd betoogd. Over de vrijwilligheid van toestemming voor dit soort interventies in detentie overweegt het hof:

‘in certain circumstances, a person in detention cannot be expected to continue to resist submitting to a gynaecological examination, given her vulnerability at the hands of the authorities, who exercise complete control over her throughout her detention.’<sup>66</sup>

Zoals blijkt uit deze uitspraken, kan de context van het strafrecht – meer specifiek: de machtsongelijkheid en de kwetsbaarheid van verdachten en gedetineerden – met zich brengen dat ogenschijnlijk vrijwillige keuzes toch onvrijwillig moeten worden geacht,<sup>67</sup> ook als niet duidelijk sprake is van een dreigement.<sup>68</sup>

Maar hoe verhouden deze uitspraken zich tot de beslissing in *Dvořák*? Ook daar bevond de klager zich in een kwetsbare situatie. Ook daar was sprake van machtsongelijkheid. En bovendien zou niet meewerken aan de aangeboden behandeling met libidoremmers leiden tot een langere periode van vrijheidsberoving. Toch deden die omstandigheden, anders dan in *R.S., Juhnke, Y.F.* en *Yazgül Yılmaz*, niet af aan de vrijwilligheid van de gegeven toestemming. Denkbaar is dat in *R.S., Juhnke, Y.F.* en *Yazgül Yılmaz* sprake is geweest van *coercive offers*, maar de casuïstische benadering van het EHRM maakt het moeilijk daar algemene uitspraken over te doen.<sup>69</sup> Anders dan in de ethiek, onthoudt het EHRM zich vooralsnog van de ontwikkeling van een meer abstracte, generieke benadering van verschillende vormen van directe en indirecte druk in verhouding tot het vereiste van geldige, vrijwillige toestemming voor medische procedures.<sup>70</sup> Nader onderzoek moet hier meer licht op werpen. Duidelijk is wel dat de grens tussen vrijwillige en onvrijwillige toestemming in Straatsburgse rechtspraak niet samenvalt met het onderscheid tussen dwang en drang. In sommige gevallen blijkt zelfs de ‘enkele’ drang die uitgaat van de context van het strafrecht af te kunnen doen aan de vrijwilligheid om mee te werken aan een voorgestelde medische procedure.

### 3.4. Medische interventies in het Nederlandse sanctierecht: de *gvm* als heikel punt?

Als we het onderscheid tussen aanbod en dreigement als uitgangspunt nemen, dan is duidelijk dat het in paragraaf 2.2 geciteerde uitgangspunt van de wetgever – dat een medische behandeling met *drang* geen inbreuk maakt op grondrechten – te kort door de bocht is. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een bijzondere voorwaarde niet een

61. EHRM 6 april 1994, 21132/93 (*Peters/Nederland*); EHRM 9 september 1998, 34199/96 (*Galloway/VK*); EHRM 11 oktober 2005, 60682/00 (*Young/VK*).

62. EHRM 4 december 1978, 8239/78 (*X./Nederland*).

63. EHRM 14 april 2020, 75229/10, r.o. 79 (*Dragan Petrović/Servië*).

64. Ligthart 2021a, par. 8.2.

65. EHRM 2 juli 2019, 65290/14, r.o. 65 (*R.S./Hongarije*).

66. EHRM 13 mei 2008, 52515/99, r.o. 79 (*Juhnke/Turkije*); EHRM 22 juli 2003, 24209/94, r.o. 34 (*Y.F./Turkije*); EHRM 1 februari 2011, 36369/06, r.o. 45 (*Yazgül Yılmaz/Turkije*).

67. Buelens, Herijgers & Illegems 2016, p. 506.

68. Vgl. ook rechtspraak van het EHRM over indirecte druk en artikel 6 EVRM, zoals EHRM 11 december 2008, 4268/04, r.o. 68 (*Panovits/Cyprus*); EHRM 5 november 2002, 48539/99, r.o. 50-52 (*Allan/VK*); EHRM 8 februari 1996, 18731/91, r.o. 49-50 (*John Murray/VK*).

