

Hongerstaking in detentie

“ Wat is de ruimte binnen nationaal en internationale wet- en regelgeving voor het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde? “



Eefje van Agthoven
Anr. 977636
Masterscriptie Rechtsgeleerdheid accent strafrecht
Scriptiebegeleider: mevr. mr. P. Jacobs
Universiteit van Tilburg

12 januari 2012

Hongerstaking in detentie

“Wat is de ruimte binnen nationaal en internationale wet- en regelgeving voor het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakingende gedetineerde? “

Eefje van Agthoven
Anr. 977636
Masterscriptie Rechtsgeleerdheid accent strafrecht
Scriptiebegeleider: mevr. mr. P. Jacobs
Universiteit van Tilburg

12 januari 2012

Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksrapport 'Hongerstaking in detentie'. Als student Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Tilburg heb ik veel plezier beleefd aan het in de praktijk brengen van de opgedane kennis tijdens mijn studie. Dit onderwerp heeft mijn interesse gewekt toen ik tijdens mijn master voor het vak strafrecht en mensenrechten een betoog moest schrijven over dit onderwerp. Het betoog mocht maar een aantal pagina's bevatten waardoor ik niet grondig onderzoek kon verrichten en ook gezien de tijd was dat niet haalbaar. Doordat mijn nieuwsgierigheid was gewekt tijdens het schrijven van het betoog heb ik een onderzoeksvoorstel geschreven dat werd goed gekeurd. Daarna werd mevrouw Jacobs aan mij toegewezen als begeleidster, gespecialiseerd op het gebied van hongerstaking.

Ik zou graag alle betrokkenen willen bedanken voor hun steun. In het bijzonder dank ik mevrouw Jacobs voor de goede begeleiding tijdens dit onderzoek en voor de prettige samenwerking. Verder zou ik graag Josette van Heck willen bedanken voor het nakijken van mijn stukken. Daarnaast zou ik mijn vriend Daan Janssen willen bedanken, omdat hij me tijdens dit proces heeft bijgestaan. Tot slot zou ik graag mijn ouders bedanken voor de onvoorwaardelijke steun tijdens mijn studie. Ze hebben mij de kans gegeven om de studie HBO-Rechten af te ronden en daarnaast nog de master strafrecht aan de Universiteit van Tilburg te voltooien en daar ben ik ze erg dankbaar voor.

Ik wens u veel leesplezier toe!

Tilburg, 12 januari 2012

Eefje van Agthoven

Inhoudsopgave

| | | |
|-----------|--|----|
| Voorwoord | | 4 |
| 1. | Inleiding | 7 |
| 1.1 | Aanleiding | 7 |
| 1.2 | Probleemstelling | 7 |
| 1.3 | Vraag- en doelstelling | 7 |
| 1.4 | Opzet | 8 |
| 2. | De medische aspecten van een hongerstaking | 9 |
| 2.1 | Inleiding | 9 |
| 2.2 | Begripsbepalingen met betrekking tot hongerstaking | 9 |
| 2.2.1 | Hongerstaking | 9 |
| 2.2.2 | Medische handeling/ medische behandeling | 9 |
| 2.2.3 | Gevangene/ gedetineerde | 10 |
| 2.2.4 | Kunstmatige voeding/ dwangvoeding | 10 |
| 2.2.5 | Wils(on)bekwaamheid | 10 |
| 2.3 | De lichamelijke gevolgen tijdens een hongerstaking | 11 |
| 2.3.1 | De vier fases | 11 |
| 2.4 | Het toedienen van voeding bij een hongerstaker | 12 |
| 2.4.1 | Infuus of sonde | 12 |
| 2.4.2 | Risico's van dwangvoeding | 12 |
| 2.5 | Conclusie | 12 |
| 3. | De mogelijkheden tot dwangvoeding binnen nationaal kader inzake het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde | 14 |
| 3.1 | Inleiding | 14 |
| 3.2 | Wetgeving | 14 |
| 3.2.1 | Grondwet | 15 |
| 3.2.2 | Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst | 15 |
| 3.2.3 | Penitentiaire Beginselenwet | 17 |
| 3.2.3.1 | Artikel 32 Pbw en dwangvoeding | 18 |
| 3.2.4 | Circulaire 1985 | 19 |
| 3.3 | Volkert van der G. in 2002 | 20 |
| 3.4 | Positie van de arts | 24 |
| 3.4.1 | Johannes Wier Stichting | 24 |
| 3.4.2 | Inspectie voor de Gezondheidszorg | 25 |
| 3.4.3 | Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst | 26 |
| 3.4.4 | World Medical Association | 27 |
| 3.5 | Conclusie | 29 |

| | | |
|-------|---|----|
| 4. | De mogelijkheden tot dwangvoeding binnen Europees kader inzake het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde | 31 |
| 4.1 | Inleiding | 31 |
| 4.2 | Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens | 31 |
| 4.2.1 | Artikel 2 EVRM | 31 |
| 4.2.2 | Artikel 3 EVRM | 33 |
| 4.2.3 | Artikel 8 EVRM | 36 |
| 4.3 | Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens | 38 |
| 4.3.1 | X tegen Duitsland | 38 |
| 4.3.2 | Herczegvaly tegen Oostenrijk | 39 |
| 4.3.3 | Nevmerzhitsky tegen Oekraïne | 40 |
| 4.4 | Committee for the Prevention of Torture | 41 |
| 4.5 | Conclusie | 43 |
| 5. | Hoe verhoudt de huidige Nederlandse regelgeving zich ten opzichte van het internationale recht? | 45 |
| 5.1 | Inleiding | 45 |
| 5.2 | Situatie 2001 Volkert van der G. | 45 |
| 5.3 | Toetsing aan het internationaal recht | 46 |
| 5.3.1 | Artikel 2 EVRM | 46 |
| 5.3.2 | Artikel 3 EVRM | 47 |
| 5.3.3 | Artikel 8 EVRM | 49 |
| 5.4 | Conclusie | 52 |
| 6. | Conclusie | 54 |
| | Literatuurlijst | 58 |

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Een gedetineerde gebruikt een hongerstaking vaak als machtsmiddel met als doel om de omstandigheden binnen detentie te verbeteren. De hongerstaker neemt wel een risico met zijn gezondheid, maar het doel is niet om te overlijden. In 2002 kwam de situatie met Volkert van der G. in de pers, omdat hij in hongerstaking was gegaan tegen het cameratoezicht in zijn cel. Naar aanleiding van de hongerstaking van Volkert van der G. is dit onderzoek tot stand gekomen. In 2002 ontstond de vraag of Volkert van der G. onder dwang gevoed mocht worden.

Als uitgangspunt geldt artikel 7:450 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en dit artikel schrijft voor dat zonder toestemming van de patiënt de arts geen medische handeling kan verrichten. Een uitzondering op het toestemmingvereiste van artikel 7:450 BW is artikel 32 Penitentiaire beginselenwet (hierna: Pbw). Aan de hand van de Pbw wordt de handwijze binnen de gevangenis toegelicht en voor een verdere uitwerking van deze wet is de Penitentiaire maatregel (hierna: Pm) van toepassing. Op grond van artikel 32 Pbw kan een medische handeling worden verricht wanneer sprake is van gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde zelf of van anderen. Het is de vraag of dwangvoeding een medische handeling is in de zin van artikel 32 Pbw.

De nationale wet- en regelgeving zijn niet alleen van belang, maar ook internationale wet- en regelgeving. De artikelen 2, 3 en 8 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) zijn van toepassing bij de vraag of dwangvoeding mogelijk is aan een hongerstakende gedetineerde. Artikel 2 EVRM bevat het recht op leven. Artikel 3 EVRM stelt dat foltering of onmenselijke of vernederende behandeling verboden is. Tot slot bevat artikel 8 EVRM het recht op privéleven. Bij de vraag of een hongerstaker onder dwang gevoed kan worden, ontstaat een conflictsituatie tussen de verschillende rechten. De rechten die conflicteren zijn de zorgplicht van de staat om het recht op leven van de burger te garanderen versus het zelfbeschikkingsrecht van de hongerstaker.

1.2 Probleemstelling

Voor 2002 was de wetgeving omtrent dwangvoeding helder, namelijk op basis van artikel 32 Pbw kan dwangvoeding worden toegediend aan een hongerstakende gedetineerde. De discussie die in de politiek en media ontstond, ging over de invulling van dit artikel. Minister Donner was van mening dat twee nieuwe criteria aan artikel 32 Pbw konden worden toegevoegd. Tevens wilde minister Donner de circulaire uit 1985 aanpassen (zie paragraaf 3.3). De vraag is of dwangvoeding mogelijk is binnen nationale en internationale wet- en regelgeving en tevens of de mogelijkheid bestond om aan Volkert van der G. dwangvoeding toe te dienen op grond van deze twee nieuwe criteria.

1.3 Vraag- en doelstelling

De vraag die in dit onderzoek centraal staat, is:

Wat is de ruimte binnen nationale en internationale wet- en regelgeving voor het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde?

Het doel van dit onderzoek is het achterhalen of het toedienen van dwangvoeding mogelijk is aan een gedetineerde in hongerstaking. Daarbij wordt rekening gehouden met de nationale en internationale wet- en regelgeving. Uiteindelijk zal de hongerstaking van Volkert van der G. worden getoetst aan internationale wet- en regelgeving. Dit is van belang om in de toekomst verwarring over artikel 32 Pbw te voorkomen.

1.4 Opzet

Hoofdstuk 2 bevat begripsbepalingen met betrekking tot hongerstaking. In dit hoofdstuk wordt ook de medische kant van hongerstaking nader toegelicht. Het detentierecht en gezondheidsrecht spelen in dit onderzoek een grote rol en daarom zal de wet- en regelgeving binnen nationaal kader in hoofdstuk 3 uiteen worden gezet. Daarbij wordt ook de situatie met Volkert van der G. in 2002 van commentaar voorzien en de standpunten van de betrokken partijen, zoals artsenorganisaties, weergegeven. Hoofdstuk 4 van dit onderzoek zal de mogelijkheden met betrekking tot dwangvoeding binnen Europees kader behandelen. Daarbij zijn de artikelen 2, 3 en 8 EVRM van belang met de daar bijbehorende jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) en de Europese Commissie van de Rechten van de Mens (hierna: ECRM). In hoofdstuk 5 zal de situatie die zich in 2002 voordeed met Volkert van der G. worden getoetst aan het EVRM. Tot slot zal in hoofdstuk 6 een conclusie worden getrokken waarin de mogelijkheden binnen nationale en internationale wet- en regelgeving worden toegelicht. In specifiek geval zal worden nagegaan of bij Volkert van der G. een wettelijke basis bestond om dwangvoeding aan hem toe te dienen.

2. De medische aspecten van hongerstaking

2.1 Inleiding

Met enige regelmaat gaat een gedetineerde in hongerstaking. Dit gebeurt niet alleen in Nederland, maar ook in andere landen. Voordat wordt ingegaan op de juridische aspecten tijdens een hongerstaking in hoofdstuk 2, is het van belang om eerst inhoudelijk op het begrip 'hongerstaking' in te gaan. Deze algemene informatie geeft een helder beeld weer van de aspecten die een rol spelen bij een hongerstaking. Allereerst begint dit hoofdstuk met een aantal begripsbepalingen die van belang zijn. Daarna worden de lichamelijke gevolgen uiteengezet. In de daaropvolgende paragraaf wordt de wijze waarop voeding of vocht kan worden toegediend, beschreven. Tot slot volgt een conclusie.

2.2 Begripsbepalingen met betrekking tot hongerstaking

2.2.1 Hongerstaking

Hongerstaking wordt door een gedetineerde vaak gebruikt als pressiemiddel. Het doel van de hongerstaking is door dit protest iets te bereiken en niet overlijden. Onder een hongerstaking wordt verstaan:

*'een situatie waarin een gezond persoon voedsel weigert als vorm van protest en niet vanuit de wens om te sterven.'*¹

Meestal is het doel van de hongerstaker om de omstandigheden in detentie te verbeteren.² Hongerstaking en euthanasie hebben niet dezelfde betekenis. De definitie van euthanasie is:

*'opzettelijk levensbeëindigend handelen door een ander dan de betrokkene op diens verzoek.'*³

Het verschil met euthanasie is dat een hongerstaker niet de wens heeft om te overlijden en daarom zal hij hier niet om verzoeken. Euthanasie wordt uitgevoerd op verzoek van de patiënt met de wens te overlijden.

Hongerstaking heeft tevens geen verband met suïcide, want suïcide betekent zelfdoding. Een hongerstaker is niet suïcidaal, omdat hij niet wil dat de dood intreedt. Een gedetineerde kan suïcidaal worden indien hij zich in een uitzichtloze situatie bevindt. Hij heeft dan geen doel meer voor ogen. Een hongerstaker wil met het weigeren van voedsel zijn doel bereiken. Daarom verschillen de twee termen van elkaar.

2.2.2 Medische handeling/ medische behandeling

Niet elke handeling van een arts is een medische behandeling. Voorbeelden van een medische handeling zijn: het uitschrijven van een recept en het onderzoeken van de patiënt. Een medische handeling is een behandeling als er wordt voldaan aan de volgende drie eisen:

¹ Van Es & Raat 1996, p. 1468.

² Waarnaar de hongerstaker verwezen wordt, gebeurt dat in de mannelijke vorm.

³ Leenen 2011, p. 343.

1. indien de eerder verworven informatie wordt toegepast, met als doel om de patiënt te helpen;
2. de handeling erop is gericht om het welzijn van de patiënt te bevorderen;
3. als er naar redelijke verwachting het beoogde doel door de handeling wordt bereikt.⁴

Bij het toepassen van dwangvoeding gaat het om een medische handeling, omdat bij dwangvoeding buiten de wil van de hongerstaker om wordt ingegrepen. De hongerstaker vindt niet dat deze handeling zijn welzijn bevordert. Deze handeling vindt zonder vooroverleg met de patiënt plaats. Een medische behandeling wordt verricht, nadat de arts toestemming heeft gekregen van de patiënt. De patiënt staat achter deze behandeling.

2.2.3 Gevangene/ gedetineerde

Een gedetineerde is degene die in een penitentiaire inrichting verblijft.⁵ Volgens artikel 9 lid 1 Pbw wordt onder een penitentiaire inrichting verstaan:

- huizen van bewaring;
- gevangenissen; voor de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf.
- strafrechtelijke inrichtingen voor stelselmatige daders en de opvang van verslaafden.

Formeel gezien zijn gedetineerden degenen waarop de Pbw en de Pm van toepassing zijn.⁶ Een gevangene is al dan niet onherroepelijk veroordeeld tot een vrijheidsstraf door de rechter. Het begrip gedetineerde is van toepassing bij de beschrijving van de mogelijkheden bij hongerstaking, omdat het begrip alles omvattend is. Zowel degenen die in het huis van bewaring zitten in afwachting van het proces alsmede degenen die al veroordeeld zijn tot een vrijheidsstraf vallen onder de Pbw en de Pm. Een voorbeeld van iemand die niet onder de Pbw valt, is een tbs-gestelde die verblijft in een tbs-inrichting.⁷ Deze specifieke groep heeft een eigen regeling, namelijk de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden (Bvt).

2.2.4 Kunstmatige voeding/ dwangvoeding

Kunstmatige voeding is het toedienen van voeding aan een persoon die niet bij bewustzijn is. Dus wanneer voeding aan een comateus persoon wordt toegediend, is er sprake van kunstmatige voeding. Bij dwangvoeding wordt voeding onder dwang toegediend aan een niet comateus persoon en dus bij bewustzijn is.⁸

2.2.5 Wils(on)bekwaamheid

Iemand is wilsonbekwaam wanneer diegene niet in staat is om zelf een beslissing te nemen. Indien sprake is van wilsonbekwaamheid is diegene niet in staat om de informatie te begrijpen of een afweging te maken. Daarnaast is een wilsonbekwaam persoon niet in staat om de gevolgen te zien van het besluit dat is genomen. Wilsonbekwaamheid zal per situatie door een arts worden beoordeeld.⁹

⁴ Ten Have, Termeulen & van Leeuwen 2009, p. 264.

⁵ Kelk 2008, p. 10.

⁶ Kelk 2008, p. 11.

⁷ Kelk 2008, p. 11.

⁸ British Medical Association in association with the revision of the Malta Declaration currently being considered by WMA Council and National Medical Associations 2006, p. 36-42.

⁹ <www.dwangindezorg.nl/wetten-en-regels/wilsonbekwaam> (geraadpleegd op 02-10-2011).

Een persoon is wilsbekwaam indien hij zelfstandig een beslissing kan maken en de informatie die wordt gegeven, begrijpt.

2.3 De lichamelijke gevolgen van een hongerstaking

2.3.1 De vier fases

Om de vraag te kunnen beantwoorden of tijdens een hongerstaking van een gedetineerde ingegrepen kan worden door middel van dwangvoeding, is het van belang de verschillende fases te herkennen die optreden tijdens de hongerstaking. Deze fases bepalen de duur van de hongerstaking. Deze fases zijn van belang om te kunnen bepalen op welk moment eventueel dwangvoeding kan worden toegediend.

De Johannes Wier Stichting (hierna: JWS) heeft in 2000 richtlijnen ontwikkeld waarin deze verschillende fases uiteen worden gezet. Daarin geeft de JWS aan dat hongerstaking een proces is dat verloopt in vier fases:

- 1) de eerste week;
- 2) de eerste maand;
- 3) na de eerste maand;
- 4) de terminale fase.

In deze handleiding van de JWS worden de verschillende fases nader toegelicht. In de eerste week van de hongerstaking is het gezondheidsrisico nog laag, zolang de hongerstaker genoeg vocht tot zich neemt. De hongerstaking is dan nog te verdragen. Lichaamsbeweging is eventueel nog mogelijk. De eerder al opgetreden honger en maagkramp zullen na een aantal dagen verdwijnen. Verder stelt de JWS dat tijdens de eerste maand niet alleen de lichamelijke klachten zullen toenemen, zoals hoofdpijn, vermoeidheid en spierpijn, maar wordt ook de mobiliteit aangetast. De hongerstaker kan bovendien visusbeperkingen ondervinden. De lichamelijke conditie kan zo verslechteren dat overwogen moet worden de hongerstaker in een ziekenhuis of verpleeghuis op te nemen om zo in een adequate verzorging te voorzien. Na de eerste maand zal de hongerstaker er beroerd aan toe zijn en de veertigste dag is dan een cruciaal moment. Lichamelijk gezien gaat de hongerstaker op de gezondheid achteruit, gepaard gaande met gehoorverlies, slechter zien, misselijkheid en braken. De geestelijke conditie van de hongerstaker blijft echter op peil en gaat niet achteruit. Door zware vermoeidheid kan de hongerstaker concentratieproblemen ondervinden en moeite krijgen met formuleren. Tot slot kunnen in de terminale fase stemmingswisselingen optreden. De hongerstaker kan in een situatie geraken waarin verwardheid optreedt, waarna een comateuze toestand kan volgen en hij uiteindelijk overlijdt, aldus de JWS.

Dit is een proces dat zich erg snel kan ontwikkelen. Het is wel degelijk mogelijk dat dit zich binnen een paar uur voltrekt. Om nog tijdig in te kunnen grijpen, zal de beslissing daartoe al eerder genomen moeten zijn. De snelheid van dit proces van lichamelijke achteruitgang eist dan de aanwezigheid van een team van specialisten. In die fase is er geen tijd meer voor eventuele onderhandelingen.¹⁰

In de literatuur wordt een duur aangegeven van ongeveer 42 tot 79 dagen voordat de dood intreedt bij een hongerstaker. De grens ligt op 60 dagen, ongeveer twee maanden. Deze periode geldt alleen indien tijdens de hongerstaking complicaties uitblijven. De duur is uiteraard afhankelijk van de hoeveelheid vocht die de hongerstaker tot zich neemt. De JWS adviseert om 1 tot 2 liter water per dag te drinken. Door zout, suiker, ORS of multi vitamines

¹⁰ Van Es, Van Ojen & Raat 2000, p. 12-13.

toe te voegen aan het vocht kan de conditie van de hongerstaker zich stabiliseren. Na verloop van tijd echter zal het problematisch worden om deze hoeveelheid vocht te blijven verwerken en in overleg met de hongerstaker kan worden besloten om over te gaan op een vochtinfuus of maagsonde. Het is dan nog de vraag of dit mogelijk is zonder toestemming van de hongerstaker.