69. Bovendien is de discussie over *coercive offers* te complex om tot een eenduidige analyse te kunnen komen.

70. Ligthart 2021a, par. 8.2.



vrijblijvend aanbod is, maar een *coercive offer*, of zelfs een dreigement. Ook de rechtspraak van het EHRM laat een genuanceerder beeld zien. Sommige uitspraken van het EHRM lijken goed in te passen in het onderscheid tussen aanbod en dreigement. Ook blijkt uit de EHRM-rechtspraak dat het aanbieden van een medische interventie in detentie soms toch een dwingend karakter kan krijgen, onder meer vanwege de machtsongelijkheid en de kwetsbare positie van gedetineerden. In deze paragraaf beoordelen we het (on)vrijwillige karakter van de mogelijke inzet van medische interventies voor recidivevermindering in het Nederlandse sanctierecht. Hierbij gaan we niet uit van het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen dwang en drang, maar nemen we het fijnmaziger onderscheid tussen aanbod en dreigement als uitgangspunt.

Zoals besproken in paragraaf 2.2, bestaan verschillende sanctiemodaliteiten waarbinnen deelname aan een medische interventie kan worden voorgesteld. Bij de meeste modaliteiten gaat dat in de vorm van een bijzondere voorwaarde die is verbonden aan de niet (verdere) tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel. In dergelijke gevallen is de beoordeling van (de legitimititeit van) de uitgangspositie veelal betrekkelijk eenvoudig. Feitelijk gezien, wordt een opgelegde straf of maatregel (normaal gesproken) volledig ten uitvoer gelegd. Vanuit een normatief perspectief behoort dat ook te gebeuren. Het voorstel om zich te houden aan allerlei bijzondere voorwaarden, zoals deelname aan een medische interventie, in ruil voor het (deels) niet ten uitvoer leggen van de opgelegde sanctie, verslechtert de positie van de veroordeelde niet. Zo'n voorstel maakt de veroordeelde immers niet slechter af ten aanzien van de feitelijke of morele uitgangspositie, waarin de bijzondere voorwaarde niet zou zijn gesteld en de sanctie dus sowieso geheel ten uitvoer zou worden gelegd. Van een dreigement is daarom geen sprake.<sup>71</sup> Medische interventies die aan dit soort modaliteiten worden verbonden zijn daarom niet per definitie onvrijwillig. Daarmee maken zij niet zonder meer inbreuk op grondrechten van de betrokkene. Dit lijkt aan te sluiten bij het oordeel van het EHRM in *Dvořák/Tsjechische Republiek*. Het aanbieden van libidoremmende middelen in die zaak, hetgeen zou leiden tot verkorting van de vrijheidsbeneming, kwalificeerde niet als dwangmedicatie, waardoor geen inbreuk ontstond op artikel 3 EVRM.<sup>72</sup>

Tegelijkertijd geldt dat specifieke omstandigheden tóch kunnen maken dat instemming met een bijzondere voorwaarde niet vrijwillig is. Vanuit ethisch perspectief kan mogelijk sprake zijn van een *coercive offer* of van

andere externe invloeden die weliswaar niet kwalificeren als dwang maar die de vrijwilligheid van toestemming wel kunnen aantasten, zoals manipulatie. Jurisprudentie van het EHRM sluit eveneens niet uit dat naast *threats* ook andere (indirecte) invloeden de vrijwilligheid van toestemming kunnen aantasten. Hierbij betreft het EHRM onder meer de kwetsbaarheid van arrestanten en gedetineerden en de machtsongelijkheid die eigen is aan het strafrecht. Hoewel op het niveau van de wet dus niet kan worden gesteld dat toestemming voor een medische interventie als bijzondere voorwaarde altijd onvrijwillig is, bieden zowel de ethiek als het EHRM ruimte voor nuance. Een dergelijke nuance kent het Nederlandse recht niet. Aangenomen wordt dat in 'drangsituaties' geen inbreuk op grondrechten plaatsvindt, omdat in dat geval geen sprake zou kunnen zijn van onvrijwilligheid. Gelet op het voorgaande is die aanname te kort door de bocht. Of in een drangsituatie sprake is van onvrijwilligheid is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de beoordeling daarvan moet onder meer de aan het strafrecht inherente machtsongelijkheid tussen overheid en burger worden betrokken, alsmede de wijze waarop het aanbod is gedaan en de kwetsbare positie van de verdachte of veroordeelde.<sup>73</sup> Indien die beoordeling tot de conclusie leidt dat geen sprake is van vrijwilligheid, ontstaat mogelijk wel een inbreuk op grondrechten, waarvoor in dat geval een rechtvaardiging moet bestaan.

Het Nederlandse recht kent ook een modaliteit waarbij, anders dan de wetgever veronderstelt, in het algemeen mogelijk toch sprake is van *dwang*: de gvm (artikel 38z Sr). De gvm wordt opgelegd bij het vonnis waarbij een verdachte ter beschikking wordt gesteld of tot een (on)voorwaardelijke gevangenisstraf wordt veroordeeld wegens een misdrijf dat 'gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam' en waarop een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld of wegens enkele welomschreven misdrijven (artikel 38z lid 1 Sr). Na tenuitvoerlegging van de tbs of gevangenisstraf kan de officier van justitie bij de rechter de tenuitvoerlegging van de gvm vorderen (artikel 6:6:23a Sv). De gvm duurt ten hoogste vijf jaren (artikel 6:6:23b lid 5 Sv) en kan steeds met maximaal vijf jaren worden verlengd indien sprake is van voortdurend recidivegevaar of belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen (artikel 6:6:23c lid 1 Sv). Op grond van artikel 6:6:23b lid 2 en 6 Sv jo. artikel 38w lid 1 Sr, kan de rechter die aan de tenuitvoerlegging van de gvm een bijzondere voorwaarde verbindt, bepalen dat de veroordeelde zich onder behandeling stelt en dat vervangende hechtenis wordt toegepast voor iedere keer dat niet aan de voorwaarde wordt voldaan.

71. Het is in de rechtspraak niet ongebruikelijk om de voorwaardelijke straf te karakteriseren als een 'stok achter de deur' die de veroordeelde ertoe moet bewegen een bijzondere voorwaarde te volgen, zoals het ondergaan van een medische behandeling. (Zie onder meer Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4738; Rb. Amsterdam 2 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5496; Rb. Amsterdam 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5671. Zie ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32319, nr. 3, p. 2.) Deze wijze van uitdrukken verhoudt zich niet goed met het karakter van de voorwaarde als een aanbod om van (verdere) tenuitvoerlegging van de op zichzelf gerechtvaardigde straf af te zien indien de verdachte bereid is zich te laten behandelen.

72. Maar zie ook EHRM 2 juli 2019, 65290/14, r.o. 65 (*R.S./Hongarije*); EHRM 13 mei 2008, 52515/99, r.o. 79 (*Juhnke/Turkije*); EHRM 22 juli 2003, 24209/94, r.o. 34 (*Y.F./Turkije*); EHRM 1 februari 2011, 36369/06, r.o. 45 (*Yazgül Yilmaz/Turkije*).

73. In een onderzoek naar de praktijk van het voorwaardelijk sepot wordt geconcludeerd dat juist de sociaal-psychische kwetsbaarheid van de groep verdachten die het betreft en de druk die (anders dan door de dreigende vervolging) door het OM en de reclassering soms op de verdachte wordt uitgeoefend om met het sepot in te stemmen, kunnen maken dat de vrijwilligheid van de instemming met het volgen van (onder meer) ambulante behandeling kan worden betwijfeld (J. Bijlsma, *Het voorwaardelijk sepot. Normering, praktijk, evaluatie*, Den Haag: Boom 2020, p. 121-216, 139-143, 151-152).

De vervangende hechtenis bedraagt ten minste drie dagen (artikel 38w lid 2 Sr). De totale ten uitvoer gelegde vervangende hechtenis bedraagt ten hoogste zes maanden (artikel 38w lid 3 Sr). Na verlenging van de maatregel geldt opnieuw een maximumduur van zes maanden.<sup>74</sup> Denkbaar is dat de rechter bepaalt dat de vervangende hechtenis met iedere volgende schending van de voorwaarden in duur toeneemt.<sup>75</sup> De verplichting om de voorwaarde na te leven wordt door het ondergaan van de vervangende hechtenis niet opgeheven (artikel 38w lid 4 Sr). Van *vervangende* hechtenis is daarom eigenlijk geen sprake.<sup>76</sup> In feite heeft deze vrijheidsbeneming veeleer het karakter van gijzeling, omdat zij er uitsluitend toe strekt de veroordeelde ertoe te bewegen alsnog aan de voorwaarden te voldoen, maar daarvoor niet in de plaats treedt.

Deze schets van de gvm-regeling laat zien dat de ‘vervangende’ hechtenis die wordt verbonden aan de gvm een fors drukmiddel kan zijn om een veroordeelde te bewegen een medische interventie te ondergaan. Is deze vorm van *drang*, zoals de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie het noemt,<sup>77</sup> een aanbod of een dreigement? Om die vraag te kunnen beantwoorden moet de uitgangssituatie in ogenschouw worden genomen.