Naast hongerstaking komt het voor dat men opteert voor dorststaking. De duur van dit laatstgenoemde proces is aanzienlijk korter. Tijdens een dorststaking wordt zowel voedsel als vocht geweigerd. Het hele proces verloopt dan in een aanzienlijk korter tijdsbestek en kan zich dan in enkele dagen tot hoogstens een week voltrekken. De lichamelijke conditie van de dorststaker neemt snel af, waardoor ook de dood snel intreedt. Het is niet optimaal om dorststaking als machtsmiddel aan te wenden, omdat de termijn waarin de dood intreedt, heel kort is. Het is aan de arts om dit duidelijk te maken aan de dorststaker.¹¹

2.4 Het toedienen van voeding aan een hongerstaker

2.4.1 Infuus of sonde

Een infuus kan alleen worden gebruikt voor het toedienen van water, mineralen, medicijnen et cetera. Voeding kan niet per infuus, maar wel per sonde worden toegediend. De sonde wordt via de neus in de maag gebracht. Indien de hongerstaker bij bewustzijn is, bestaat de kans dat hij zich verzet tegen deze medische handeling. Dan kunnen er maatregelen worden getroffen waardoor de hongerstaker zich niet meer kan verzetten tegen het inbrengen van de sonde en de sonde kan worden verwijderd. Ook bestaat evenwel de mogelijkheid om de hongerstaker onder narcose te brengen, waarna de sonde wordt ingebracht. Het toedienen van voeding onder narcose, dus als de ontvanger niet bij bewustzijn is, wordt kunstmatige voeding genoemd. Indien onder dwang voeding of vocht wordt toegediend, is er sprake van dwangvoeding.¹²

2.4.2 Risico's van dwangvoeding

Aan het toedienen van dwangvoeding kleven risico's. Het gevolg van het inbrengen van een sonde kan bijvoorbeeld zijn dat de hongerstaker onverhoopt een blijvende handicap of orgaanschade hieraan overhoudt. Ook kan het zelfs gebeuren dat de hongerstaker door deze handeling komt te overlijden. De gezondheid van de hongerstaker wordt slechter, naarmate de hongerstaking langer duurt. Hulpverleners stellen zich ten doel de schade aan de gezondheid van de hongerstaker te beperken, maar het is de vraag tot hoe ver ze hierin kunnen gaan.¹³

2.5 Conclusie

De gevolgen voor de gezondheid van hongerstaking zijn zeer ernstig voor de hongerstaker zelf. Het risico dat het lichaam de voeding niet meer verdraagt, is groot, hetgeen zelfs de dood tot gevolg kan hebben. Er is sprake van dwangvoeding wanneer onder dwang voeding wordt toegediend aan een niet comateus persoon. Dwangvoeding kan niet per infuus toegediend worden en dientengevolge zal deze voeding per maagsonde worden toegediend.

¹¹ Van Es, Van Ojen & Raat 2000, p. 9-11.

¹² Van Es 2003.

¹³ Van Es, Van Ojen & Raat 2000, p. 17

Deze handeling is ingrijpend en de hongerstaker kan zich hier uiteraard tegen gaan verzetten, waardoor zijn gezondheid nog verder in gevaar komt. Wordt voedsel toegediend op het moment dat de situatie zo is dat de hongerstaker in coma is geraakt, dan is er sprake van kunstmatige voeding.

Of het mogelijk is om aan de hongerstaker onder dwang voedsel toe te dienen zonder toestemming, is nog een vraag. Op dit aspect wordt in het volgende hoofdstuk binnen nationaal kader nader ingegaan.

3. De mogelijkheden tot het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde binnen nationaalrechtelijk kader

3.1 Inleiding

In het geval een gedetineerde in hongerstaking gaat, wendt hij dit middel voornamelijk aan als machtsmiddel om de gevangenisautoriteiten onder druk te zetten. Het is de hongerstaker er niet om te doen om te overlijden als gevolg van zijn actie, integendeel: het gaat er de hongerstaker om, om zijn doel te bereiken. De detentieomstandigheden vormen veelal het doel om als gedetineerde in hongerstaking te gaan.

In geval van een hongerstaking ontstaat een conflict tussen enerzijds de verantwoordelijkheid van overheid respectievelijk van hulpverleners voor de gezondheid van personen die aan hun zorg zijn toevertrouwd en anderzijds de individuele rechten van de hongerstaker voortvloeiend uit individuele waarden als menselijke waardigheid en zelfbeschikking.¹⁴ Het is de vraag of de overheid kan ingrijpen door middel van dwangvoeding. Een discussie rondom deze vraag ontstond vooral tijdens de hongerstaking van Volkert van der G. in 2002. In die tijd waren de meningen verdeeld ten aanzien van deze kwestie.

In dit hoofdstuk worden de mogelijkheden beschreven met betrekking tot het toedienen van dwangvoeding op basis van nationale wet- en regelgeving. Daarbij wordt uitgegaan van een wilsbekwame, hongerstakende gedetineerde. Of de gedetineerde een verdachte is of dat deze al veroordeeld is voor een strafbaar feit, levert voor de beschrijving geen verschil op. Begonnen wordt met de beschrijving van alle wetgeving die hierop betrekking heeft, bijvoorbeeld de Grondwet (hierna: Gw) en de Pbw. Vervolgens wordt de situatie beschreven, zoals die in 2002 plaatsvond met Volkert van der G. Zijn motief destijds om in hongerstaking te gaan, was naar aanleiding van het permanente cameratoezicht in zijn cel. Dit was de aanleiding tot de discussie of er wettelijke mogelijkheden bestonden om dwangvoeding toe te passen aan een gedetineerde in hongerstaking.

De arts vervult bij dwangvoeding noodzakelijkerwijs een belangrijke functie, omdat hij voor de uitvoering ervan de aangewezen persoon is. De positie van de arts in dezen wordt in paragraaf 2.4 in detail beschreven. Er wordt aandacht besteed aan de standpunten van een aantal artsenorganisaties, zoals die in 2002 over dit onderwerp naar voren zijn gebracht. Nadat op nationaal niveau alle mogelijkheden tot het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde zijn beschreven, volgt een conclusie.

3.2 Wetgeving

Deze paragraaf beschrijft aan de hand van de wetgeving of de mogelijkheid bestaat om dwangvoeding toe te dienen aan een hongerstakende gedetineerde. Daartoe wordt begonnen met te bezien hoe in de Gw deze kwestie wordt behandeld. Vervolgens wordt de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (hierna: GBO) nader toegelicht. Binnen de GBO is artikel 7:450 BW van belang. Bij de vraag naar dwangvoeding wordt binnen de Pbw artikel 32 Pbw ingezoomd. Tot slot wordt de circulaire die door de Staatssecretaris van Justitie in 1985 is opgesteld, nader toegelicht.

¹⁴ Van Es, van Ojen & A. Raat 2000, p. 17.

3.2.1 Grondwet

De grondrechten staan hoofdstuk 1 van de GW vastgelegd. Artikel 10 en 11 Gw zijn van belang wanneer een gedetineerde in hongerstaking is. Artikel 10 Gw bevat de eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en in artikel 11 Gw is de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam vastgelegd.

Artikel 10 lid 1 Gw bepaalt dat bij of krachtens de wet beperkingen kunnen worden opgelegd en dit betekent dat delegatie van de bevoegdheid om te beperken mogelijk is. Er is sprake van een onthoudingsplicht en daarom zijn er geen positieve verplichtingen voor de overheid.¹⁵ Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer wordt in onze samenleving beschouwd als een essentiële voorwaarde voor een menswaardig bestaan en als een van de grondslagen van onze rechtsorde.¹⁶ Artikel 10 Gw bevat klassieke (lid 1) en sociale grondrechten (lid 2 en 3). Door de klassieke grondrechten wordt de burger beschermd tegen de overheid. Bij sociale grondrechten wordt de verplichting aan de overheid opgelegd om de burger zo goed mogelijk te laten functioneren in de maatschappij.

Artikel 11 Gw bevat het recht om zelf over het lichaam te beschikken. Net zoals bij artikel 10 Gw geldt voor artikel 11 Gw dat de overheid zich dient te onthouden om zich in dit recht te mengen, tenzij de wet daar de bevoegdheid voor geeft. Bij dit artikel is ook sprake van 'bij of krachtens de wet'. Dat houdt dus in dat ook hier delegatie mogelijk is. Bij het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstaker wordt dit recht van de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam aangetast, omdat tegen de wil van de gedetineerde voeding wordt toegediend. Een inbreuk op dit recht is alleen gerechtvaardigd op basis van de wet.¹⁷

3.2.2 Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst

De GBO is vastgelegd in boek 7, titel 7, afdeling 5, van het BW. Het is dus een onderdeel van het BW. De bepalingen van de GBO zijn dwingend (artikel 7:468 BW). De GBO is van toepassing bij het verrichten van medische handelingen door een arts waar het een relatie tussen een hulpverlener en een patiënt betreft. Artikel 7:450 lid 1 BW bepaalt dat voor het uitvoeren van een medische handeling toestemming nodig is van de patiënt. Dit wordt ook wel het toestemmingsvereiste genoemd. Dit artikel geldt ook voor een medische handeling in detentie. Bij het toestemmingsvereiste wordt een onderscheid gemaakt tussen de toestemming voor het aangaan van de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de toestemming voor de medische handelingen zelf. Bij het sluiten van de overeenkomst wordt er nog geen toestemming gegeven door de patiënt voor de medische handelingen die nog zullen volgen. Op grond van artikel 7:450 BW moet de arts daar specifiek toestemming voor vragen aan de patiënt.¹⁸ De arts is daartoe verplicht.

De GBO stelt dat de toestemming niet schriftelijk hoeft te worden vastgelegd (artikel 7:451 BW). Wanneer door de patiënt toestemming wordt gegeven, is het van belang dat wordt gekeken naar de totstandkoming van deze gegeven toestemming. Hierbij staat centraal of de patiënt deze informatie die door de arts is verstrekt, heeft begrepen.

Artikel 7:466 lid 2 BW stelt dat toestemming van de patiënt mag worden verondersteld wanneer het gaat om een medische handeling die niet-ingrijpend van aard is. Hier zijn geen nadere regels voor opgesteld. Ook van belang zijn de mogelijke gevolgen van het ingrijpen door een arts. Het is verstandig om als hulpverlener niet te snel toestemming te

¹⁵ Bunschoten 2009.

¹⁶ Hofman 2009.

¹⁷ Bunschoten 2009.

¹⁸ Leenen 2011, p. 203.

veronderstellen, omdat de bewijslast van de gegeven toestemming op de arts rust.¹⁹ Het is mogelijk dat tijdens de operatie zich plotseling de noodzaak aandient ook een andere medische handeling te moeten verrichten, waarvoor de patiënt uiteraard geen toestemming heeft gegeven. Indien deze complicerende factor voor de ingreep had kunnen worden voorzien, is het aan de hulpverlener om hierover vóór de operatie informatie te verstrekken aan de patiënt. Vervolgens kan de patiënt dan hier zijn toestemming voor geven. Op het moment dat er zich tijdens een operatie echter een onvoorziene situatie voordoet, kan een ingreep op dat moment verantwoord zijn.

Er bestaan twee uitzonderingen op de hoofdregel van het toestemmingsvereiste van artikel 7:450 BW. De eerste uitzondering is dat een hulpverlener zonder toestemming een medische handeling kan verrichten, indien de patiënt of diens vertegenwoordiger op grond van artikel 7:465 BW geen toestemming kan geven en dat in het belang van de patiënt de handeling niet kan worden uitgesteld tot het moment dat er wel toestemming kan worden gegeven (art. 7:466 lid 1 BW). Te denken valt aan een situatie waarbij het slachtoffer niet aanspreekbaar is en geen identificatie bij zich draagt, waardoor de vertegenwoordiger niet kan worden ingeschakeld. Een andere situatie is dat de vertegenwoordiger niet tijdig is getraceerd en hulpverlening niet kan wachten tot hij wel traceerbaar is.²⁰ De tweede uitzondering op de hoofdregel is bij toepassing van een therapeutische exceptie (art. 7:448 lid 3 BW). Dit artikel bepaalt dat de hulpverlener inlichtingen voor de patiënt mag onthouden indien het verstrekken van deze informatie een ernstig nadeel voor de patiënt zal opleveren. Bij dwangvoeding wordt gehandeld zonder toestemming van de hongerstaker en daarom is deze uitzondering niet van belang bij het toepassen van dwangvoeding.

De patiënt kan een gegeven toestemming weer intrekken en tevens de behandeling weigeren. De medische handelingen moeten dan worden stopgezet. De hulpverlener dient wel informatie te verschaffen aan de patiënt over de mogelijke gevolgen van het stopzetten van de behandeling. Indien een patiënt een schriftelijke verklaring heeft opgesteld waarin hij vermeldt dat bepaalde handelingen door hem worden geweigerd, kan deze verklaring alsnog door een latere (mondelijke) verklaring teniet worden gedaan. Deze latere verklaring vervangt dan de eerdere verklaring.

In een schriftelijke wilsverklaring legt de patiënt zijn eigen wil vast, die geldt indien hij wilsonbekwaam wordt en dan niet meer in staat is om zijn eigen wil te bepalen. Deze verklaring geldt pas wanneer dat moment intreedt. Hierdoor blijft het zelfbeschikkingsrecht in tact. Zolang de patiënt zijn eigen wil wel kan bepalen, geldt de mondelinge wilsuiting boven de schriftelijke verklaring. In artikel 7:450 lid 3 BW is bepaald dat, indien een patiënt vooraf een schriftelijke verklaring heeft vastgelegd en daarna niet meer bekwaam is om zelf een beslissing te nemen, deze beslissing wordt gerespecteerd. De hulpverlener kan hiervan afwijken als daar gegronde redenen voor zijn. Er is sprake van een gegronde reden, indien de situatie van een patiënt is veranderd en de gegevens waarop de schriftelijke wilsverklaring is gebaseerd, zijn verouderd. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om een nieuwe therapie die ten tijde van het schriftelijk opstellen van de wilsverklaring, nog niet bekend was. De hulpverlener krijgt een grote vrijheid om van de wilsverklaring af te wijken, indien hij hiervoor een gegronde reden kan geven. Daarvan kan sprake zijn, indien er een aanmerkelijk verschil is opgetreden tussen de actuele situatie en de situatie zoals die was ten tijde van het opstellen van de verklaring.

In de praktijk blijkt dat dit toch vrij lastig is voor de hulpverlener om te beoordelen, omdat hij allereerst moet vaststellen dat de verklaring werkelijk van deze patiënt afkomstig is om vervolgens na te gaan of de patiënt op het moment dat hij deze beslissing nam, wel wilsbekwaam was.

¹⁹ Leenen 2011, p. 205.

²⁰ Stolker 2011.

Tot slot wordt door de hulpverlener de achterliggende gedachte van de patiënt in ogenschouw genomen; er volgt dus een afweging van wat voor doel die patiënt voor ogen had. Het is erg lastig voor de hulpverlener om zich daarvan een correct beeld te vormen en om daarover te oordelen.²¹

3.2.3 Penitentiaire Beginselenwet

Artikel 32 Pbw bevat een uitzondering op het toestemmingsvereiste van artikel 7:450 BW en welke van toepassing kan zijn op een gedetineerde. In dit artikel is bepaald dat:

'De directeur een gedetineerde kan verplichten te gedogen dat ten aanzien van hem een bepaalde geneeskundige handeling wordt verricht, indien die handeling naar het oordeel van een arts volstrekt noodzakelijk is ter afwending van gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde of van anderen. De handeling wordt verricht door een arts of, in diens opdracht, door een verpleegkundige.'

In de Memorie van Toelichting bij dit artikel is gesteld dat toestemming van de gedetineerde conform artikel 7:450 BW is vereist om een medische handeling te kunnen verrichten. De minister van Justitie en de directeur zijn samen verantwoordelijk voor de gezondheid van de gedetineerde zolang hij zich in detentie bevindt. Wanneer de gedetineerde geen toestemming geeft, is de medische handeling niet altijd onrechtmatig. Artikel 32 lid 1 Pbw stelt namelijk dat wanneer een medische handeling noodzakelijk is ter afwending van gevaar, de handeling kan worden gedoogd. Dwangmedicatie kan worden toegediend op basis van dit artikel. Onder 'ernstig gevaar' wordt onder andere levensgevaar bedoeld, maar ook gevaar voor ernstige zelfverminking of blijvende invaliditeit. De medische handeling is ook toelaatbaar wanneer het gaat om ernstig gevaar voor de gezondheid en veiligheid van anderen. Het begrip 'anderen' uit artikel 32 lid 1 Pbw wordt in de Memorie van Toelichting niet nader toegelicht. Wat kan worden afgeleid uit het artikel is dat het gaat om medegedetineerden of personeel die werkzaam is in de inrichting. Er moet wel steeds worden nagegaan of het beoogde doel niet door andere middelen kan worden bereikt. Het proportionaliteitsbeginsel en subsidiariteitsbeginsel spelen hierbij een rol.²²

De memorie van toelichting bepaalt dat artikel 32 Pbw voornamelijk is opgenomen in de Pbw, omdat het aantal gedetineerden met geestelijke stoornissen die onbeheersbaar gedrag tot gevolg hebben, is gegroeid. De bevoegdheid ligt bij de directeur, maar die kan op zijn beurt de arts niet verplichten om een medische handeling te verrichten. De arts dient zelf te oordelen over de medische kwestie.²³ De arts kan dus op grond van artikel 32 Pbw zonder toestemming van de gedetineerde inbreuk maken op zijn lichamelijke integriteit.

Artikel 21 t/m 23 Pm is een nadere uitwerking van artikel 32 Pbw. Artikel 21 lid 1 Pm bepaalt dat de directeur, voorafgaand aan zijn besluit om onder dwang een medische handeling te verrichten, in overleg gaat met de arts en het hoofd van de afdeling waar de gedetineerde op dat moment verblijft. Wanneer de handeling door een andere arts wordt uitgevoerd, wordt ook met hem overlegd. Wanneer het gaat om een geneeskundige handeling onder dwang en de gedetineerde heeft een psychische stoornis, dan wordt ook met de psychiater overleg gepleegd (lid 2). Er moet wel steeds gekozen worden voor de minst ingrijpende manier, aldus lid 3.

Artikel 22 Pm is ook van toepassing wanneer onder dwang een medische handeling wordt verricht; in dat geval moet op basis van dit artikel onverwijld een melding worden gedaan aan

²¹ Leenen 2011, p. 208.

²² Kamerstukken II 1994/95, 24 263, nr. 3, p. 52 en 53.

²³ Kamerstukken II 1994/95, 24 263, nr. 3, p. 52 en 53.

de minister van Justitie en de Commissie van Toezicht. Bij gevaar dat voortkomt uit een geestelijke stoornis moet onverwijld een melding worden gedaan aan de desbetreffende bevoegde regionale inspecteur voor de gezondheidszorg. Deze meldingen zijn geregeld in artikel 22 lid 2 Pm. Bij de keuze voor een geneeskundige handeling moet steeds worden gekozen voor de minst ingrijpende mogelijkheid.

Artikel 23 Pm gaat over het opstellen van een geneeskundig plan. Zo spoedig mogelijk na de dwangbehandeling wordt door de arts een plan opgesteld dat erop gericht is de toestand van de gedetineerde te verbeteren en tevens de beëindiging van de toepassing van de medische handeling onder dwang beoogt. Dit plan wordt opgenomen in het medisch dossier van de gedetineerde.