Als feitelijk uitgangspunt geldt bij de gvm dat de veroordeelde, aan het eind van zijn of haar tbs, gevangenisstraf of vi, in principe volledig in vrijheid wordt gesteld, *tenzij* het OM een vordering tot tenuitvoerlegging indient en de rechter die toewijst. Zonder een vordering van het OM vervalt de maatregel van rechtswege (artikel 6:6:23a lid 1 en 4 Sv). Het gelasten van de gvm en het daarbij opnemen van deelname aan een medische interventie als bijzondere voorwaarde op straffe van ‘vervangende’ hechtenis, leidt zo bezien tot een verslechtering van de *feitelijke* uitgangssituatie van de veroordeelde. Aanvankelijk verliep iedere vorm van strafrechtelijke vrijheidsbeneming of -beperking, nu moet hij kiezen tussen behandeling en vrijheidsbeneming. Hierin onderscheidt de gvm zich van andere voorwaardelijke modaliteiten, zoals de vi, waarbij de veroordeelde normaal gesproken (feitelijk) zijn gevangenisstraf uitzit, maar de mogelijkheid krijgt die straf te verkorten door deelname aan een medische behandeling. Uitgaande van de feitelijke uitgangssituatie kwalificeert de bijzondere voorwaarde in het kader van de gvm als een dreigement, waardoor een in die context voorgestelde medische interventie een dwangbehandeling zal opleveren.

Ten aanzien van de normatieve uitgangssituatie is de analyse complexer, omdat moeilijk is vast te stellen welke uitgangssituatie precies moet worden gekozen. Enerzijds bestaat een markant verschil met voorwaardelijke modaliteiten, omdat betoogd kan worden dat de vrijheidsbeneming bij de gvm (de ‘vervangende’ hechtenis) geen deel uitmaakt van de normatieve uitgangssituatie. Anders dan

bijvoorbeeld het geval is bij de voorwaardelijke veroordeling, is de overheid bij de gvm niet *a priori* gerechtigd tot tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis. Anderzijds kan worden betoogd dat het normatieve uitgangspunt bij de gvm is dat de veroordeelde in principe volledig in vrijheid wordt gesteld, *tenzij* het OM anders vordert en de rechter die vordering toewijst. De normatieve grondslag voor die ‘tenzij’ – en dus voor de tenuitvoerlegging van de gvm – vinden we in het vonnis van de oplegingsrechter in samenhang met de democratisch gelegitimeerde wet. Die grondslag vervalt als het OM de vordering niet of te laat indient. Dient het OM de vordering evenwel tijdig in en wijst de rechter deze vordering toe in overeenstemming met de wet, dan zal het in dat kader aanbieden van een medische interventie op straffe van vervangende hechtenis niet leiden tot een verslechtering van de normatieve uitgangssituatie. Immers, de rechter is hiertoe bevoegd en maakt gebruik van die bevoegdheid omdat zulks noodzakelijk en gelegitimeerd is, gelet op, bijvoorbeeld, het aanhoudende recidiverisico van de veroordeelde. In vergelijking met de normatieve uitgangssituatie verslechtert de rechter de situatie van de veroordeelde niet. Vanaf de oplegging van de gvm is tenuitvoerlegging ervan gelegitimeerd, mits dat noodzakelijk blijkt vanwege een bepaald recidiverisico of voor de voorkoming van ernstig belastend gedrag. Volgens deze redenering kwalificeert een voorwaarde om deel te nemen aan een medische interventie op straffe van ‘vervangende’ hechtenis dus niet als dreigement. Er is daarom geen sprake van onvrijwilligheid.

Net zoals in het voorbeeld van Nozick,<sup>78</sup> kunnen bij de gvm de feitelijke en normatieve uitgangssituatie tot uiteenlopende conclusies leiden. In een feitelijke benadering heeft een medische interventie als voorwaarde een gedwongen karakter. In een normatieve benadering niet zonder meer. Welke benadering moeten we kiezen? Die vraag heeft in de ethiek al tot veel discussie geleid.<sup>79</sup> We hebben niet de pretentie om hier te voorzien in een volledig antwoord. Wel wijzen we graag op een specifiek aspect in dit debat dat relevant is voor het recht. Het gaat daarbij om een bredere consequentie van een normatieve benadering van dwang, namelijk dat door het recht gelegitimeerd overheidsingrijpen in zo’n benadering in de regel geen dwang oplevert.