Artikel 42 Pbw bevat het recht op medische verzorging. In beginsel wordt dit recht door de inrichtingsarts verwezenlijkt. Aan een inrichting zijn een huisarts, tandarts en een psychiater verbonden. De huisarts is niet alleen de behandelend arts van de gedetineerde, maar brengt ook adviezen uit aan de directie en heeft tevens een controlerende functie. Inzake medische kwesties is zijn oordeel doorslaggevend. De uitvoering van ingrijpende maatregelen ten aanzien van een gedetineerde levert in de praktijk veelal problemen op. Dit kan de gedetineerde als een inbreuk ervaren in zijn relatie tot zijn behandelend arts. Dit kan het vertrouwen verstoren dat bestaat tussen de gedetineerde en de arts. Het is dan aan de directie om voor de uitvoering van deze dwangmaatregelen politieartsen of een arts die aan de GGD verbonden is, te regelen. Ook zij kunnen worden aangemerkt als een aan de inrichting verbonden arts in de zin van artikel 42 Pbw.²⁴

3.2.3.1 Artikel 32 Pbw en dwangvoeding

Artikel 32 Pbw is van belang bij het toepassen van dwangvoeding, omdat dit artikel bepaalt dat de directeur een gedetineerde kan verplichten te gedogen dat ten aanzien van hem een bepaalde geneeskundige handeling wordt verricht. De bevoegdheid om te beslissen of onder dwang een geneeskundige handeling kan worden verricht, ligt volgens artikel 32 Pbw bij de directeur van de inrichting. Dit besluitvormingsproces wordt in artikel 32 Pbw aan de hand van drie stappen nader toegelicht:

- 1) Eerst wordt door de arts een afweging gemaakt of sprake is van een situatie waar een medisch ingreep noodzakelijk is ter afwending van ernstig gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde of anderen. De arts geeft een medisch deskundig oordeel, maar er is nog geen sprake van een medische handeling.
- 2) De volgende stap is dat de directeur van de inrichting de beslissing maakt of onder dwang een medische handeling wordt verricht. De directeur maakt deze beslissing op grond van artikel 32 Pbw. Hij neemt de beslissing of onder dwang de medische handeling wordt uitgevoerd.
- 3) Voor de uitvoering van deze medische handeling is de arts verantwoordelijk of, in diens opdracht, een verpleegkundige. De directeur kan de arts niet verplichten om de arts de handeling uit te laten voeren. Artikel 32 Pbw schrijft dit ook niet voor. De arts oordeelt zelf aan de hand van zijn eigen medische maatstaf of hij de medische handeling onder dwang uitvoert.²⁵

Op grond van artikel 32 Pbw heeft de directeur de bevoegdheid om door een arts bij een gedetineerde een medische handeling onder dwang te laten verrichten, brengt met zich mee dat dit een inbreuk op de lichamelijke integriteit van de gedetineerde wordt gemaakt.

²⁴ Kamerstukken II 1994/95, 24 263, nr. 3, p. 62.

²⁵ Jacobs 2009, p. 462.

Artikel 32 Pbw kan worden toegepast bij een hongerstakingende gedetineerde, indien het toedienen van voeding en/of vocht onder een medische handeling valt waardoor een medische handeling tegen de wil van de hongerstaker kan worden gedoogd. De wetgever heeft bepaald dat in bepaalde gevallen kunstmatig voeden onder een geneeskundige handeling valt. Wanneer een gedetineerde in honger- en/of dorststaking is, wordt de wil van de gedetineerde als uitgangspunt genomen. In de Verklaring van Tokio van de World Medical Association (hierna: WMA) die in 1975 is opgesteld²⁶, is bepaald dat de gedetineerde die in hongerstaking is niet kunstmatig gevoed mag worden. Indien de gedetineerde nog in staat is om zijn eigen wil te bepalen, wordt dit gerespecteerd. Wanneer de gedetineerde wilsonbekwaam wordt geacht, kan kunstmatige voeding dan wel dwangvoeding worden toegepast. Dit is dan een medische handeling op grond van artikel 32 Pbw. Aan de eisen van artikel 32 Pbw moet dan wel worden voldaan.²⁷

Wat dus nadrukkelijk bij de bedoeling van de wetgever naar voren komt, is dat als uitgangspunt de eigen wil van de gedetineerde wordt gehanteerd. Dwangvoeding of kunstmatige voeding kan alleen worden toegepast op grond van artikel 32 Pbw als de gedetineerde niet meer in staat is om zijn eigen wil te bepalen, dus wilsonbekwaam, is. In andere gevallen dient de wil van de gedetineerde te worden gerespecteerd.

3.2.4 Circulaire 1985

In 1985 werd door de Staatssecretaris van Justitie een circulaire opgesteld, bedoeld als richtsnoer over hoe te handelen bij een gedetineerde in hongerstaking. De circulaire bevat richtlijnen en is daardoor niet bindend. Gedetineerden kunnen in rechte echter wel een beroep doen op deze circulaire. Een circulaire bevat uitleg van wetten en besluiten en bepaalt de handelswijze in de praktijk.²⁸ Het is daarom van belang om deze circulaire in acht te nemen. Er worden drie opvattingen in deze circulaire beschreven waarbij de zienswijze van de Staatssecretaris van Justitie wordt gegeven. Zij gaat bij elke opvatting na of dit wel of niet toelaatbaar wordt geacht.²⁹

De eerste opvatting is dat dwangvoeding wordt toegediend door de inrichtingsarts in overleg met de directeur. Dit is de meest vergaande manier. Door medici wordt dit standpunt verworpen en zo ook door de Staatssecretaris van Justitie. Ook een indirecte wijze van dwangvoeding, zoals het voorzetten van voedsel, wordt in de circulaire van de hand gewezen. Er kan wel een mededeling worden gedaan aan de hongerstakingende gedetineerde over de tijdstippen waarop maaltijden binnen de inrichting worden verstrekt.

De tweede opvatting is dat niet tot dwangvoeding wordt overgegaan, zolang de gedetineerde zijn eigen wil kan bepalen. Wanneer hij in hongerstaking is, maakt hij zelf de keuze om geen voeding tot zich te nemen. Dan kan de gevangenisdirecteur niet ingrijpen door middel van het toedienen van dwangvoeding door een arts. Deze opvatting laat dwangvoeding wel toe, indien de gedetineerde tijdens zijn hongerstaking buiten bewustzijn raakt. Wanneer bij een persoon die in coma raakt kunstmatig voeding wordt toegediend, zijn er medisch gezien risico's aan verbonden.³⁰ Daarom verwerpt de Staatssecretaris in de circulaire ook deze opvatting. Er kan alleen tot dwangvoeding worden overgegaan wanneer de eventuele risico's

²⁶ De verklaring van Tokio (1975) zal nader worden toegelicht in paragraaf 2.2.4.1.

²⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24 263, nr. 6, p. 28.

²⁸ Wellens 1988, p. 42.

²⁹ Circulaire van de Staatssecretaris van Justitie, d.d. 4 december 1985, 'Gedetineerde in hongerstaking', nr. 799/ 385, PI 1986, nr. 31.

³⁰ Zie paragraaf 1.4.2.

opwegen tegen de omstandigheden die van invloed kunnen zijn op deze beslissing en daarmee de comateuze gedetineerde weer bij bewustzijn kunnen brengen.³¹

De derde opvatting is de meest gangbare volgens de Staatssecretaris. Bij deze opvatting moet rekening worden gehouden met de eigen wil van de gedetineerde. Indien hij uitdrukkelijk heeft verklaard dat hij in hongerstaking wil blijven en dus geen voeding tot zich zal nemen, moet dit worden gerespecteerd. De wil van de gedetineerde staat centraal. In de praktijk wordt deze zienswijze het meest gevolgd, aldus de Staatssecretaris. Het is de taak van de overheid om in deze situatie zowel de lichamelijke als de psychische beschadiging bij een hongerstaking gedetineerde zoveel mogelijk te beperken.

De Staatssecretaris is zich bewust van de betekenis van de derde opvatting, namelijk om niet in te grijpen indien dit tegen de wil is van de hongerstaking gedetineerde is. Het gevolg hiervan kan zijn dat de gedetineerde komt te overlijden. Daarom heeft de Staatssecretaris in de circulaire een bepaalde handelwijze beschreven die gevolgd moet worden, indien de hongerstaking gedetineerde bij zijn keuze blijft om geen voedsel meer tot zich te nemen. Het is dan van belang dat er door een arts regelmatig voorlichting wordt gegeven aan de gedetineerde over de gevolgen van zijn hongerstaking en de verschijnselen die kunnen optreden zolang hij in hongerstaking blijft. Dan is het aan de hongerstaker zelf om te bepalen of hij zijn hongerstaking wil voortzetten. Verder is het ook relevant dat de verklaringen die de gedetineerde heeft afgelegd tegenover de directeur en de arts schriftelijk worden vastgelegd. Wanneer de gedetineerde in coma raakt, is het belangrijk om te weten wat de wens van de gedetineerde is en of er wel of niet en op welk moment moet worden ingegrepen. De overheid blijft namelijk verantwoordelijk voor de medische verzorging van de gedetineerde.

Verder komt uit de circulaire naar voren dat de gedetineerde eventueel zelf om een buitenconsult kan vragen. Het kan ook zijn dat de arts zelf behoefte heeft aan ondersteuning en om een buitenconsult vraagt. Het is zelfs gewenst dat er een onafhankelijke arts komt wanneer de hongerstaking ongeveer 30 dagen duurt, ter ondersteuning van de betrokken behandelende arts. Deze onafhankelijke arts kan advies uitbrengen over de handelwijze tijdens de hongerstaking. De gedetineerde kan ook overgeplaatst worden naar het Penitentiair Ziekenhuis (P.Z.)³² dat in Den Haag is gevestigd. Dat is eveneens een huis van bewaring. Wanneer het gaat om voedselweigering door psychische factoren kan de gedetineerde worden overgebracht naar een opvang voor geestelijke gestoorde gedetineerden, bijvoorbeeld naar de Forensische Observatie- en Begeleidingsafdeling in het huis van bewaring Het Veer (Foba) of naar het huis van bewaring Pieter Baan Centrum. Deze overplaatsing kan ook gerealiseerd worden voor de periode van 30 dagen van de hongerstaking, wanneer er zich psychische factoren voordoen.

3.3 Volkert van der G.

Op 6 mei 2002 werd Pim Fortuyn vermoord door Volkert van der G. De angst bestond dat gedetineerde Volkert van der G. zichzelf van het leven zou beroven. Om die reden werden er camera's in zijn cel opgehangen en stond hij dus op deze wijze onder voortdurend toezicht. Op 12 juli 2002 kwam Volkert van der G. tegen de plaatsing van camera's in zijn cel in opstand en besloot in hongerstaking te gaan. Hij verzette zich tegen het licht in de cel dat veroorzaakt werd door de permanente camerabewaking. Justitie besloot toen over te gaan op het gebruik van een infraroodcamera, omdat door die camera het licht niet dag en nacht in zijn cel aan hoefde te zijn.

³¹ Circulaire van de Staatssecretaris van Justitie, d.d. 4 december 1985, 'Gedetineerde in hongerstaking', nr. 799/ 385, PI 1986, nr. 31.

³² Het Penitentiair Ziekenhuis heeft een naamswijziging ondergaan en heet nu het Justitieel Medisch Centrum (JMC).

De beklagcommissie bij het huis van bewaring Het Veer had het beklag tegen de beslissing van de directeur tot verlenging van het cameratoezicht gegrond verklaard. De directeur had tegen deze beslissing beroep aangetekend. Tevens had de beklagcommissie bij het huis van bewaring Demersluis de beklagen ongegrond verklaard. Deze beklagen hadden betrekking op het cameratoezicht dat was opgelegd en de verlenging daarvan. De gedetineerde ging in beroep tegen deze beslissing. Beide zaken betrof de regelgeving nog voordat de noodmaatregel werd toegepast. De beroepscommissie van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (hierna: RSJ) had het beroep van de directeur ongegrond verklaard, omdat onvoldoende was vastgesteld dat het suïciderisico zich in het geheel niet voordeed en tevens was het advies van de psychiater te algemeen.³³ Het beroep van de gedetineerde tegen de beslissing van de beklagcommissie in Demersluis werd door de RSJ gegrond verklaard, omdat de RSJ van oordeel was dat permanent toezicht een te ingrijpende maatregel was zonder wettelijke basis.³⁴

Door de noodmaatregel die voormalig minister van Justitie Korthals had ontworpen, kon het cameratoezicht in de cel van Volkert van der G. worden voortgezet. Dit was gebaseerd op het vermoeden van 'grote maatschappelijke onrust' die zou ontstaan wanneer de verdachte zou komen te overlijden. Volkert tekende beroep aan bij de beroepscommissie. De beslissing van de Commissie van Toezicht op 25 juli 2002 was dat de directie van de gevangenis waar Volkert van der G. zich bevond, niet onrechtmatig had gehandeld door een beroep te doen op deze noodmaatregel. De permanente camerabewaking kon door deze beslissing worden voortgezet. De RSJ oordeelde op 12 september 2002 dat de noodmaatregel niet in strijd was met een wettelijke bepaling en ook niet met het EVRM. De RSJ verklaarde dat:

*'De cameraobservatie in zoverre in ieder geval doelmatig en daarmee ook noodzakelijk is dat het vorm geeft aan de verplichting van de penitentiaire overheid om te streven naar het voorkomen van grote maatschappelijke onrust door ontvluchting of schade aan de gezondheid van klager.'*³⁵

In 2004 deed het EHRM uitspraak in deze zaak. Het EHRM was van oordeel dat:

*'placing a person under permanent camera surveillance whilst in detention – which already entails a considerable limitation on a person's privacy – has to be regarded as a serious interference with the individual's right to respect for his or her privacy.'*³⁶

Het EHRM erkende dat cameratoezicht een ernstige beperking was op de privacy van de gedetineerde, maar aan de andere kant stelde het EHRM dat:

*'the killing of Mr Fortuyn – perceived by many as a direct attack on democracy – caused widespread reactions of shock and indignation in Netherlands society.'*³⁷

De moord op Pim Fortuyn veroorzaakte een grote schok en verontwaardiging in de Nederlandse samenleving. Door velen werd deze moord beschouwd als een directe aanval op democratie, aldus het EHRM. Het EHRM erkende verder in deze zaak dat er een zware verantwoordelijkheid rustte op de gevangenisautoriteiten, omdat zij moesten voorkomen dat Volkert van der G. zou ontsnappen of in zijn gezondheid werd geschaad. Het EHRM stelde over deze verantwoordelijkheid het volgende:

³³ RSJ 2 augustus 2002, 'Uitspraken beroepscommissie inzake Volkert van der G'. <www.recht.nl>

³⁴ RSJ 2 augustus 2002, 'Uitspraken beroepscommissie inzake Volkert van der G'. <www.recht.nl>

³⁵ RSJ 12 september 2002, zaaknummer: 02/1580/GA.

³⁶ EHRM 1 juni 2004, *Volkert van der Graaft. Nederland*, Application no. 8704/03.

³⁷ EHRM 1 juni 2004, *Volkert van der Graaft. Nederland*, Application no. 8704/03.

*'This responsibility stemmed directly from the fact that the Netherlands authorities rightly considered it to be of the utmost importance that, in order to appease and prevent the great public unrest caused by the killing of Mr Fortuyn, the applicant be brought to trial.'*³⁸

Deze verantwoordelijkheid vloeide voort uit het feit dat de Nederlandse autoriteiten terecht hadden beschouwd dat het van het belang was om Volkert van der G. te kunnen berechten om zo de samenleving te kalmeren en te voorkomen dat een grote publieke onrust zou ontstaan.

Het EHRM oordeelde dat in 2002 geen onredelijke balans bestond tussen de betrokken belangen of dat de Nederlandse autoriteiten de zekere 'margin of appreciation' hadden overschreden. Het EHRM concludeerde dat de inmenging kon worden beschouwd als noodzakelijk in een democratische samenleving, in het belang van de openbare veiligheid en ter voorkoming van wanordelijkheden en strafbare feiten. De klacht werd om deze redenen kennelijk ongegrond en de aanvraag van Volkert van der G. werd niet-ontvankelijk verklaard.³⁹

Ten tijde van de uitspraak van de RSJ was Volkert van der G. al 63 dagen in hongerstaking, maar hij dronk nog wel vruchtensap. Tijdens de hongerstaking had hij een wilsverklaring opgesteld waarin stond vermeld dat, wanneer zijn situatie zou verslechteren er geen dwangvoeding aan hem zou mogen worden toegediend. Na de veertigste dag van zijn hongerstaking begon zijn gezondheid achteruit te gaan. De vraag kwam of de mogelijkheid bestond om eventueel dwangvoeding toe te dienen.

Naar aanleiding van de hongerstaking van Volkert barstte in Nederland een discussie los, omdat er onduidelijkheden waren over het beleid dat in Nederland werd gevoerd. Wanneer hij zou komen te overlijden, zou hij zijn straf ontlopen. Hij zou dan niet meer terecht kunnen staan. Een meerderheid van de Tweede Kamer vond dat dwangvoeding in het uiterste geval bij Volkert van der G. moest worden toegepast indien de gezondheid van Volkert in gevaar zou lopen.⁴⁰ De LPF vond dat hij geen recht meer had op zelfbeschikking, omdat hij dit recht had verspild op het moment dat hij de politicus Pim Fortuyn had vermoord. De LPF was dus van mening dat dwangvoeding was toegestaan, zodat de dood van Volkert van der G. zou worden voorkomen.⁴¹ Van Haersma Buma (CDA) wilde dat justitie onder dwang voeding toediende, zodra de situatie levensbedreigend werd. Er moest worden voorkomen dat de verdachte zijn straf zou ontlopen.⁴²

Van Heemst en Albayrak, beiden leden van de PvdA, hebben de minister van Justitie, de heer Donner, een aantal Kamervragen gesteld. Ze vroegen zich af of het mogelijk was om aan Volkert van der G. dwangvoeding toe te dienen. De minister antwoordde hierop:

*'Bij een beslissing over de gedwongen voeding zijn derhalve meer belangen en overwegingen aan de orde dan alleen de wil en wilsbekwaamheid van de betrokkene. Ik heb geen behoefte om vooruit te lopen op de eventuele afwegingen ter zake, voordat deze daadwerkelijk aan de orde is. Wel hecht ik eraan duidelijk te maken dat ik veel belang hecht aan een ongestoorde rechtsgang.'*⁴³

³⁸ EHRM 1 juni 2004, *Volkert van der Graaft. Nederland*, Application no. 8704/03.

³⁹ EHRM 1 juni 2004, *Volkert van der Graaft. Nederland*, Application no. 8704/03.

⁴⁰ NRC Handelsblad 23 augustus 2002, 'Minister Donner ziet ruimte in de wet voor dwangvoeding'.

⁴¹ NRC Handelsblad 22 augustus 2002, 'Dwangvoeding 'niet uitgesloten'. <www.nrc.nl>

⁴² NRC Handelsblad 15 juli 2002, 'Volkert v.d. G. bewaakt met infraroodcamera in zijn cel'. <www.nrc.nl>.

⁴³ Aangangsel Handelingen II, 2001/02, nr.1547, herdruk.

Met dit antwoord gaf minister Donner nog niet direct duidelijkheid inzake het probleem of dwangvoeding aan Volkert van der G. zou kunnen worden toegepast. Hij bleef met dit antwoord op de vlakte. De eisen van artikel 32 Pbw werden wel genoemd en daarbij werd nog een eis aan toegevoegd, namelijk: een ongestoorde rechtsgang. Hier hechtte hij veel waarde aan, zei de minister tot slot. Wanneer Volkert van der G. zou komen te overlijden, zou dit betekenen dat de rechtsgang verstoord zou worden. Hij kon dan namelijk niet meer terecht staan. Dit zou binnen de samenleving voor onrust kunnen zorgen.

Op 12 september 2002 werd door Kamerlid Teeven van Leefbaar Nederland een aantal Kamervragen ingediend naar aanleiding van het standpunt van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) over de dwangvoeding van Volkert van der G. De IGZ was van mening dat er geen ruimte bestond in de wetgeving om dwangvoeding toe te passen, indien een gedetineerde nog volledig wilsbekwaam was.⁴⁴ Het antwoord dat minister Donner hierop gaf, was een stuk uitgebreider dan de antwoorden op de vragen van van Heemst en Albayrak. Hij gaf aan dat het bij hongerstaking gedetineerde om twee verantwoordelijkheden zou gaan. Ten eerste ging het om de verantwoordelijkheid van de minister van Justitie om het algemeen belang te beschermen. Ten tweede ging het om de verantwoordelijkheid van de arts die ervoor staat dat het welzijn van zijn gedetineerde patiënt is gegarandeerd. Tussen deze verantwoordelijkheden bestaat een verschil, nl.: het feit dat de minister van Justitie de bevoegdheid om een geneeskundige handeling te gedogen op grond van artikel 32 Pbw aan de gevangenisdirecteur had geattribueerd. De directeur was bevoegd om een beslissing te maken of een geneeskundige handeling kon worden gedoogd. De directeur moest niet alleen voor de bescherming van gedetineerden binnen de gevangenis zorgen, maar ook voor de rechtsorde. Over de bescherming van de rechtsorde zei minister Donner het volgende:

*'Bij de bescherming van de rechtsorde kan worden gedacht aan verzekering van een normale rechtsgang die, gelet op de aard en de ernst van het delict en de zeer ernstige geschoktheid van de rechtsorde, van groot belang is voor herstel van de samenleving van die geschoktheid, en aan het effect van een eventuele dood van de hongerstaker op de samenleving.'*⁴⁵

Hierbij gaf minister Donner aan dat niet alleen de wil en de wilsbekwaamheid van de hongerstaking gedetineerde van belang was, maar ook het publiek belang moest worden meegewogen bij de beslissing of dwangvoeding kon worden toegepast.⁴⁶

Minister Donner gaf in zijn antwoord dus aan dat niet alleen een het belang van de ongestoorde rechtsgang als toevoeging bij artikel 32 Pbw gold, maar bescherming van de rechtsorde speelde ook een rol bij de afweging of dwangvoeding kon worden toegepast. Dit is een nieuw criterium dat door hem toegevoegd werd aan de eisen van artikel 32 Pbw. Er moest dus steeds een afweging worden gemaakt hoe groot de schok in de samenleving was, die veroorzaakt werd door dat gepleegde delict. Deze afweging moest door de directeur van de gevangenis zorgvuldig worden gemaakt en het resultaat daarvan vastgesteld. De directeur moest niet alleen kijken naar de orde binnen zijn inrichting, maar ook naar het algemeen belang en de rechtsorde. Deze beoordelingsruimte is ruimer dan de Pbw en de circulaire uit 1985 hadden gesteld.⁴⁷ Minister Donner voegde nog aan zijn antwoord toe dat dit bredere toetsingskader zou worden vastgelegd in een nieuwe circulaire. Die is echter tot op heden nog niet verschenen. Het is wel van belang dat die circulaire gaat verschijnen, omdat de minister een ruime bevoegdheid had neergelegd bij de directeur en hij geen richtlijnen gaf waarop deze beslissing gebaseerd moest worden.

⁴⁴ Het standpunt van de IGZ wordt nader toegelicht in paragraaf 2.4.2.

⁴⁵ Aanhangsel Handelingen II, 2002/03, nr. 474.

⁴⁶ Aanhangsel Handelingen II, 2002/03, nr. 474.

⁴⁷ Jacobs 2009, p. 470.

Een aantal artsen, LPF-kamerleden, waren bereid om zelf dwangvoeding aan Volkert van der G toe te dienen⁴⁸, maar op 19 september 2002 stopte Volkert van der G. met zijn hongerstaking. Het toepassen van dwangvoeding is derhalve uitgebleven.

Tijdens de hongerstaking van Volkert van der G. zag minister Donner dus wel een mogelijkheid in de Pbw om dwangvoeding toe te passen. Echter, medici hadden in 2002 zelf ook hun standpunt in deze kwestie. De arts speelt een belangrijke rol in dit proces, omdat hij eventueel de dwangvoeding zal toedienen aan een hongerstakingende gedetineerde. De arts kan niet verplicht worden door de directeur om dwangvoeding toe te dienen aan een gedetineerde in hongerstaking. Hij maakt een eigen afweging op basis van zijn eigen medische ethiek. De positie van de arts wordt in de volgende paragraaf apart behandeld.

3.4 Positie van de arts

In tegenstelling tot minister Donner zagen de medische organisaties in 2002 geen ruimte in de wet om dwangvoeding toe te passen wanneer de hongerstakingende gedetineerde uitdrukkelijk heeft verklaard niet te willen meewerken aan deze medische handeling. Dit bleek uit verschillende reacties op de hongerstaking van Volkert van der G. Velerlei organisaties lieten tijdens deze hongerstaking in 2002 hun mening over deze kwestie horen. De arts is een onmisbare partij, omdat alleen deze dwangvoeding kan toedienen. Daarom is de positie van de arts van belang als het gaat om het toedienen van dwangvoeding aan een gedetineerde die in hongerstaking is gegaan. Zonder de arts kan dwangvoeding immers niet plaatsvinden. De arts heeft een dilemma bij zijn afweging om dwangvoeding toe te passen. Hij heeft namelijk een duale loyaliteit. Hij heeft een loyaliteit richting de patiënt, maar ook ten opzichte van de inrichting waar de arts werkzaam is. De arts is aan de ene kant werknemer en dient zich aan de regels van de instelling te houden, maar is tevens hulpverlener van de gedetineerde waarbij van belang is dat er een vertrouwenband bestaat tussen de arts en de gedetineerde.

In de volgende paragrafen worden de standpunten van de JWS en medische organisaties behandeld, zoals de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (hierna: KNMG), de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: IGZ) en tot slot de WMA.

3.4.1 Johannes Wier Stichting

De JWS zet zich in voor de mensenrechten in de gezondheidszorg. Wat centraal staat, is de verantwoordelijkheid van alle gezondheidswerkers voor de mensenrechten.⁴⁹ Een speerpunt van de JWS is hongerstaking. Volgens de JWS mag bij een gedetineerde die in hongerstaking is, zoals Van der G., geen medische handeling worden verricht wanneer dat tegen de wil is van de hongerstakingende gedetineerde. In een interview met de NOS op 15 juli 2002 zei René Koene van de JWS-werkgroep Hongerstaking:

'Als iemand wilsbekwaam is en tot een weloverwogen oordeel in staat is en hij geeft aan dat hij niet gevoed wil worden, bijvoorbeeld door een schriftelijke wilsbeschikking, dan is het medisch-ethisch niet toegestaan om dit te doen. Iedere patiënt heeft recht om een behandeling te weigeren. Dat is eigenlijk de kern van de zaak. [...].'⁵⁰

Hieruit blijkt dat dwangvoeding alleen wordt toegelaten, dat alleen overgegaan kan worden tot dwangvoeding, indien de hongerstaker daar zijn toestemming voor geeft.

⁴⁸ NRC Handelsblad 14 september 2002, 'LPF'ers willen Volkert zelf dwangvoeden.' <www.nrc.nl>

⁴⁹ <www.johannes-wier.nl> (geraadpleegd op 01-09-2011).

⁵⁰ <<http://www.johannes-wier.nl/content.php?page=25>> (geraadpleegd op 01-08-2011).

Dit kan mondeling of schriftelijk worden gedaan in een wilsverklaring. Er kan pas worden overgegaan op het kunstmatig toedienen van voeding op het moment dat de hongerstaker in coma is geraakt en het niet bekend is wat de wil is van de hongerstaker. Wordt tegen de wil van de gedetineerde overgegaan op kunstmatig toedienen van voeding, dan is er sprake van dwangvoeding.

De JWS heeft richtlijnen ontwikkeld die de handelswijze aangeven voor gezondheidspersoneel wanneer een hongerstaking plaatsvindt.⁵¹ Deze richtlijnen worden binnen detentiecentra door (medisch) personeel gebruikt als handvat wanneer zij te maken krijgen met de hongerstaking van een gedetineerde. Deze richtlijnen zijn belangrijk, maar niet dwingend.⁵² In deze richtlijnen is wel uitdrukkelijk gesteld dat geen interventie mag plaatsvinden indien de hongerstaker wilsbekwaam is.

Wat uit de richtlijnen naar voren komt, is dat er een goede communicatie moet blijven bestaan tussen de hongerstaker en zijn arts. De hongerstaker moet tijdig worden ingelicht over de lichamelijke gevolgen die kunnen intreden wanneer hij de hongerstaking voortzet. Deze richtlijnen schrijven voor om niet tegen de wil van de hongerstakende gedetineerde dwangvoeding toe te dienen. Wanneer de hongerstaker een wilsverklaring heeft opgesteld waarin hij heeft vastgelegd dat niet mag worden ingegrepen door middel van het kunstmatig toedienen van voeding als hij in coma raakt, dient die gerespecteerd te worden. Wat inhoudt dat de JWS van mening is dat er geen medische handeling wordt verricht zolang die tegen de wil van de hongerstakende gedetineerde is.

3.4.2 De Inspectie voor de Gezondheidszorg

De doelstelling van de IGZ is: 'Het bevorderen van de volksgezondheid door middel van handhaving van de kwaliteit van de zorg, preventie en medische producten. Tevens brengt de IGZ adviezen uit aan de bewindspersonen.'⁵³

Naar aanleiding van de kwestie Volkert heeft de IGZ in 2002 hun standpunt duidelijk gemaakt in een brief naar de KNMG met als advies dat artsen niet mee mogen werken aan het toedienen van dwangvoeding. Alle nationale en internationale regelgeving schrijven voor dat het toedienen van voeding onder dwang niet is toegestaan, aldus de IGZ. De wil van de hongerstakende gedetineerde staat centraal en dient te worden gerespecteerd. De hongerstaker maakt zelf het besluit om geen voedsel tot zich te nemen, terwijl de gevolgen van de hongerstaking voor hem bekend zijn.⁵⁴ De IGZ gaat zelfs zo ver dat ze in het Medisch Contact⁵⁵ meldt dat de zaak aanhangig wordt gemaakt bij het medisch tuchtcollege wanneer een arts toch besluit mee te werken aan het toedienen van voeding onder dwang.⁵⁶ Het advies van de IGZ moeten artsen wel in acht nemen, omdat de IGZ artsen tuchtrechtelijk kan vervolgen. Terwijl minister Donner in 2002 wel een opening zag in de regelgeving is de IGZ van mening dat de regelgeving bepaalt dat niet tegen de wil van een hongerstakende gedetineerde in voeding en/of vocht kan worden toegediend.

Volgens de IGZ is verder nog van belang dat de arts zich niet laat beïnvloeden door partijen van buitenaf, maar zelf een afweging maakt in deze medische kwestie rekeninghoudend met de medische ethiek. Een medische handeling verrichten zonder toestemming van de gedetineerde kan alleen plaatsvinden wanneer die een geestesstoornis heeft en niet meer in

⁵¹ Van Es, Van Ojen & Raat 2000, p. 46.

⁵² Momenteel is de JWS bezig met een herziening van deze richtlijnen.

⁵³ <www.igz.nl/organisatie/> (geraadpleegd op 01-09-2011).

⁵⁴ Kingma 2002.

⁵⁵ Het medisch contact is een vakblad voor alle artsen die aangesloten zijn bij de KNMG.

⁵⁶ KNMG, 'IGZ wil artsen die dwangvoeding geeft voor tuchtcollege', *Medisch Contact* 2002.

staat is om zijn eigen wil te bepalen, vindt de IGZ. Verder moet de hongerstaker goed ingelicht worden over de gevolgen die de hongerstaking kan hebben. De IGZ raadt af om aan een hongerstaker die in coma is geraakt alsnog voeding toe te dienen, want dit kan ernstige gevolgen hebben voor de gezondheid van de comateuze persoon. Deze toediening is dan niet zonder enig risico. Hieruit volgt de conclusie dat ook de IGZ tegen het toedienen van dwangvoeding aan een wilsbekwame hongerstaker is. De IGZ zal zelfs handhavend optreden tegen artsen die hun medewerking wel verlenen.⁵⁷

3.4.3 De Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst

De KNMG is een landelijke artsenorganisatie die de belangen behartigt van artsen alsook studenten geneeskunde. De KNMG maakt zich sterk voor de kwaliteit van de beroepsuitoefening en de volksgezondheid. Het resultaat is dat er gedragsregels worden ontwikkeld voor artsen.⁵⁸ Niet alleen hebben de JWS en de IGZ een standpunt ingenomen tijdens de hongerstaking van Volkert van de G. in 2002, maar ook de KNMG. De KNMG gaf toen een zwaarwegend advies aan artsen om niet mee te werken aan het toedienen van dwangvoeding tegen de wil van de hongerstaker. Volgens de KNMG wegen het recht op zelfbeschikking en de onafhankelijkheid van de arts zwaarder in de overweging om wel of niet over te gaan op dwangvoeding.⁵⁹ Indien artsen wel van plan zijn om hun medewerking te verlenen aan het toedienen van dwangvoeding, zal de IGZ handhavend optreden. Dit werd in het Medisch Contact gepubliceerd. De artsen worden nagenoeg gedwongen door de IGZ om geen medewerking te verlenen aan het toedienen van dwangvoeding.

De achterliggende gedachte bij het standpunt van de KNMG is de medische ethiek. Er zijn vier grondbeginselen van de medische ethiek geformuleerd:

- wel doen;
- niet schaden;
- rechtvaardig handelen;
- respect hebben voor de autonomie van de patiënt.⁶⁰

Artsen krijgen namelijk vaak te maken met morele dilemma's als het gaat om het toedienen van dwangvoeding. Het toedienen van dwangvoeding aan Volkert van der G. is een voorbeeld van zo'n moreel dilemma. Er wordt vanuit de maatschappij en ook vanuit de politiek druk uitgeoefend om wel tot dwangvoeding over te gaan om zo te voorkomen dat Volkert van der G. zou overlijden. Maar er is geen ruimte om onder dwang een medische handeling te verrichten. Om in te kunnen grijpen, is toestemming van de patiënt nodig. De arts kan niet worden verplicht om dwangvoeding daadwerkelijk uit te voeren aan de hongerstakende gedetineerde. De arts dient vanuit zijn eigen professionele medische kennis een afweging te maken of hij de medische handeling wel of niet wil uitvoeren. Bij de overweging dient hij niet te kijken naar het algemeen belang, maar kijkt hij alleen naar het welzijn van de patiënt. De patiënt wordt als uitgangspunt genomen.⁶¹

De KNMG ziet geen aanleiding om een uitzondering te maken in de situatie met Volkert van der G. De maatschappelijke of politieke druk mag niet meewegen in het medische oordeel van de arts die onafhankelijk een besluit neemt. De arts in kwestie mag hier niet door worden beïnvloed. Los van deze overweging is het een feit dat het toedienen van dwangvoeding een risicovolle handeling is. Deze kan zelfs de dood tot gevolg hebben.

⁵⁷ KNMG, 'IGZ wil arts die dwangvoeding geeft voor tuchtcollege', *Medisch Contact* 2002.

⁵⁸ <www.knmg.artsennet.nl/Over-KNMG> (geraadpleegd op 02-09-2011).

⁵⁹ Brief d.d. 6 september 2002. Gepubliceerd als KNMG 2002.

⁶⁰ KNMG 2009, p. 21. <www.knmg.nl>

⁶¹ KNMG, 'Dwangvoeding aan hongerstakende gedetineerden', KNMG 2002. <www.knmg.nl>

Concluderend is het standpunt van de KNMG dat artsen niet mogen meewerken aan het toedienen van voeding en/of vocht onder dwang, indien de hongerstaker (nog) wilsbekwaam is.⁶²

3.4.4 World Medical Association

Wanneer een arts geconfronteerd wordt met de vraag naar dwangvoeding zijn de richtlijnen die door de WMA zijn aanvaard van belang. De WMA is een internationale organisatie die artsen vertegenwoordigt. De organisatie is ontstaan om de onafhankelijkheid van de arts te verzekeren en om de arts onder medisch ethische normen te werk te laten gaan.⁶³ Wereldwijd zijn de meeste artsorganisaties lid van de WMA, waaronder ook de KNMG.

De verklaringen die van belang zijn met betrekking tot hongerstaking van een gedetineerde zijn de Verklaring van Tokio (1975) en de Verklaring van Malta (1991/1992 en herzien in 2006). Deze verklaringen geven richtlijnen en worden gezien als gezaghebbend als het gaat om hongerstaking, maar zijn niet bindend. Wel dienen deze richtlijnen als gedragsregels voor de arts op het moment dat hij de overweging maakt om dwangvoeding toe te passen.

3.4.4.1 Verklaring van Tokio

In de Verklaring van Tokio staan richtlijnen voor de arts omtrent marteling en andere onmenselijke behandelingen binnen detentie. Deze verklaring is tot stand gekomen, omdat er problemen ontstonden omtrent de wijze waarop werd ondervraagd. De gevangenen en gedetineerden werden namelijk tijdens ondervraging gemarteld. Sommige regeringen hebben met behulp van een arts geprobeerd om deze activiteiten te controleren. Maar naarmate de incidenten begonnen toe te nemen, werd duidelijk dat een professionele richtlijn voor artsen nodig was. De WMA heeft toen deze richtlijn ontwikkeld.

Volgens deze verklaring mogen artsen niet meewerken aan marteling of enig andere vorm van een onmenselijke behandeling. Artikel 5 van de verklaring schrijft voor dat de arts volledig onafhankelijk moet zijn in zijn medisch oordeel. Artikel 6 van deze verklaring stelt dat wanneer een gedetineerde voedsel weigert, hij niet tegen zijn wil kunstmatig gevoed mag worden. Artikel 6 schrijft voor:

'Where a prisoner refuses nourishment and is considered by the physician as capable of forming an unimpaired and rational judgment concerning the consequences of such a voluntary refusal of nourishment, he or she shall not be fed artificially.'

Artikel 6 stelt verder nog dat:

'The decision as to the capacity of the prisoner to form such a judgment should be confirmed by at least one other independent physician. The consequences of the refusal of nourishment shall be explained by the physician to the prisoner.'

Dit artikel bepaalt dat indien de gedetineerde vrijwillig de beslissing heeft genomen om voedsel te weigeren het van belang is dat een onafhankelijke arts zijn oordeel geeft over de wilsbekwaamheid van de hongerstakende gedetineerde.

⁶² KNMG, 'Dwangvoeding aan hongerstakende gedetineerden', KNMG 2002. <www.knmg.nl>

⁶³ <www.wma.net> (geraadpleegd op 03-09-2011).

De arts moet verder de gevolgen van de voedselweigering aan de hongerstakende gedetineerde mededelen, aldus artikel 6 van de verklaring.⁶⁴

3.4.4.2 Verklaring van Malta

De Verklaring van Malta die herzien is in 2006, gaat specifiek in op de rol van de arts tijdens een hongerstaking. Deze verklaring heet dan ook de 'Declaration on Hunger Strikers'. De verklaring bepaalt dat het de plicht van de arts is om ethisch verantwoord te werken en dat de arts zijn eigen beslissingsbevoegdheid heeft. Hij is dus onafhankelijk in zijn medische oordeel.⁶⁵ Artikel 2 van de Verklaring van Malta stelt over dwangvoeding:

'Hunger strikers should not be forcibly given treatment they refuse. Forced feeding contrary to an informed and voluntary refusal is unjustifiable.'

Dit artikel bepaalt dat hongerstakers niet gedwongen mogen worden tot een medische handeling die ze weigeren. Dwangvoeding toedienen aan een wilsbekwame hongerstakende gedetineerde is ontoelaatbaar. Deze bepaling sluit aan bij de Verklaring van Tokio. Er wordt geen medische handeling verricht door een arts, wanneer de gedetineerde hier geen toestemming voor geeft. Kunstmatige voeding is alleen aanvaardbaar wanneer de hongerstaker zijn toestemming hiervoor geeft. Artikel 2 bepaalt namelijk dat:

'Artificial feeding with the hunger striker's explicit or implied consent is ethically acceptable.'