In een normatieve benadering is enkel sprake van een dreigement en dus van dwang indien de ene partij de situatie van de andere verslechtert in vergelijking met de normatief vereiste gang van zaken. Zolang overheidsop treden door het recht is gelegitimeerd, zal dat optreden de situatie van burgers in principe dus niet verslechteren in normatieve zin. Op grond van de democratisch gelegitimeerde wet is de staat bijvoorbeeld bevoegd te dreigen met fysieke dwang, indien een verdachte niet vrijwillig wil meewerken met de afname van celmateriaal voor

74. *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 3, p. 43.

75. M.J.M. Verpalen, in: C.P.M. Cleiren, M.J.M. Verpalen & J.H. Crijns (red.), *Tekst en commentaar strafvoording*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, comm. op art. 6:6:23b Sv/6.

76. F.W. Bleichrodt, ‘Vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming in het Nederlands strafrechtelijk sanctierecht’, in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Preadvies 2018*, Den Haag: Boom 2018, p. 153-188, p. 169.

77. *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 3, p. 30.

78. Zie paragraaf 3.2.

79. Feinberg 1989, p. 221-228; Anderson 2021, par. 2.3.

DNA-onderzoek (artikel 151a jo. artikel 151b Sv). En niet meewerken aan een urinecontrole in detentie wordt bedreigd met een disciplinaire straf (artikel 8 Regeling Urinecontrole penitentiaire inrichtingen). In een normatieve benadering van dwang, kwalificeren dergelijke ‘dreigementen’ evenwel niet als dwang. Zoals Anderson opmerkt:

‘if the state is justified in punishing wrongdoers, then when it threatens to do so, it does not threaten to make them worse off than they ought to be. Hence on an approach to coercion that insists it is immoral activity, the state’s use of police powers to enforce the law is not coercive.’<sup>80</sup>

Dit is evenwel geen gebruikelijke opvatting in het strafrecht, waar we door de wet gelegitimeerde bevoegdheden, zoals urinecontrole en het afnemen van celmateriaal voor DNA-onderzoek, kwalificeren als *dwang* middelen die inbreuk maken op grondrechten van de betrokkene.<sup>81</sup> Het geven van toestemming onder dreiging van straf of fysieke dwang doet niet af aan het onvrijwillige karakter van zo’n medische ingreep, zo blijkt ook uit Straatsburgse rechtspraak.<sup>82</sup> We realiseren ons dat dit nog geen argument is om een morele benadering van dwang te verwerpen. Wel suggereert deze mogelijke consequentie van een morele benadering dat een feitelijke opvatting van dwang meer aansluit bij de wijze waarop dwang doorgaans benaderd wordt in het strafrecht. In een feitelijke benadering, zo zagen we hierboven, kwalificeert een voorstel om mee te werken aan een medische behandeling in het kader van de gym als een dreigement en dus als dwang. Kortom, anders dan de wetgever suggereert,<sup>83</sup> is medewerking aan een medische interventie tijdens de gym niet per definitie vrijwillig en maakt zij mogelijk wel inbreuk op grondrechten van de betrokkene. Het mogelijk problematische karakter van het afdwingen van naleving van voorwaarden in de medische sfeer middels ‘vervangende’ hechtenis is in de wetsgeschiedenis van de gym overigens wel onder ogen gezien. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt:

‘Het is bij het stellen van de voorwaarde van een behandeling die het innemen van medicijnen mee kan brengen dan ook van groot belang dat de rechter de betrokkene wijst op de gevolgen die het weigeren van een onderdeel van de behandeling kan hebben. De rechter die oordeelt over de vordering tot tenuitvoerlegging of verlenging van de maatregel en de rechter die oordeelt over het opleggen van vervangende hechtenis kunnen daarbij uiteraard rekening houden met de redenen die de veroordeelde opgeeft over zijn weigering om (nog langer) de medicijnen in te nemen, die de behandelaar nodig acht. De toetsende rol van de rechter is een waarborg om te voorkomen dat een dwangsituatie ontstaat bij de weigering medicijnen

in te nemen vanwege de tenuitvoerlegging van de maatregel of vervangende hechtenis als stok achter de deur.’<sup>84</sup>