Artsen dienen aan de ene kant de individuele wensen van de gedetineerde te accepteren, doch aan de andere kant wordt van hen verwacht dat ze het welzijn van de patiënt bevorderen. De medicus zal de schade aan de gezondheid van de hongerstaker zo veel mogelijk trachten te beperken. Artsen mogen geen dwang uitoefenen op de gedetineerde om een medische handeling te laten uitvoeren of om hem te laten stoppen met de hongerstaking. De primaire verplichting van de arts is de zorg voor de patiënt, aldus artikel 4 van de verklaring. De artsen zijn medisch onafhankelijk en dienen zich niet te laten beïnvloeden door een derde (artikel 5).

Volgens de verklaring is een open, heldere communicatie tussen de arts en de hongerstaker van groot belang. De medische achtergrond van de hongerstaker moet de arts zeer snel bekend zijn om eventuele risico's voor de gezondheid van de hongerstaker te beperken. Daarnaast is het van belang om een juiste voorstelling te verkrijgen van de achterliggende gedachte van de hongerstaker (artikel 9).

Het kunstmatig toedienen van voeding wordt in deze verklaring alleen geaccepteerd met toestemming van de hongerstaker. Artikel 19 van de verklaring schrijft voor:

'Artificial feeding can be ethically acceptable appropriate if competent hunger strikers agree to it. It can also be acceptable if competent individuals have left no unpressured advance instructions refusing it.'

⁶⁴ World Medical Association, 'Declaration Guidelines for Medical doctors concerning Torture or other cruel inhuman or degrading Treatment or Punishment in relation to Detention and Imprisonment'. Adopted by the 29th World Medical Assembly in Tokyo (Japan), October 1975.

⁶⁵ World Medical Association, 'Declaration on Hunger Strikers', Adopted by the 43rd World Medical Assembly in Malta, November 1991. Editorially revised at the 44th World Medical Assembly in Marbella (Spain), September 1992. Revised by the WMA General Assembly in Pilanesberg (South Africa), October 2006.

Hieruit blijkt dat kunstmatige voeding ook is toegestaan wanneer de hongerstaker zelf niet vooraf heeft vastgelegd in een wilsverklaring wat zijn wensen zijn. Het is evident dat de arts dan handelt in het belang van de patiënt. Dwangvoeding is nooit ethisch toelaatbaar. 'Forcible feeding is never ethically acceptable', zo stelt artikel 20 van de verklaring.

Artikel 18 bevat de volgende zin:

'It is ethical to allow a determined hunger striker to die in dignity rather than submit that person to repeated interventions against his or her will.'

Dit houdt concreet in dat de wil van de hongerstaker gerespecteerd dient te worden en dat er niet mag worden ingegrepen door een arts, indien dit tegen de wil van de hongerstaker is. Het verdient de voorkeur de hongerstaker waardig te laten sterven dan hem steeds tegen zijn wil in te onderwerpen aan ingrijpende handelingen.

Hieruit volgt de conclusie dat beide verklaringen dwangvoeding aan een wilsbekwame hongerstaker ontoelaatbaar wordt geacht. Het is alleen dan mogelijk de arts kunstmatige voeding toe te laten dienen wanneer de hongerstaker hiermee heeft ingestemd. Een andere mogelijkheid om kunstmatige voeding toe te dienen, is als een gedetineerde in hongerstaking zijn wil niet kan bepalen en vooraf geen wilsverklaring heeft opgesteld. Uiteraard moet deze handeling dan wel in het belang van de gedetineerde patiënt zijn.

3.5 Conclusie

Een gedetineerde gebruikt zijn hongerstaking als machtsmiddel. De hongerstaker accepteert dat dit middel de dood tot gevolg kan hebben. Toch is de dood niet het doel dat hij beoogt. De overheid heeft de verplichting om voorwaarden te scheppen voor de gezondheid van haar burgers, terwijl dezelfde overheid erkent dat de hongerstaker recht op zelfbeschikking heeft. Dit maakt het erg lastig en ingewikkeld om te bepalen of door de overheid in geval van hongerstaking kan worden ingegrepen door het toedienen van dwangvoeding. Er wordt inbreuk gemaakt op de grondrechten van hongerstaker indien dwangvoeding zal worden toegepast.

Volgens artikel 7:450 lid 1 BW kan alleen een medische handeling worden verricht indien hiertoe toestemming is gegeven door de patiënt. In het geval een gedetineerde vrijwillig in hongerstaking gaat, zal hij dus geen toestemming geven om voeding toegediend te krijgen. In het geval de hongerstaker een wilsverklaring heeft opgesteld en hij is niet meer wilsbekwaam, dan dient deze verklaring te worden gerespecteerd. Een uitzondering op het toestemmingsvereiste van artikel 7:450 BW is artikel 32 Pbw. Dit artikel bepaalt dat de directeur een gedetineerde kan verplichten te gedogen dat een geneeskundige handeling ten aanzien van hem kan worden verricht, indien er sprake is van gevaar voor de gezondheid of voor de veiligheid van de gedetineerde of anderen. De directeur heeft hiertoe beslissingsbevoegdheid. De arts is degene die de medische handeling verricht. De directeur kan de arts niet verplichten tot het uitvoeren van deze medische handeling. De arts maakt vanuit zijn eigen verantwoordelijkheden de afweging of het medisch handelen noodzakelijk is voor de gezondheid van de patiënt.

In 1985 is door de toenmalige Staatssecretaris van Justitie een circulaire ontwikkeld ten aanzien van gedetineerden in hongerstaking. De meest gangbare opvatting in de circulaire was de derde opvatting, waarbij de wil van de hongerstaker wordt gerespecteerd. Wanneer de hongerstaker te kennen heeft gegeven dat het zijn keuze is om geen voeding meer tot zich te nemen, kan door de overheid niet worden ingegrepen met het toedienen van dwangvoeding. Indien de hongerstaker in een wilsverklaring heeft vastgelegd dat hij geen kunstmatige voeding toegediend wil krijgen, indien hij buiten bewustzijn is geraakt, moet

deze keuze worden gerespecteerd. Uit de circulaire blijkt dat 'in beginsel' de wil van de gedetineerde wordt gerespecteerd. Dit wordt als uitgangspunt genomen en hieruit blijkt dat er nog ruimte bestaat om hiervan af te wijken.

Toen in 2002 Volkert van der G. in hongerstaking ging, zag minister Donner een opening in de wet, namelijk bij artikel 32 Pbw, om dwangvoeding toe te passen. Hij had zelfs nog twee nieuwe eisen ontwikkeld die de minister aan de eisen van artikel 32 Pbw wilde toevoegen. Deze eisen waren: het publieke belang en het belang van de ongestoorde rechtsgang. Deze nieuwe eisen wilde minister Donner opnemen in een nieuwe circulaire. Deze circulaire was van belang, omdat de directeur een belangenafweging moet maken. Een nieuwe circulaire is tot op heden niet verschenen, wat er de reden van is dat de circulaire van 1985 nog van kracht is. Artsenorganisaties steunden minister Donner niet in zijn mening, omdat hun standpunt in 2002 was dat artsen niet mee mochten werken aan het toedienen van dwangvoeding. Artsen zouden zelfs tuchtrechtelijk vervolgd kunnen worden als ze wel hun medewerking gaven.

Concluderend kan binnen nationaal kader 'in beginsel' geen dwangvoeding plaatsvinden. De wil van de hongerstaker wordt als uitgangspunt genomen. Het toepassen van dwangvoeding is een geneeskundige handeling in de zin van artikel 32 Pbw. Per situatie zal een belangenafweging moeten worden gemaakt of dwangvoeding mogelijk kan zijn aan een hongerstakende gedetineerde.

Internationale wet- en regelgeving en jurisprudentie zijn tevens van belang bij het toepassen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde. Het volgende hoofdstuk beschrijft het internationale kader met betrekking tot de mogelijkheden om dwangvoeding toe te passen.

4. De mogelijkheden tot dwangvoeding binnen Europees kader inzake het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde

4.1 Inleiding

Het EVRM dient enerzijds de individuele rechten van de burger te beschermen tegen de staat en anderzijds toe te zien op de naleving van dit verdrag en de protocollen die van toepassing zijn om de mensenrechten te garanderen. Het EVRM geldt voor ieder individu die onder de jurisdictie van een staat valt die aangesloten is bij het EVRM.⁶⁶ Het gaat hierbij om de verhouding tussen de overheid en de burger. Artikel 2, 3 en 8 EVRM zijn van toepassing als het gaat om het toedienen van dwangvoeding. Elk artikel zal in paragraaf 2 apart worden toegelicht. Paragraaf 3 beschrijft de jurisprudentie van het EHRM en van de ECRM, die van belang zijn voor het toepassen van dwangvoeding. Paragraaf 3.4 bevat de Standards die door het Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (hierna: CPT) zijn ontwikkeld. In deze paragraaf worden de Standards nader uitgewerkt en tot slot volgt in 3.5 de conclusie van dit hoofdstuk.

4.2 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

4.2.1 Artikel 2 EVRM

Artikel 2 EVRM waarborgt het recht op leven. Dit artikel is van belang voor het toedienen van dwangvoeding aan een gedetineerde in hongerstaking, omdat de overheid het recht op leven van de burger dient te beschermen. Wanneer een gedetineerde in hongerstaking is gegaan, kan dit leiden tot een levensbedreigende situatie. Het is dan de vraag of de overheid de plicht of het recht heeft om in te grijpen op basis van dit artikel.

Dit artikel beschrijft vier uitzonderingen op dit recht tot bescherming en geeft aan wanneer op dit recht inbreuk kan worden gemaakt:

- Bij uitvoering van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet (lid 1);
- Ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld (lid 2);
- Teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen (lid 2);
- Teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken (lid 2).

Artikel 15 lid 1 EVRM stelt dat van het bepaalde in het EVRM mag worden afgeweken in geval van oorlog of enig andere algemene noodtoestand. Lid 2 van dit artikel schrijft voor dat van artikel 2 EVRM mag worden afgeweken, indien de dood als gevolg van een rechtmatige oorlogshandeling intreedt.

Het EHRM onderscheidt twee aspecten die van belang zijn bij artikel 2 EVRM. Het eerste aspect bepaalt de inhoudelijke kant ('substantive'). Dit inhoudelijke aspect heeft betrekking op een negatieve verplichting, maar ook een positieve verplichting voor de overheid. De onthoudingsplicht is een negatieve verplichting voor de overheid en houdt in dat de overheid zich dient te onthouden inbreuk te maken op dit recht. Aan de andere kant heeft

⁶⁶ De Bruijn-luckers 2008.

de overheid ook een positieve verplichting. Deze positieve verplichting brengt met zich mee dat de overheid maatregelen dient te treffen om het recht op leven voor de burger te waarborgen. Het EHRM heeft een aantal positieve verplichtingen voor de overheid met betrekking tot het recht op leven voorgeschreven. Het EHRM stelde dat een bijzondere zorgplicht geldt voor burgers die gearresteerd dan wel gedetineerd zijn. De nationale overheid is hiervoor verantwoordelijk.⁶⁷ In het *Killic-arrest* bepaalt het EHRM het volgende:

*'The Court recalls that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual.'*⁶⁸

Het is de plicht van de overheid om het recht op leven te verzekeren door middel van strafbaarstellingen van misdrijven. Tevens heeft de burger aanspraak op politieel en justitieel apparaat ter preventie, bestrijding en bestraffing van deze misdrijven. In sommige gevallen kan er zelfs sprake zijn van politiebescherming. Er geldt ook de positieve verplichting om een individu te beschermen tegen misdadige handelingen van medeburgers.

Het EHRM heeft in 2002 nog twee arresten gewezen met betrekking tot het recht op leven. In het arrest *Calvelli en Ciglio*⁶⁹ gaat het om mevrouw Ciglio die van een kind bevalt dat uiteindelijk op de intensive care overlijdt. Mevrouw Ciglio en meneer Calvelli beginnen daarom een strafrechtelijke procedure tegen de arts, omdat hij geen voorzorgsmaatregelen had genomen. Het kind had namelijk last van ademhalingsproblemen en de arts was zich bewust van de gevolgen die in dit geval zouden kunnen intreden, maar hij heeft nagelaten om maatregelen te treffen. Daarbij was hij tijdens de bevalling weggegaan waardoor hij niet op tijd kon ingrijpen toen de problemen zich voordeden. Bij het EHRM klaagden de ouders dat er sprake was van schending van artikel 2 EVRM. Na verjaring van het strafproces startten ze een civiele procedure tegen de arts waarbij ze een schikking met de arts hadden getroffen. Het EHRM overwoog in deze zaak het volgende:

*'However, if the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case.'*⁷⁰

Het EHRM was van mening dat artikel 2 EVRM niet was geschonden, omdat meneer Calvelli en mevrouw Ciglio uit eigen beweging een schikking troffen met de arts waardoor de civiele procedure stopte. De noodzaak van strafrechtelijke handhaving werd door het EHRM niet aangenomen, omdat sprake was van niet-opzettelijke schending van het recht op leven.⁷¹

Het laatste arrest inzake de positieve verplichting van de overheid is het arrest *Öneryildiz tegen Turkije*.⁷² In dit arrest was sprake van een methaanexplosie waarbij 39 mensen om het

⁶⁷ EHRM 14 maart 2002, *Edwards t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 46477/99.

⁶⁸ EHRM 28 maart 2000, *Killic t. Turkije*, Application no. 22492/93, r.o. 62.

⁶⁹ EHRM 17 januari 2002, *Calvelli en Ciglio t. Italië*, Application no. 32967/96.

⁷⁰ EHRM 17 januari 2002, *Calvelli en Ciglio t. Italië*, Application no. 32967/96), r.o. 51.

⁷¹ Bloemlezing 2003, p. 43.

⁷² EHRM 18 juni 2002, *Öneryildiz t. Turkije*, Application no. 48939/99.

leven kwamen. De vuilnisbelt waar de explosie plaatsvond, was eigendom van de overheid. Het EHRM heeft een aantal positieve verplichtingen voor de overheid geformuleerd:

- Het nemen van preventieve maatregelen;
- De burgers informatie verschaffen;
- De vraag of de onderzoeksverplichting alleen bij het strafproces moet worden uitgevoerd;
- Het EHRM aanvaardt het recht op 'possession' van artikel 1 Eerste Protocol EVRM om beschermende maatregelen te treffen.

Het tweede aspect is de procedurele kant van artikel 2 EVRM ('procedural'). Dit aspect schrijft de overheid voor om een onderzoek in te stellen indien sprake is van een sterfgeval, ook wel de onderzoeksplicht genoemd. Hierdoor kan de overheid een sterfgeval niet verborgen houden. Het Kelly-arrest⁷³ uit 2001 heeft bepaald dat dit onderzoek moet voldoen aan een aantal voorwaarden. Een voorwaarde is dat de overheid het onderzoek zelf dient te starten door een onafhankelijke partij. Verder dient het onderzoek te leiden tot de identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken. Daarnaast moet het bewijsmateriaal worden beschermd. Het onderzoek behoort openbaar te zijn en naasten van het slachtoffer zullen op de hoogte worden gesteld van het onderzoek.⁷⁴

4.2.2 Artikel 3 EVRM

Artikel 3 EVRM bevat het verbod op foltering en onmenselijke/vernederende behandeling. Anders dan artikel 2 EVRM is artikel 3 EVRM absoluut geformuleerd. Dit betekent dat geen uitzonderingen mogelijk zijn op basis van artikel 3 EVRM. Het EHRM benadrukte in het *Labita-arrest* het absolute karakter van artikel 3 EVRM:

*'Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 par. 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation.'*⁷⁵

Zelfs in geval van strijd tegen terrorisme of georganiseerde misdaad mag dit artikel niet worden geschonden. Artikel 15 lid 2 EVRM heeft bepaald dat geen enkele uitzondering wordt gemaakt op artikel 3 EVRM, zelfs niet in geval van een noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt.

De burger heeft het recht om gevrijwaard te blijven van foltering en daarbij heeft de overheid de plicht om zich te onthouden van foltering. De wijze waarop dwangvoeding wordt toegediend, kan leiden tot de kwalificatie foltering of een onmenselijke of vernederende behandeling. Daarom worden de eisen van dit artikel hieronder nader uitgewerkt.

Artikel 3 EVRM maakt een onderscheid tussen:

- Foltering (torture);
- Onmenselijke behandeling (inhuman treatment or punishment);
- Vernederende behandeling (degrading treatment or punishment).

⁷³ EHRM 4 mei 2001, *Kelly en anderen t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 30054/96.

⁷⁴ Vlemminx 2002, p. 90-91.

⁷⁵ EHRM 6 april 2000, *Labita t. Italië*, Application no. 26772/95.

De termen hebben een gradueel onderscheid. Foltering is de zwaarste kwalificatie van dit artikel. Daarna volgt de onmenselijke behandeling en tot slot als ondergrens de vernederende behandeling. Artikel 3 EVRM bevat geen omschrijving van de termen die in dit artikel worden vermeld. In artikel 1 van het VN-Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing (UNCAT) wordt het begrip 'torture' als volgt beschreven:

'any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.'

Uit dit artikel kunnen drie elementen worden afgeleid die betrekking hebben op foltering:

- Een handeling waarbij ernstig pijn of leed wordt toegebracht;
- De handeling is met opzet verricht;
- De handeling wordt voor bepaalde doeleinden gebruikt, zoals het verkrijgen van een bekentenis, straffen van een persoon of intimideren.

Het begrip 'torture' wordt door het EHRM in het arrest *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk* nader toegelicht en verwijst daar ook naar de *Greek-case*.⁷⁶ 'Torture' wordt in dit arrest uitgelegd als:

*'suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood.'*⁷⁷

Het EHRM had in deze zaak bepaald dat foltering een bijzondere intensiteit en wreedheid impliceert. Het EHRM toetst aan de hand van het geslacht, leeftijd en de gezondheid of sprake is van foltering, ook wel 'a minimum level of severity' genoemd⁷⁸. Dit zijn andere eisen dan het UNCAT stelt in artikel 1 van het verdrag.

Het EHRM spreekt van een onmenselijke behandeling indien sprake is van: 'intense physical en mental suffering'.⁷⁹ Onmenselijke behandeling is volgens het EHRM⁸⁰:

'Een behandeling die met voorbedachte rade wordt uitgevoerd, langdurig is en daadwerkelijk verwondingen aan het lichaam dan wel fysiek of mentaal lijden veroorzaakt.'

Het verschil met foltering is de mate van leedtoevoeging. Foltering onderscheidt zich van de lichtere vorm door te toetsen hoe 'intense and cruel' de behandeling was. Dit is af te leiden uit de zaak *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*:

'it appears on the other hand that it was the intention that the Convention, with its distinction between "torture" and "inhuman or degrading treatment", should by the first

⁷⁶ Report of the European Commission on Human Rights, The Greek case, 5 november 1969.

⁷⁷ EHRM 18 januari 1978, *Ierland t. het Verenigd Koninkrijk*, Applicatie no. 5310/71, r.o. 167.

⁷⁸ EHRM 18 januari 1978, *Ierland t. het Verenigd Koninkrijk*, Applicatie no. 5310/71.

⁷⁹ EHRM 18 januari 1978, *Ierland t. het Verenigd Koninkrijk*, Applicatie no. 5310/71.

⁸⁰ EHRM 1 maart 2001, *Berktaş t. Turkije*, Application no. 22493/93, r.o. 164.

*of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.*⁸¹

Vernederende behandeling is een mildere vorm van onmenselijke behandeling. Er is sprake van een vernederende behandeling wanneer het slachtoffer angst voelt, gekweld wordt en zich minderwaardig voelt en het gevolg is dat de waarde van het slachtoffer wordt aangetast.⁸²

Artikel 3 EVRM is alleen van toepassing indien 'a minimum level of severity' wordt bereikt. Daarna wordt nagegaan of dit artikel wordt geschonden. Hierbij wordt gekeken naar de omstandigheden van het geval, zoals: de duur, geslacht, leeftijd en gezondheid van het slachtoffer.⁸³

De inhoudelijke en procedurele verplichting zijn ook bij artikel 3 EVRM van belang. De omkering van de bewijslast geldt voor zowel artikel 2 als artikel 3 EVRM:

*'Where an individual, when taken in police custody, is in good health, but is found to be injured at the time of release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused, failing which a clear issue arises under Article 3 of the Convention.'*⁸⁴

De staat dient een verklaring af te leggen indien een persoon in goede gezondheid in voorlopige hechtenis is genomen en later blijkt dat hij binnen deze periode verwondingen heeft opgelopen. In de loop der tijd is de mening van het EHRM bijgesteld en besloot dat degene die stelt dat hij gefolterd of onmenselijk behandeld is dit behoort te bewijzen met als maatstaf van het bewijs 'beyond reasonable doubt'. Een nadeel van dit bewijssysteem is dat de overheid met opzet het onderzoek achterwege kan laten met als gevolg dat het slachtoffer niet aan zijn bewijslast kan voldoen.⁸⁵ In het *Labita-arrest* slaagde de klager er niet in om bewijs te leveren, maar de procedurele verplichting van artikel 3 EVRM was wel geschonden.⁸⁶ Er was wel onderzoek verricht alleen de uitvoering van dit onderzoek was volgens het EHRM niet grondig en effectief uitgevoerd. In het arrest *Sevtap Veznedaroglu tegen Turkije* kon mevrouw Veznedaroglu ook niet bewijzen dat ze was gefolterd tijdens haar verblijf op het politiebureau. Het EHRM stelde over het gebrek aan bewijs:

*'The court for its part finds it impossible to establish on the basis of the evidence before it whether or not the applicant's injuries were caused by the police or whether she was tortured to the extent claimed.'*⁸⁷

In deze zaak werd ook de onderzoeksverplichting geschonden, omdat de overheid nalatig is geweest in het onderzoeken van haar klachten ('*the failure of the authorities to investigate her complaints.*')

In het *Keenan-arrest* werd een man dood aangetroffen, nadat hij een week in een isoleercel had doorgebracht. De man leed aan een psychose en paranoia en had zich tijdens zijn verblijf in de isoleercel van het leven beroofd.⁸⁸ Het EHRM oordeelde in deze zaak dat:

⁸¹ EHRM 18 januari 1978, *Ierland t. het Verenigd Koninkrijk*, Applicatie no. 5310/71, r.o. 167.

⁸² EHRM 22 oktober 2002, *Agür t. Turkije*, Application no. 32574/96, r.o. 38.

⁸³ EHRM 4 februari 2003, *van der Ven t. Nederland*, Applicatie no. 50901/99.

⁸⁴ EHRM 28 juli 1999, *Selmouni t. Frankrijk*, Application no. 25803/94.

⁸⁵ Vlemminx 2002, p. 92-93.

⁸⁶ EHRM 6 april 2000, *Labita t. Italië*, Application no. 26772/95.

⁸⁷ EHRM 11 april 2000, *Sevtap Veznedaroglu t. Turkije*, Application no. 32357/96.

⁸⁸ Vlemminx 2002, p. 93.

*'by the lack of the medical notes concerning Mark Keenan who was an identifiable suicide risk and undergoing the additional stress that could be foreseen from segregation and, later, disciplinary punishment.'*⁸⁹

Het EHRM was van oordeel dat in deze zaak een onmenselijke en vernederende behandeling en bestraffing had plaatsgevonden, omdat een effectief onderzoek naar de geestelijke gezondheid van de gedetineerde ontbrak.

Artikel 3 EVRM wordt door het EHRM gezien als een 'living instrument'. Dit betekent dat de uitleg van dit artikel met de tijd mee veranderd. In de zaak *Selmouni tegen Frankrijk* stelde het EHRM dat:

*'certain acts which were classified in the past as "inhuman and degrading treatment" as opposed to "torture" could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.'*⁹⁰

Het kan zijn dat het EHRM in de toekomst dezelfde behandeling als foltering wordt geclassificeerd, terwijl dat nu door het EHRM als onmenselijke en vernederende behandeling wordt gezien.

4.2.3 Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM stelt dat eenieder het recht heeft op respect in zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Met 'een ieder' wordt iedere natuurlijke persoon bedoeld.⁹¹ Lichamelijke en psychische integriteit behoren tot het begrip privéleven. Artikel 8 EVRM is geen verbodsbepaling, zoals dat bij artikel 3 EVRM wel het geval is. Het doel van dit artikel is om het individu te beschermen tegen bemoeienis van de overheid in het privéleven.⁹² Dit artikel is van belang bij het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakingende gedetineerde, omdat met het privéleven ook de lichamelijke en morele integriteit wordt bedoeld.⁹³ Het toedienen van dwangvoeding kan eventueel leiden tot een inbreuk op dit recht.

Als beroep wordt gedaan op artikel 8 EVRM oordeelt het EHRM aan de hand van de volgende vragen of er werkelijk inbreuk is gepleegd op dit recht⁹⁴:

- 1) Is er inbreuk gepleegd op het recht van privacy? Zo ja:
- 2) Is deze inbreuk in overeenstemming met het recht? Zo ja:
- 3) Wordt het doel gerechtvaardigd? Zo ja:
- 4) Was de inbreuk noodzakelijk ter bescherming van de democratische samenleving?

In beginsel dient de overheid geen inbreuk te maken op dit recht, tenzij er sprake is van een situatie die in artikel 8 lid 2 EVRM wordt genoemd. Artikel 8 lid 2 EVRM bevat een limitatieve opsomming van de mogelijkheden voor de overheid om inbreuk te maken op het recht op privacy. Artikel 8 lid 2 bepaalt dat:

⁸⁹ EHRM 3 april 2001, *Keenan t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 27229/95.

⁹⁰ EHRM 28 juli 1999, *Selmouni t. Frankrijk*, Application no. 25803/94, r.o. 101.

⁹¹ Harteveld 2004, p. 137.

⁹² EHRM 16 december 1992, *Niemietz t. Duitsland*, Application no. 13710/88.

⁹³ EHRM 26 maart 1985, *X en Y tegen Nederland*, Application no. 8978/80

⁹⁴ De Bruijn-luckers 2008.

'Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

Er moet aan drie voorwaarden worden voldaan om inbreuk te maken op artikel 8 lid 1 EVRM. De inmenging is⁹⁵:

1. In accordance with the law;
2. In the interests of other the prevention of disorder or crime or the rights and freedoms of others;
3. Necessary in a democratic society.

Indien sprake is van inbreuk op het recht van privacy wordt gekeken of deze inbreuk 'voorzien bij de wet' is, of wel 'in accordance with the law' is. De inbreuk dient te zijn gebaseerd op het nationale recht en verdragen. Bij toetsing van het nationale recht is het geschreven en ongeschreven recht van toepassing. Dit is dus ruimer dan alleen de wet. De 'quality of law' speelt hierbij een rol. Een rechtsregel moet aan een aantal kwaliteitseisen voldoen. De rechtsregel⁹⁶:

- moet kenbaar zijn ('accessibility');
- dient voldoende voorzienbaar zijn, dat wil zeggen: voldoende nauwkeurig ('foreseeability');
- moet bescherming bieden tegen willekeurig overheidsoptreden ('rule of law'). Dit komt voort uit de rechtsstaatgedachte.

Van 'accessibility' is sprake, indien de burger kennis kan nemen van de toepasselijke regelgeving. Het recht dient toegankelijk te zijn voor de burger. Het recht dient in ieder geval gepubliceerd te zijn. 'Foreseeability' betekent voorzienbaarheid. Dat wil zeggen dat het recht nauwkeurig moet worden omschreven, zodat de burger weet onder welke omstandigheden de overheid kan ingrijpen.⁹⁷

Een tweede voorwaarde is het doel van de inbreuk ('aims'). Artikel 8 lid 2 EVRM heeft een aantal doelen vastgesteld waarop de inbreuk op dit artikel gebaseerd moet zijn. De mogelijkheden die in lid 2 worden genoemd, zijn ruim geformuleerd. De klager dient aan te geven welk doel van lid 2 wordt geschonden door de bemoeienis van de overheid. Doordat de doelen van lid 2 ruim zijn geformuleerd bepalen de eisen 'voorzien bij de wet' en 'noodzakelijk in een democratische samenleving' de ruimte voor de uitzonderingen op het recht op privacy die in lid 1 wordt voorgeschreven.⁹⁸

De derde voorwaarde is of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving ('necessary in a democratic society'). Het EHRM heeft besloten dat het woord 'necessary' niet onmisbaar betekent, maar meer wenselijk, nuttig, redelijk of toelaatbaar.⁹⁹ Of de inbreuk 'necessary in a democratic society' is, wordt aan de hand van de volgende eisen getoetst:

⁹⁵ Hartevelde 2004, p. 161.

⁹⁶ De Bruijn-luckers 2008.

⁹⁷ De Bruijn-luckers 2008.

⁹⁸ Hartevelde 2004, p. 176.

⁹⁹ EHRM 25 maart 1983, *Silver en anderen t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 5947/72, r.o. 97.

- een 'pressing social need' (subsidiariteit): er moet een dringende sociale behoefte bestaan.¹⁰⁰
- evenredige inmenging (proportioneel): Er dient een afweging te worden gemaakt tussen enerzijds het recht op privacy van de burger en anderzijds het publiek belang.¹⁰¹

De lidstaten hebben een zekere beoordelingsvrijheid met betrekking tot de noodzakelijkheid, de 'margin of appreciation'. Een factor die van belang is bij deze beoordelingsvrijheid is de 'common ground'. Er wordt dan gekeken naar de overeenstemming tussen rechtspraktijken in de lidstaten die bij het EVRM zijn aangesloten. Indien de rechtspraktijken tussen lidstaten sterk overeenkomt, is er weinig ruimte voor beoordelingsvrijheid. Wanneer de overeenkomsten tussen de lidstaten gering zijn, is de beoordelingsvrijheid van de Staat ruimer. Andere factoren die belangrijk zijn, zijn: de aard van de activiteit waar de burger zich op beroept en de ernst van de inbreuk op het recht.¹⁰²

4.3 Het Europese Hof voor de rechten van de Mens en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

Er zijn verschillende uitspraken geweest van het EHRM en de ECRM die een oordeel hebben gegeven met betrekking tot dwangvoeding. Deze paragraaf licht de belangrijkste uitspraken toe.

4.3.1 X tegen Duitsland (1984)

Op 17 september 1977 werd X gearresteerd en deed daarbij meteen de mededeling dat hij in hongerstaking zou gaan. Hij werd naar het ziekenhuis overgebracht waar later ook medische onderzoeken werden verricht. Alleen was dit niet succesvol aangezien hij weestand bood tegen deze onderzoeken. Waarop de hoofdarts reageerde niet meer verantwoordelijk wilde zijn voor de gezondheid van de hongerstaker en dat hij beter kon worden overgeplaatst naar de Wittlich gevangenis waar hij onder dwang gevoed kon worden. In deze gevangenis werd aan de hongerstaker dwangvoeding toegediend. Hij werd twee keer per dag naar de operatiekamer van de gevangenis gebracht waar hij werd vastgebonden aan een stoel met leren riemen om zijn armen, benen en borst. Er werd aan de hongerstaker gevraagd of hij vrijwillig wilde eten en zo niet dan werd bij hem dwangvoeding toegediend. De bewaker duwde eerst zijn hoofd naar de achterkant van de stoel en hierna werd de mond met een spatel open gehouden om zo een klem tussen de tanden te plaatsen. De arts plaatste een rubberen of plastic buis via de slokdarm naar de maag waarna het vloeibare voedsel door de buis naar de maag werd geleid. Tussen 4 en 7 oktober 1977 werd deze procedure zeven keer uitgevoerd.¹⁰³

De ECRM heeft in deze zaak een beslissing genomen omtrent het toepassen van dwangvoeding. Aan de ene kant stelde de ECRM dat:

*'forced feeding of a person does involve degrading elements which in certain circumstances may be regarded as prohibited by article 3 of the Convention.'*¹⁰⁴

¹⁰⁰ Hartevelde 2004, p. 177.

¹⁰¹ De Bruijn-luckers 2008.

¹⁰² Vlemminx 2002, p. 73-74.

¹⁰³ ECRM 12 juni 1984, *X t. Duitsland*, Application no. 10565/83.

¹⁰⁴ ECRM 12 juni 1984, *X t. Duitsland*, Application no. 10565/83, p. 7.

De ECRM heeft bepaald dat dwangvoeding wel vernederende elementen bevat die in bepaalde omstandigheden het verbod artikel 3 EVRM kunnen opleveren. Maar de ECRM erkent ook het recht op leven dat in artikel 2 EVRM is vastgesteld. Het is aan de overheid om dit recht te beschermen. De ECRM heeft bepaald dat:

*'Such an obligation should in certain circumstances call for positive action on the part of the Contracting Parties, in particular an active measure to save lives when the authorities have taken the person in question into their custody.'*¹⁰⁵

De overheid dient het recht op leven te verzekeren ook wel de zorgplicht genoemd. Bij het toedienen van dwangvoeding komen artikel 2 en 3 EVRM tegenover elkaar te staan. Het verdrag biedt voor dit conflict geen oplossing. De lidstaten worden hier vrijgelaten voor eigen interpretatie ('margin of appreciation'). Het EHRM laat zich in gevoelige kwesties, zoals euthanasie en abortus, niet uit en neemt dan meer afstand waardoor het EHRM een ruime 'margin of appreciation' aan de lidstaten toekent. De lidstaten krijgen dan meer ruimte om zelf over deze kwestie te oordelen. Wanneer sprake is van consensus in een kwestie dan laat het EHRM weinig ruimte aan lidstaten om over deze kwestie te oordelen. Het is de vraag met het oog op deze twee artikelen of dwangvoeding kan worden toegediend aan een wilsbekwame hongerstaker. In hoofdstuk 4 wordt de toetsing van dit artikel nader toegelicht.

Duitsland besloot in deze zaak om aan de hongerstaker dwangvoeding toe te dienen. Het standpunt van de ECRM in deze zaak was dat hier geen inbreuk was gemaakt op artikel 3 EVRM, omdat het Duits recht op een goede manier was toegepast. Er werd namelijk niet meer dwang uitgeoefend dan nodig was.¹⁰⁶

4.3.2 Herczegvaly tegen Oostenrijk (1992)

In deze zaak ging het om een psychiatrische patiënt. De heer Herczegvaly ging op 2 augustus 1979 in hongerstaking tegen zijn hechtenis en tegen weigering van kennisneming door hem van zijn dossier. Toen hij instortte, werd hij overgebracht naar een psychiatrisch ziekenhuis waar bleek dat hij zo verzwakt was dat de directeur van het ziekenhuis besloot om dwangvoeding aan hem toe te dienen. De hongerstaker gaf geen toestemming dat bij hem een medisch onderzoek werd verricht en tevens wilde hij niet behandeld worden. Toen hij apart in een kamer werd gezet en een deel van zijn dossier te zien kreeg, stopte hij met zijn hongerstaking.¹⁰⁷ Op 26 november hervatte hij zijn hongerstaking tot 13 december 1979.

Meneer Herczegvaly had een klacht ingediend bij het EHRM, omdat hij vond dat hij medisch gezien niet op juiste wijze was behandeld. Onder dwang waren aan hem sondevoeding en medicijnen toegediend. Hij werd daarbij geïsoleerd en met handboeien aan een bed vastgeketend. De overheid was van mening dat deze middelen werden gebruikt, omdat de hongerstaker agressief gedrag vertoonde jegens het ziekenhuispersoneel en de medische handeling noodzakelijk was om verslechtering van zijn fysieke en psychische gezondheid tegen te gaan. De curator van de patiënt had hiermee ingestemd.

Het EHRM was van mening dat:

'the manner in which the treatment was administered had not complied with the requirements of Article 3: the various measures complained of had been violent and

¹⁰⁵ ECRM 12 juni 1984, *X t. Duitsland*, Application no. 10565/83, p. 8.

¹⁰⁶ ECRM 12 juni 1984, *X t. Duitsland*, Application no. 10565/83.

¹⁰⁷ EHRM 24 september 1992, *Herczegvaly t. Oostenrijk*, Application no. 10533/83, r.o. 24-25.

*excessively prolonged, and taken together had amounted to inhuman and degrading treatment, and even contributed to the worsening of the patient's condition.*¹⁰⁸

Het EHRM was van oordeel dat de wijze waarop de behandeling had plaatsgevonden, niet voldeed aan de vereisten van artikel 3 EVRM. De getroffen maatregelen werden gekwalificeerd als gewelddadig en langdurig. Dit leidde tot een onmenselijke en vernederende behandeling. Tevens verslechterde daardoor de toestand van de patiënt.

Het EHRM stelt verder nog dat:

*'The Court considers that the position of inferiority and powerlessness which is typical of patients confined in psychiatric hospitals calls for increased vigilance in reviewing whether the Convention has been complied with.'*¹⁰⁹

Het EHRM toonde hiermee aan dat bij een psychiatrische patiënt, bij wie sprake was van een gevoel van minderwaardigheid en onmacht, nauwlettend moest worden nagegaan of aan de eisen van het EVRM werd voldaan. Het EHRM had in deze zaak besloten dat de maatregelen die therapeutisch noodzakelijk waren, niet als onmenselijk of vernederend zou worden beschouwd. Het medisch handelen was daardoor niet in strijd met artikel 3 EVRM.

De hongerstakingende gedetineerde in deze zaak was niet (volledig) wilsbekwaam. Daarom is moeilijk te zeggen wat het oordeel van het EHRM zou zijn geweest indien de hongerstakingende gedetineerde wel (volledig) wilsbekwaam was geweest.

4.3.3 Nevmerzhitsky tegen Oekraïne (2005)

De heer Nevmerzhitsky zat in detentie wegens fraude en ging in hongerstaking om verschillende redenen. Hij beklagde zich erover dat hij in een cel zat van 7 m² met twaalf andere gedetineerden, waar hij geen drinkwater had en geen toegang tot water om zich mee te wassen. Als gevolg van hoofdluis en 'bed bugs'¹¹⁰ in de cel kreeg de gedetineerde last van eczeem en schurft. Op 1 april 1999 werd hij in een isoleercel geplaatst voor de duur van tien dagen, terwijl hij in hongerstaking was. Op basis van artikel 3 EVRM klaagde de heer Nevmerzhitsky over de omstandigheden in detentie bij het EHRM, met name tijdens zijn verblijf in de isoleercel. Dit had volgens hem vooral geleid tot fysiek en psychisch lijden. Hij was volledig wilsbekwaam.

Het EHRM herhaalde in deze zaak eerst de uitspraak in de zaak van *X tegen Duitsland*, waarin werd gezegd dat dwangvoeding wel onmenselijke en vernederende elementen bevat die inbreuk kunnen maken op artikel 3 EVRM, maar dat daar tegenover het recht op leven staat (artikel 2 EVRM). Daarna werd de uitspraak in de zaak van *Herczegfalvy tegen Oostenrijk* naar voren gebracht. In deze zaak werd gezegd dat middelen die therapeutisch noodzakelijk zijn niet als onmenselijk en vernederend kunnen worden beschouwd. Hetzelfde geldt voor dwangvoeding. Het EHRM voegde hier het volgende nog aan toe:

*'Furthermore, the Court must ascertain that the procedural guarantees for the decision to force-feed are complied with. Moreover, the manner in which the applicant is subjected to force-feeding during the hunger strike shall not trespass the threshold of a minimum level of severity envisaged by the Court's case law under Article 3 of the Convention. The Court will examine these elements in turn.'*¹¹¹

¹⁰⁸ EHRM 24 september 1992, *Herczegfalvy t. Oostenrijk*, Application no. 10533/83, r.o. 80.