De stelling dat een rechterlijke toets een ‘dwangsituatie’ voorkomt overtuigt evenwel niet. De gym-regeling kent geen rechter die oordeelt over tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis. Artikel 38w Sr bepaalt dat de rechter in het vonnis waarbij de maatregel wordt opgelegd vervangende hechtenis beveelt voor het geval niet aan de maatregel wordt voldaan. De maatregel wordt pas ten uitvoer gelegd nadat de rechter heeft beslist op een vordering tot tenuitvoerlegging op grond van artikel 6:6:23a Sv. In de last tot tenuitvoerlegging worden de bijzondere voorwaarden opgenomen (artikel 6:6:23b Sv). Het Wetboek van Strafrecht, noch het Wetboek van Strafvordering kent een afzonderlijke procedure waarin wordt geoordeeld over de vraag of de tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis bij het niet naleven van een voorwaarde geëigend is. De wettelijke regeling voorziet dus niet in een moment waarop een rechter de redenen die uiteindelijk hebben geleid tot weigering de voorwaarde na te leven, kan beoordelen. Overigens is onduidelijk waarom de redenen voor weigering relevant zouden zijn voor de vraag of wel of niet sprake is van een ‘dwangsituatie’. Bepalend is of een voorstel kwalificeert als aanbod of dreigement, niet wat de precieze redenen zijn om (niet) op dat voorstel in te gaan. Bovendien, ook al zou worden voorzien in een rechterlijke toetsing van de opportuniteit van de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis, dan is het probleem alsnog niet opgelost. De rechter zou immers uitsluitend veroordeelden zien die hebben geweigerd de behandeling te ondergaan. De veroordeelden ten aanzien van wie de dreiging met vervangende hechtenis effectief is geweest, ondergaan de voorwaarde immers – mogelijk – onder dwang.

#### 4. Conclusie

Kan in een situatie waarin de veroordeelde zich geconfronteerd ziet met de keuze tussen (verdere) vrijheidsbenaming of deelname aan een medische interventie, sprake zijn van geldige – dus: vrijwillige – toestemming? Deze vraag is in dit artikel verkend aan de hand van het ethische onderscheid tussen een aanbod en een dreigement. Een dreigement dwingt, een aanbod niet. Het verschil tussen een aanbod en een dreigement is dat een aanbod de uitgangssituatie van de ontvanger niet verslechtert en een dreigement wel. De Nederlandse wetgever hanteert een onderscheid tussen dwang en drang. De enkele dreiging met (verdere) tenuitvoerlegging van vrijheidsbenaming ‘dringt’ tot het ondergaan van een behandeling, maar dwingt volgens de wetgever niet. Naar het ons voorkomt, is dit onderscheid te eenvoudig en daarom niet overtuigend. Voor de meeste sanctiemodaliteiten geldt dat een medische interventie die daaraan bijvoorbeeld als bijzondere voorwaarde wordt verbonden een aanbod is en de

80. Anderson 2021, par. 3.4.

81. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 433.

82. EHRM 14 april 2020, 75229/10, r.o. 79 (*Dragan Petrović/Servië*); EHRM 6 april 1994, 21132/93 (*Peters/Nederland*); EHRM 9 september 1998, 34199/96 (*Galloway/VK*); EHRM 11 oktober 2005, 60682/00 (*Young/VK*).

83. *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 3, p. 30.

84. *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, nr. 3, p. 31.

veroordeelde dus niet dwingt. Maar ook in situaties waarin de wetgever spreekt van ‘drang’ kan sprake zijn van een dreigement en dus van dwang. We illustreerden dit aan de hand van de gym. Deelname aan een als voorwaarde opgelegde medische interventie in dit kader kwalificeert als dreigement en leidt dus tot onvrijwilligheid – althans, als we uitgaan van een feitelijke benadering van dwang. Daar komt bij dat volgens de ethiek ook andere externe invloeden de vrijwilligheid van een beslissing kunnen aantasten, zoals *coercive offers* en manipulatie. Rechtspraak van het EHRM laat eveneens een genuanceerder beeld zien, waarbij ook indirecte vormen van druk in samenhang met kwetsbaarheid en machtsongelijkheid kunnen leiden tot onvrijwillige deelname aan medisch ingrijpen. Deze bevindingen geven aanleiding tot nadere discussie over de vraag in hoeverre in een strafrechtelijk kader vrijwillig kan worden ingestemd met het ondergaan van een medische behandeling, een discussie die bijzonder actueel is wegens de mogelijke opkomst van neuro-interventies in het strafrecht.