¹⁰⁹ EHRM 24 september 1992, *Herczegfalvy t. Oostenrijk*, Application no. 10533/83, r.o. 82.

¹¹⁰ 'bed bugs' zijn insecten die zich in het matras nestelen.

¹¹¹ EHRM 5 april 2005, *Nevmerzhitsky t. Oekraïne*, Application no. 54825/00, r.o. 94.

Het Hof stelt vast of aan de procedurele waarborgen wordt voldaan bij het toedienen van dwangvoeding. De wijze waarop de dwangvoeding in deze zaak was toegepast, was niet in strijd met artikel 3 EVRM.

Het EHRM bepaalde nog dat de overheid met behulp van medische rapportages dient aan te tonen dat dwangvoeding was toegepast, omdat er sprake was van een medische noodzaak. Deze medische rapportages met vermelding van de medische noodzaak ontbraken. Dit leverde een strijd op met de procedurele waarborgen. Wat het EHRM ook van belang achtte, was de wijze waarop dwangvoeding werd toegepast. Het nationale recht had bepaald dat dwangvoeding kon worden toegepast door middel van handboeien, een klem om de mond mee open te houden en met behulp van een rubberen slang waardoor het voedsel in het lichaam werd getransporteerd. De dwangvoeding was toegepast in overeenstemming met het nationale recht. Het gebruik van dwang zonder medische noodzaak kon leiden tot schending van artikel 3 EVRM.

Het EHRM had in deze zaak besloten dat artikel 3 EVRM was geschonden, omdat de overheid de medische noodzaak niet kon aantonen en onderbouwen met medische rapportages.

Uit deze uitspraak kon worden afgeleid dat dwangvoeding niet altijd een schending van artikel 3 EVRM oplevert. Er dient wel aan de volgende drie voorwaarden te worden voldaan:

- Er moet sprake zijn van een medische noodzaak om dwangvoeding toe te kunnen passen en deze medische noodzaak dient onderbouwd te worden.
- De beslissing om tot dwangvoeding over te gaan moet in overeenstemming zijn met de wettelijke procedurele waarborgen.
- Er mag niet meer dwang worden uitgeoefend dan strikt noodzakelijk wordt geacht.¹¹²

4.4 Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

Het CPT is in 1987 opgericht in het kader van de Raad van Europa. Het doel van het CPT wordt omschreven als:

*'There shall be established a European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment... The Committee shall, by means of visits, examine the treatment of persons deprived of their liberty with a view to strengthening, if necessary, the protection of such persons from torture and from inhuman or degrading treatment or punishment.'*¹¹³

Het doel van het Comité is het beschermen van mensen die door de nationale autoriteiten van hun vrijheid zijn beroofd. Het CPT heeft onbeperkt toegang tot detentiecentra. Het CPT bestaat uit leden die samengesteld zijn vanuit verschillende professionele disciplines, zoals juristen, artsen en specialisten op het gebied van politieaangelegenheden en het gevangeniswezen.¹¹⁴ Na elk bezoek wordt een rapport opgesteld met daarin de bevindingen en aanbevelingen. Het CPT bouwt voort op artikel 3 EVRM dat het folterverbod, onmenselijke en vernederende behandelingen bevat. De conventie is geratificeerd door alle 47 lidstaten van de Raad van Europa.¹¹⁵

¹¹² Jacobs 2009, p. 478-479.

¹¹³ Council of Europe 2010, p. 4.

¹¹⁴ <www.cpt.coe.int > (geraadpleegd op 16-12-2011).

¹¹⁵ <www.cpt.coe.nl> (geraadpleegd op 18-10-2011).

Het CPT heeft Standards ontwikkeld die aanwijzingen inhouden, zodat detentie op humane wijze plaatsvindt. Uit de CPT Standards valt af te leiden dat de individuele grondrechten, zoals het recht op zelfbeschikking, moeten worden gerespecteerd.¹¹⁶ Elke patiënt die in staat is om zijn eigen wil te bepalen, heeft het recht om een medische handeling te weigeren. Elke afwijking van dit fundamentele recht dient op de wet gebaseerd te zijn. Er ontstaat een moeilijke situatie wanneer de patiënt een beslissing neemt die tegen de zorgplicht van de arts in gaat, zoals bij een hongerstaking. Punt 47 van de CPT Standards schrijft het volgende voor inzake een hongerstaking:

'In the event of a hunger strike, public authorities or professional organisations in some countries will require the doctor to intervene to prevent death as soon as the patient's consciousness becomes seriously impaired. In other countries, the rule is to leave clinical decisions to the doctor in charge, after he has sought advice and weighed up all the relevant facts.'

Het CPT geeft hier aan dat door verschillende landen op verschillende wijze wordt gehandeld. Het kan voorkomen dat een landelijke overheid de arts vraagt om in te grijpen of dat professionele organisaties de arts vragen om in te grijpen, terwijl het in andere landen de arts zelf is die een besluit neemt om eventueel de hongerstaking te doorbreken. In zulke gevallen geeft het CPT geen antwoord op de vraag of eventueel moet worden ingegrepen wanneer er zich een hongerstaking in detentie voordoet. Het EHRM heeft jurisprudentie ontwikkeld inzake artikel 3 EVRM en het CPT neemt deze jurisprudentie in acht. Het CPT stelt wel nadere regels waar leemtes in wet zijn ontstaan. Het CPT heeft een preventief mandaat. Doordat het CPT door middel van bezoeken de detentieomstandigheden controleert, kunnen feiten worden vastgesteld. Dit zorgt ervoor dat het CPT nadere regels invulling geeft.

Het CPT bracht in 2009 een rapport uit naar aanleiding van informatie dat het CPT in december 2006 had ontvangen dat aan een hongerstakende gedetineerde in Spanje dwangvoeding werd toegepast. Het ging om meneer De Juana waarbij binnen drie periodes onder dwang voeding werd toegediend. Het CPT had tijdens hun bezoek in Spanje alleen de tweede periode, van 11 december 2006 tot 7 januari 2007, geobserveerd. In paragraaf 13 van het rapport wordt gesteld dat nationale overheden een zorgplicht hebben ten aanzien van personen die in hechtenis zijn genomen. Deze plicht dient het leven van een gedetineerde te beschermen en tevens zelfdoding te voorkomen. De beslissing om dwangvoeding toe te passen, kan gerechtvaardigd worden indien dit permanente lichamelijke schade of de dood bij een gedetineerde voorkomt. Maar aan de andere kant wordt door het CPT gesteld dat Europese regelingen en medische ethiek voorschrijft dat een gedetineerde een medische handeling kan weigeren. Hierbij zijn twee waarden in conflict: het recht op leven en de lichamelijke integriteit. Het is niet aan het CPT om zich uit te laten over deze waarden. Ze onderzoeken alleen of in detentie sprake is van foltering of onmenselijke of vernederende behandeling. Paragraaf 14 van het rapport bevat een aantal eisen waaraan het CPT toetst indien dwangvoeding aan een gedetineerde wordt toegediend.

Er moet sprake zijn van een medische noodzaak en dwangvoeding dient zorgvuldig onder geschikte voorwaarden worden uitgevoerd. Het besluitvormingsproces moet voldoende waarborgen bevatten en de beslissing wordt door onafhankelijke medici gemaakt. Juridische bijstand dient beschikbaar te zijn en de uitvoering van de beslissing moet adequaat worden gecontroleerd. De methode voor het toepassen van dwangvoeding mag niet onnodig pijn veroorzaken en dient zo licht mogelijk te zijn (proportioneel). De inbreuk op lichamelijke integriteit behoort zo min mogelijk te zijn. Wanneer aan deze voorwaarden niet wordt voldaan, kan dit leiden tot de kwalificatie onmenselijke of vernederende behandeling.

¹¹⁶ Council of Europe 2010, p. 31 (punt 45).

Bij het toepassen van dwangvoeding was meneer De Juana met zijn armen en benen met witte stoffen banden aan het bed vastgebonden. De verpleegkundigen hadden hem aan het bed vastgebonden en dit werd ook geregistreerd. Op 19 december werden de banden verwijderd, omdat meneer De Juana aan het medisch personeel had aangegeven dat hij zich niet meer lichamelijk zou verzetten tegen de voeding die werd toegediend.¹¹⁷

De conclusie van het CPT in deze zaak was dat de medische beslissing om over te gaan tot dwangvoeding werd genomen, nadat eerst de gezondheid van meneer De Juana werd gecontroleerd door het medisch personeel gedurende een bepaalde periode. Deze beslissing werd gemaakt door drie onafhankelijke artsen. Daarom is aan de voorwaarde medische noodzaak voldaan. De medische handeling is onder juiste omstandigheden in het ziekenhuis uitgevoerd. De vastgestelde procedure werd gevolgd en tevens was er de mogelijkheid voor de gedetineerde om tegen deze beslissing in beroep te gaan. Het CPT is echter van mening dat het proces van gerechtelijke controle en de bewaking van gedetineerden in hongerstaking kan worden versterkt door middel van voortdurend psychiatrisch onderzoek. Het CPT heeft verder de indruk gekregen dat de methode die werd gebruikt om dwangvoeding toe te passen zorgvuldig werd uitgevoerd. De beperkingen werden verwijderd wanneer dit niet meer noodzakelijk werd geacht. Kortom is het CPT van mening dat er een zorgvuldige afweging heeft plaatsgevonden om tot dwangvoeding aan meneer De Juana over te gaan.

De hoofdboodschap van het CPT is dat niet uit dit rapport kan worden opgemaakt dat het CPT gelooft in het toepassen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde. Het CPT vindt dat het niet de taak is van het CPT om zich uit te laten over deze kwestie. Indien wel wordt besloten om tot dwangvoeding over te gaan, zoals in Spanje, dient minimaal worden voldaan aan de voorwaarden die in paragraaf 14 van dit rapport worden gesteld.¹¹⁸

4.5 Conclusie

Artikel 2, 3 en 8 EVRM komen in beeld wanneer de vraag komt of dwangvoeding mag worden toegediend aan een gedetineerde in hongerstaking. Artikel 2 en 3 EVRM conflicteren bij deze beslissing om tot dwangvoeding over te gaan. Volgens artikel 2 EVRM heeft de gedetineerde het recht op leven en de overheid heeft de positieve verplichting om dit recht te beschermen, maar het toedienen van dwangvoeding kan een inbreuk op artikel 3 EVRM opleveren. Artikel 8 EVRM bevat het recht op een privéleven waaronder de lichamelijke integriteit valt. Op dit recht kan ook inbreuk worden gemaakt door middel van het toedienen van dwangvoeding. Aan artikel 2 en 8 EVRM worden voorwaarden gesteld indien toch op dit inbreuk wordt gemaakt. Artikel 3 EVRM is absoluut geformuleerd.

Vanuit de jurisprudentie van de ECRM en het EHRM bezien, levert dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde niet meteen een inbreuk van artikel 3 EVRM op als aan een drietal voorwaarden wordt voldaan. De belangrijkste voorwaarde is de medische noodzaak die ook door de overheid moet worden bewezen. Verder mag ook niet meer dwang worden uitgeoefend dan strikt noodzakelijk is. De derde voorwaarde is dat de nationale procedurele waarborgen in acht worden genomen. Indien aan deze voorwaarden niet wordt voldaan, wordt artikel 3 EVRM geschonden. Deze voorwaarden zijn ontwikkeld in het standaardarrest *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne*¹¹⁹.

Het CPT heeft Standards ontwikkeld waarin duidelijk naar voren komt hoe te handelen bij een hongerstaking. De Standards zijn handvatten die een nadere invulling geven aan een

¹¹⁷ CPT/Inf (2009) 10, paragraaf 30-31.

¹¹⁸ CPT/Inf (2009) 10, p. 17.

¹¹⁹ EHRM 5 april 2005, *Nevmerzhitsky t Oekraïne*, Application no. 54825/00.

algemene regeling van het EHRM. Het recht op zelfbeschikking is van belang en de patiënt kan, indien hij wilsbekwaam is, een medische handeling weigeren. Het CPT zal jurisprudentie van het EHRM opvolgen en daarom wordt door het CPT geen direct antwoord gegeven of dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde mogelijk is.

Uit het rapport dat door het CPT is opgesteld naar aanleiding van het toepassen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde in Spanje, kan worden afgeleid dat het CPT niet de voorkeur heeft om dwangvoeding in geval van een hongerstaker in detentie toe te passen. Indien wel door de autoriteiten wordt besloten om over te gaan tot dwangvoeding dienen ze rekening te houden met de voorwaarden die worden gesteld. Er moet sprake zijn van een medische noodzaak en dwangvoeding dient zorgvuldig onder geschikte voorwaarden worden uitgevoerd. Het besluitvormingsproces moet voldoende waarborgen bevatten en de beslissing wordt door onafhankelijke medici gemaakt. Juridische bijstand dient beschikbaar te zijn en de uitvoering van de beslissing moet adequaat worden gecontroleerd. De methode voor het toepassen van dwangvoeding mag niet onnodig pijn veroorzaken en dient zo licht mogelijk te zijn (proportioneel). De inbreuk op lichamelijke integriteit behoort zo min mogelijk te zijn. Opmerkelijk is dat de eisen juridische bijstand en adequate controle niet door het EHRM worden gehanteerd. Maar de voorwaarden die door het CPT zijn ontwikkeld, kunnen een zekere doorwerking hebben in het toetsingskader van het EHRM.

De opvattingen van het CPT en het EHRM lopen uiteen met betrekking tot het toedienen van dwangvoeding. De samenstelling van het CPT en het EHRM zijn verschillend en dit kan een van de factoren zijn waarom zij een andere opvatting hebben met betrekking tot het toedienen van dwangvoeding aan gedetineerde in hongerstaking. Het EHRM bestaat uit rechters, maar het CPT wordt beïnvloed door een arts. In het vorige hoofdstuk is het standpunt van de artsorganisaties al naar voren gekomen. Ze zijn namelijk van mening dat dwangvoeding niet is toegestaan aan een wilsbekwame hongerstaker.

5. De verhouding tussen de Nederlandse regelgeving en het internationaal recht

5.1 Inleiding

In 2002 ontstond in de politiek en pers een discussie over de mogelijkheid om dwangvoeding toe te passen aan Volkert van der G. Het volgende werd in de pers en literatuur gezegd:

'Het publiek heeft recht om te weten of deze man schuldig is of niet'.¹²⁰

'Twijfelachtig is, of belangen van derden rechtvaardiging voor dwangbehandeling kunnen zijn'.¹²¹

'Hongerstaking is een vorm van chantage waar niet voor geweken mag worden'.¹²²

De wetgeving was helder, alleen ontstond toch een controverse over de uitleg van artikel 32 Pbw. Het onderwerp is op dit moment niet actueel, omdat het geen bekend persoon is die in hongerstaking is, waardoor de aandacht van de pers niet getrokken wordt. Indien dit wel gebeurt, zal het nog steeds onduidelijk zijn of de mogelijkheid bestaat om dwangvoeding toe te passen aan een hongerstakende gedetineerde op grond van artikel 32 Pbw. De invulling van artikel 32 Pbw zou dan weer ter discussie komen te staan. Daarom is het wenselijk om duidelijkheid te scheppen omtrent de mogelijkheid om dwangvoeding aan een hongerstaker in detentie toe te dienen.

In dit hoofdstuk zal de situatie die zich in 2002 met Volkert van der G. voordeed, worden getoetst aan het EVRM. Eerst zal in paragraaf 4.2 de situatie in 2002 met Volkert van der G. kort worden weergegeven. Daarna wordt in paragraaf 4.3 de situatie getoetst aan artikel 2, 3 en 8 EVRM. Tot slot volgt de conclusie.

5.2 Situatie Volkert van der G. in 2002

Tijdens de hongerstaking van Volkert van der G. was de wetgeving hieromtrent duidelijk, alleen het geschilpunt tijdens deze discussie was hoe artikel 32 Pbw moest worden ingevuld. Er ontstond een roep om dit artikel aan te passen. Artikel 32 Pbw schrijft voor dat de directeur de gedetineerde kan verplichten dat ten aanzien van hem een geneeskundige handeling kan worden verricht. Deze handeling kan worden verricht ter afwending van gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde zelf of van anderen.

Minister Donner was ten tijde van de hongerstaking van Volkert van der G. van mening dat de mogelijkheid bestond om bij hem dwangvoeding toe te passen op basis van artikel 32 Pbw. In zijn visie kon dit op basis van de volgende twee criteria:

- Het belang van een ongestoorde rechtsgang¹²³;
- Het publiek belang¹²⁴.

Deze twee criteria zouden door minister Donner worden opgenomen in een nieuwe circulaire, maar die is tot op heden niet verschenen. Daarbij is een wetsvoorstel met deze

¹²⁰ Lutke Schipholt 2002, p. 1315.

¹²¹ Machor 2002, p. 41.

¹²² LPF-fractie, NRC 20 september 2002, p. 3.

¹²³ Aanhangsel Handelingen II, 2001/02, nr. 1547, herdruk.

¹²⁴ Aanhangsel Handelingen II, 2002/03, nr. 474.

twee criteria nooit verschenen en daarom was er in 2002 alleen sprake van een plan. Deze criteria hebben betrekking op belangen van derden. De vraag is in hoeverre deze belangen een rol spelen bij de beslissing om over te gaan tot dwangvoeding en of deze belangen een rol mogen spelen.

De circulaire uit 1985 is nog steeds van kracht, omdat een nieuwe circulaire is uitgebleven en er geen wijziging van de huidige circulaire heeft plaatsgevonden. De gedetineerden kunnen in rechte beroep doen op deze circulaire. De Staatssecretaris heeft in deze circulaire vastgelegd dat rekening moet worden gehouden met de wil van de gedetineerde die in hongerstaking is. Deze circulaire bepaalt dat 'in beginsel' dwangvoeding niet is toegestaan, maar 'in beginsel' geeft wel aan dat eventueel ruimte is om dwangvoeding toe te passen.

In de volgende paragraaf zal de situatie die zich in 2002 voordeed met Volkert van der G. worden getoetst aan het internationaal recht. Artikel 32 Pbw zal daarbij worden getoetst aan het EVRM alsmede de twee nieuw ontwikkelde criteria die door minister Donner aan het artikel waren toegevoegd.

5.3 Toetsing aan het internationaal recht

5.3.1 Artikel 2 EVRM

Artikel 2 EVRM waarborgt het recht op leven dat in het geding komt indien een gedetineerde in detentie in hongerstaking gaat. De hongerstaker maakt zelf de keuze om zijn eigen leven te riskeren, maar de overheid heeft ook verplichtingen. De overheid heeft zowel een positieve als een negatieve verplichting om dit recht te beschermen. Enerzijds heeft de overheid de onthoudingsplicht en dient zij geen inbreuk te maken op het recht op leven dat in artikel 2 EVRM wordt geformuleerd. Anderzijds heeft de overheid positieve verplichtingen die ervoor zorgen dat die overheid maatregelen treft om het recht op leven van de burger te beschermen.

In het arrest *X tegen Duitsland* werd gesteld dat de staat verplicht is om het recht op leven van gedetineerden te beschermen. Dit arrest stelt immers:

*'When a detained person maintains a hunger strike this may inevitably lead to a conflict between an individual's right to physical integrity and the High Contracting Party's obligation under Art. 2 of the Convention - a conflict which is not solved by the Convention itself.'*¹²⁵

Artikel 2 en 3 EVRM conflicteerden in dit arrest en ook bij latere arresten bij de vraag naar dwangvoeding, omdat dwangvoeding -onder omstandigheden- een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM kan opleveren. Aan de andere kant dient de overheid het recht op leven, in dit geval van een gedetineerde, te waarborgen. Het EHRM geeft geen oplossing voor dit conflict en laat de lidstaten vrij om over deze kwestie te oordelen ('margin of appreciation'). Er is dus in principe ruimte voor lidstaten om zelf de beslissing te nemen om tot dwangvoeding over te gaan.

¹²⁵ ECRM 12 juni 1984, *X t. Duitsland*, Application no. 10565/83, p. 8.

5.3.2 Artikel 3 EVRM

De vraag bij artikel 3 EVRM is of het toedienen van dwangvoeding in strijd is met het folterverbod of onmenselijke of vernederende behandeling. Uit jurisprudentie van de ECRM en het EHRM is gebleken dat het toedienen van dwangvoeding niet altijd schending van artikel 3 EVRM tot gevolg heeft. Er moet wel aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Deze eisen zijn ontwikkeld in het standaardarrest *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne*. Er moet sprake zijn van¹²⁶:

- een medische noodzaak die ook overtuigend door de overheid dient te worden vastgesteld;
- wettelijke waarborgen om dwangvoeding toe te passen;
- dwang die als strikt noodzakelijk wordt toegepast.

De medische noodzaak is een belangrijk aspect. De arts stelt vast of sprake is van een medische noodzaak. De overheid dient te bewijzen dat de medische noodzaak aanwezig was op het moment dat dwangvoeding aan de hongerstaker werd toegediend. Als de overheid dit niet kan bewijzen, kan dwangvoeding tot de kwalificatie foltering of onmenselijke of vernederende behandeling leiden. In de zaak *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne* kon de overheid niet aan deze bewijslast voldoen, hetgeen een schending van artikel 3 EVRM opleverde. Uit jurisprudentie van het EHRM is gebleken dat medisch handelen dat therapeutisch gezien noodzakelijk is, geen onmenselijke of vernederende behandeling kan opleveren.¹²⁷

Een tweede eis is dat het toepassen van dwangvoeding moet voldoen aan de wettelijke waarborgen. Indien de procedurele waarborgen ontbreken, kan niet aan deze eis worden voldaan en dat kan een inbreuk op artikel 3 EVRM opleveren. De wetgever heeft bepaald dat dwangvoeding een geneeskundige handeling is in de zin van artikel 32 Pbw. Het arrest *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne* heeft bepaald dat de wettelijke waarborgen 'procedural safeguards' dienen te bevatten.¹²⁸ In het arrest wordt het begrip 'procedural safeguards' niet nader toegelicht. In deze zaak wordt verwezen naar een decreet of 4 March 1992¹²⁹. Dit is een Oekraïens besluit die de procedurele regels omtrent het toedienen van dwangvoeding omvat. Hieruit kan worden afgeleid dat 'procedural safeguards' procedurele regels inhouden.

Een tweede invulling voor het begrip 'procedural safeguards' is dat de gedetineerde de mogelijkheid krijgt om een procedure aan te spannen tegen de beslissing van de directeur om dwangvoeding aan hem toe te dienen. In de Pbw is een beklagprocedure voor gedetineerden neergelegd. De wetgever heeft beklag opengesteld tegen beslissingen en hierdoor komen alleen klachten aan de orde die van redelijk belang zijn voor de gedetineerde.¹³⁰ Het moet gaan om een beslissing die door, of namens de directeur is genomen (art. 60 Pbw). Een beslissing van de minister van Justitie en de inrichtingsarts vallen niet onder deze beklagregeling. Artikel 28 Pm e.v. bepaalt een afzonderlijke procedure tegen de inrichtingsarts. Op basis van artikel 32 Pbw neemt de directeur de beslissing om dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde toe te dienen, dus is de beklagregeling van artikel 60 Pbw van toepassing. De gedetineerde doet beklag door indiening van een klaagschrift bij de beklagcommissie bij de inrichting waar de beslissing is genomen (art. 61 lid 1 Pbw). Het klaagschrift wordt uiterlijk op zevende dag na kennisneming van de beslissing door de gedetineerde ingediend, aldus artikel 61 lid 5 Pbw. Het klaagschrift

¹²⁶ EHRM 5 april 2005, *Nevmerzhitsky t. Oekraïne*, Application no. 54825/00.

¹²⁷ EHRM 24 september 1992, *Herczegvalvy t. Oostenrijk*, Application no. 10533/83.

¹²⁸ EHRM 5 april 2005, *Nevmerzhitsky t. Oekraïne*, Application no. 54825/00, r.o. 96.

¹²⁹ EHRM 5 april 2005, *Nevmerzhitsky t. Oekraïne*, Application no. 54825/00, r.o. 62.

¹³⁰ *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 263, nr. 3, p. 76.

wordt door de beklagcommissie behandeld. Deze beklagcommissie bestaat uit drie leden die worden bijgestaan door een secretaris. De klager heeft recht op rechtsbijstand (art. 65 lid 1 Pbw). Artikel 67 Pbw bepaalt dat de beklagcommissie zo spoedig mogelijk uitspraak doet, in ieder geval binnen een termijn van vier weken. In bijzondere omstandigheden kan de beklagcommissie deze termijn met uiterlijk vier weken verlengen. De uitspraak van beklagcommissie kan volgens artikel 68 Pbw strekken tot een niet-ontvankelijkverklaring, een ongegrondverklaring of een gegrondverklaring van het beklag. Deze uitspraken kunnen betrekking hebben op het gehele beklag of een gedeelte van het beklag. De beklagcommissie toetst of de beslissing waarover door de gedetineerde is geklaagd, in strijd is met een, in de inrichting geldend wettelijk voorschrift of met een ieder verbindende bepaling van een in Nederland geldend verdrag dan wel, bij afweging van alle in aanmerking komende belangen, onredelijk of onbillijk moet worden geacht. Artikel 68 lid 2 Pbw schrijft deze afweging voor. Tegen deze uitspraak kunnen de directeur en de klager beroep instellen bij de beroepscommissie van de RSJ. Er wordt beroep ingesteld door middel van een beroepschrift dat uiterlijk op de zevende dag na mededeling van de uitspraak wordt ingediend (art. 69 lid 1 Pbw). De beroepscommissie doet zo spoedig mogelijk uitspraak. Deze uitspraak strekt tot gehele of gedeeltelijke niet-ontvankelijkverklaring van het beroep of een bevestiging van de uitspraak van de beklagcommissie. Een andere uitspraak van de beroepscommissie kan zijn dat de uitspraak van de beklagcommissie wordt vernietigd (artikel 71 lid 2 Pbw).

Op basis van het arrest *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne* kan worden geconcludeerd dat 'procedural safeguards' procedurele regels omtrent het toedienen dwangvoeding bevatten. In dit arrest wordt namelijk naar een decreet verwezen en dit is een Oekraïens besluit die de procedurele regels omtrent het toedienen van dwangvoeding bevat. Daarom zal dit als uitgangspunt worden genomen.

De laatste eis is dat dwang alleen mag worden uitgeoefend, indien dit strikt noodzakelijk is. Hier speelt proportionaliteit een rol.

Indien in 2002 de overheid had besloten om aan Volkert van der G. dwangvoeding toe te dienen, zou inbreuk gemaakt kunnen worden op artikel 3 EVRM indien aan de eisen van het standaardarrest *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne* zou kunnen worden voldaan. De medische noodzaak die door de arts wordt vastgesteld, dient wel door de overheid schriftelijk te worden aangetoond door middel van een rapport. Bij de wettelijke waarborgen kunnen de 'procedural safeguards' op twee manieren worden uitgelegd, maar op basis van het arrest *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne* zou dit begrip procedurele regels omtrent het toedienen van dwangvoeding bevatten. De circulaire uit 1985 schrijft een procedure voor indien een gedetineerde in hongerstaking is. Het is niet bekend of het EHRM bij de toetsing van artikel 3 EVRM deze circulaire van belang acht. Het EHRM onderzoekt bij de naleving van artikel 3 EVRM of de voorgeschreven procedures zijn gevolgd bij het nemen van de beslissing om tot dwangvoeding over te gaan. In 2002 was het onduidelijk welke belangen afgewogen moesten om de beslissing te nemen om tot dwangvoeding over te gaan. Tevens is niet duidelijk wat het EHRM onder het begrip 'procedural safeguards' verstaat, omdat het EHRM dit begrip niet nader heeft toegelicht. Indien de circulaire uit 1985 wel van belang is bij deze toetsing zou dat problemen kunnen opleveren bij de vraag of dwangvoeding in strijd is met artikel 3 EVRM, omdat de wil van de gedetineerde in deze circulaire centraal staat en dwangvoeding niet mogelijk is. Tot slot mag bij het toedienen van dwangvoeding niet meer dwang worden uitgeoefend dan strikt noodzakelijk is. Hier zal worden uitgegaan van het feit dat alleen dwang zou worden uitgeoefend indien dit strikt noodzakelijk zou zijn.

Nadat al deze eisen zijn toegelicht, kan worden geconcludeerd dat het toedienen van dwangvoeding aan Volkert van der G. in 2002 geen schending van artikel 3 EVRM zou opleveren, aangezien aan alle eisen uit het standaardarrest van *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne* zou kunnen worden voldaan.

Achteraf is het moeilijk om de medische noodzaak en de dwang die wordt uitgeoefend bij het toedienen van dwangvoeding vast te stellen, omdat dwangvoeding niet daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

5.3.3 Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM kan dienen als een vangnetbepaling bij artikel 3 EVRM. Indien geconstateerd wordt dat artikel 3 EVRM niet geschonden is, kan artikel 8 EVRM als vangnet worden gebruikt. Artikel 8 EVRM beschermt het recht op privéleven waar het recht op lichamelijke en psychische integriteit een onderdeel van is.¹³¹ Wanneer een gedetineerde in hongerstaking is en de directeur heeft besloten om de hongerstaker onder dwang te voeden, kan dit een inbreuk op de lichamelijke integriteit opleveren. In het vorige hoofdstuk zijn de eisen van dit artikel al behandeld en in deze paragraaf worden deze eisen getoetst aan de situatie die zich in 2002 voordeed met Volkert van der G.

Er moet aan drie voorwaarden worden voldaan om inbreuk te mogen maken op artikel 8 lid 1 EVRM. De inbreuk is¹³²:

- 1) in accordance with the law;
- 2) in the interests of among other the prevention of disorder or crime or the rights and freedoms of others;
- 3) necessary in a democratic society.

De inbreuk is 'in accordance with the law' als de bevoegdheid op basis van het nationale recht wordt uitgevoerd. Er zijn twee kwaliteitseisen die aan het recht worden gesteld, namelijk: de rechtsregel moet kenbaar en voorzienbaar zijn. Artikel 32 Pbw is van toepassing bij het toedienen van dwangvoeding en dit artikel is kenbaar voor de burger. Het recht is immers toegankelijk voor de burger, doordat de wet is gepubliceerd in het Staatsblad. Daarnaast moet de rechtsregel voldoende nauwkeurig zijn geformuleerd. Artikel 32 Pbw schrijft voor dat een geneeskundige handeling kan worden gedoogd in geval de situatie een gevaar oplevert voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde zelf of voor anderen. Minister Donner wilde in 2002 dwangvoeding toedienen op grond van het publiek belang en het belang van de ongestoorde rechtsgang. Deze belangen zijn niet in artikel 32 Pbw of in de circulaire uit 1985 opgenomen en wijziging van deze circulaire heeft nooit plaatsgevonden. De wil van de hongerstakende gedetineerde staat in deze circulaire centraal. De twee criteria die door minister waren toegevoegd aan artikel 32 Pbw zijn derdenbelangen en passen daarom niet in de huidige circulaire. Het begrip 'law' is ruimer dan alleen de wet en daarom is de circulaire uit 1985 ook van belang. De inbreuk in 2002 zou niet 'in accordance with the law' zijn, omdat de rechtsregel is niet voldoende nauwkeurig wordt geformuleerd. Deze derdenbelangen zijn niet vastgesteld in de 'law' en een nadere toelichting ontbreekt. Tevens was het voor de directeur onduidelijk welke belangen zouden moeten worden afgewogen om tot de beslissing te komen dat sprake was van deze derdenbelangen. In 2002 is deze afweging niet aan bod gekomen, omdat Volkert van der G. zijn hongerstaking niet meer voortzette. Het is van belang dat deze belangenafweging op te nemen in de circulaire om duidelijkheid te scheppen voor de directeur, omdat hij de beslissingsbevoegdheid heeft om dwangvoeding toe te passen aan een hongerstakende gedetineerde.

Het recht dient niet alleen toegankelijk en voorzienbaar te zijn voor de burger, maar het recht moet ook mogelijkheden bieden om procesrechtelijke controle uit te oefenen.¹³³ In de Pbw is een procesrechtelijke controle vastgelegd. De gedetineerde kan namelijk een klaagschrift

¹³¹ De Bruijn-luckers 2008.

¹³² Harteveld 2004, p. 161.

¹³³ Harteveld 2004, p. 168.

indienen bij de beklagcommissie van de Commissie van Toezicht en kan tevens tegen deze beslissing in beroep gaan (art. 61 en 69 Pbw). De Pbw bevat procesrechtelijke waarborgen en voldoet daarom aan deze eis.

Een tweede vereiste is dat de inbreuk gebaseerd is op de in artikel 8 lid 2 EVRM genoemde doelen ('aims'). Artikel 8 lid 2 EVRM geeft een limitatieve opsomming van de mogelijkheden die de overheid heeft om inbreuk te maken op dit recht. Deze doelen zijn ruim geformuleerd. Lid 2 van dit artikel bevat de volgende opsomming:

'Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

Het publiek belang en het belang van een ongestoorde rechtsgang kunnen vallen onder het doel: het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten. Niet alleen preventieve maatregelen vallen onder dit doel, maar ook kan worden ingegrepen door de overheid in het belang van de doeleinden van het strafproces, zoals bijvoorbeeld waarheidsvinding.¹³⁴ Op grond van dit doel kan inbreuk worden gemaakt op artikel 8 lid 1 EVRM. Indien Volkert van der G. zou overlijden zou dit kunnen betekenen dat informatie achterwege blijft, omdat hij geen bijdrage kan leveren aan het vooronderzoek en de waarheidsvinding zou kunnen belemmeren. Tevens kan het overlijden van Volkert van der G. zorgen voor opstand binnen de samenleving, omdat het proces geen doorgang zou hebben.¹³⁵

De derde eis is of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving ('necessary in a democratic society'). Subsidiariteit en proportionaliteit spelen hierbij een rol. Er dient een afweging te worden gemaakt tussen enerzijds het recht op lichamelijke integriteit en anderzijds de noodzaak om inbreuk te maken op lid 1 van dit artikel.¹³⁶ De noodzakelijkheid is in een drietal arresten¹³⁷ ontwikkeld en wordt aan de hand van de volgende vier punten nader toegelicht:

- De uitzonderingen van artikel 8 lid 2 EVRM dienen restrictief te worden uitgelegd, dat wil zeggen dat de uitzonderingen limitatief zijn. Een nadere uitwerking van deze voorwaarde wordt toegelicht aan de hand van de volgende punten:
- Noodzakelijkheid zit tussen de begrippen onmisbaar en wenselijk in.
- Er dient een 'pressing social need' (dringende sociale behoefte) aanwezig te zijn bij de inbreuk op dit artikel. Tevens moet de inbreuk proportioneel zijn met het beoogde doel.
- Voor invulling van het begrip 'noodzakelijkheid' hebben Staten een zekere 'margin of appreciation', dat wil zeggen dat Staten een zekere beoordelingsvrijheid hebben om een afweging te maken tussen de privacyrechten enerzijds en het beoogde doel anderzijds. Het EHRM blijft de beslissende factor hieromtrent.¹³⁸

Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid moet een balans zijn tussen de belangen van het individu en de algemene belangen van de gemeenschap. Bij deze 'fair balance' toets dient

¹³⁴ Hartevelde 2004, p. 160.

¹³⁵ Jacobs 2009, p. 459.

¹³⁶ Hartevelde 2004, p. 176.

¹³⁷ EHRM 7 december 1976, *Handyside t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 5493/72, EHRM 25 maart 1983, *Silver e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 5947/72, EHRM 24 februari 1998, *Botta t. Italië*, Application no. 21439/93.

¹³⁸ Hartevelde 2004, p. 176-177.

nationaal gezien een effectieve procedure beschikbaar te zijn, waarbij de rechter controle kan uitoefenen op de toegepaste bevoegdheid door de overheid.¹³⁹

Het EHRM oordeelt aan de hand van een aantal vragen of er inbreuk is gemaakt op artikel 8 EVRM. De volgende vragen worden gesteld¹⁴⁰:

- 1) Is er inbreuk gepleegd op het recht van privacy? Zo ja:
- 2) Is deze inbreuk in overeenstemming met het recht? Zo ja:
- 3) Wordt het doel gerechtvaardigd? Zo ja:
- 4) Was de inbreuk noodzakelijk ter bescherming van de democratische samenleving?

Bij het toedienen van dwangvoeding wordt inbreuk gemaakt op het recht op privacy, namelijk het recht op lichamelijke integriteit dat onder het begrip 'privéleven' valt.

Bij de tweede vraag moet de bevoegdheid om inbreuk te maken op dit recht in een nationale wet zijn vastgesteld. Artikel 32 Pbw is de basis voor het toedienen van dwangvoeding, omdat dwangvoeding volgens de memorie van toelichting een geneeskundige handeling is. De rechtsregel is kenbaar voor de burger, omdat deze wet gepubliceerd is in het Staatsblad. De rechtsregel moet ook voorzienbaar zijn, dat wil zeggen voldoende nauwkeurig zijn omschreven. De rechtsregel schrijft voor dat een geneeskundige handeling kan worden verricht ter afwending van gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde zelf of anderen. Deze rechtsregel voldoende duidelijk, maar bij Volkert van der G. zou dwangvoeding worden toegediend op basis van het publiek belang en het belang van een ongestoorde rechtsgang. Deze derdenbelangen zijn niet aan de eisen van artikel 32 Pbw toegevoegd en de circulaire uit 1985 is ongewijzigd gebleven en daarin staat de wil van de gedetineerde in hongerstaking centraal. De criteria van minister Donner lijken problematisch in het licht van de tekst van de circulaire. Indien in 2002 dwangvoeding zou worden toegediend aan Volkert van der G. op basis van de derdenbelangen al niet aan deze eis worden voldaan. Dit zal een inbreuk op artikel 8 EVRM opleveren.

Het is ook van belang dat het recht een procedure aanduidt waarlangs controle mogelijk is op de gebezigde bevoegdheid.¹⁴¹ De Pbw schrijft een procedure voor waarbij de gedetineerde een klaagschrift kan indienen tegen een beslissing van de directeur of een beslissing die namens de directeur is genomen (art. 61 jo. 60 Pbw). De directeur heeft de beslissingsbevoegdheid om tot dwangvoeding over te gaan aan een hongerstakingende gedetineerde en daarom is artikel 60 Pbw van toepassing. Tevens kan de gedetineerde tegen deze beslissing een beroepschrift indienen (art. 69 Pbw). De nationale wet voldoet aan de procedurele waarborgen en daarom is de inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM in overeenstemming met het recht.

Het doel dat gerechtvaardigd zou kunnen worden bij de inbreuk op artikel 8 EVRM is het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, omdat het strafproces hierbij van belang is. Indien Volkert van der G. in 2002 zou komen te overlijden, was het niet mogelijk geweest om hem te vervolgen voor zijn daden. Daarnaast is waarheidsvinding tijdens het strafproces ook van belang.

Tot slot is het bij de laatste vraag van betekenis hoe dwangvoeding zich noodzakelijkerwijs verhoudt ter bescherming van een democratische samenleving. Bij de inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM zijn proportionaliteit en subsidiariteit van belang. Eerst komt de wijze waarop de maatregel is uitgevoerd aan bod en vervolgens de procedurele waarborgen die de nationale

¹³⁹ Hartevelde 2004, p. 177.

¹⁴⁰ De Bruijn-luckers 2008.

¹⁴¹ Hartevelde 2004, p.168.

wet voorschrijft.¹⁴² De Pbw bevat procedurele waarborgen voor een gedetineerde. De gedetineerde kan een klaagschrift indienen bij de beklagcommissie van de inrichting waar de beslissing is genomen door of namens de directeur (art. 60 Pbw). De wijze waarop dwangvoeding wordt toegediend, moet proportioneel zijn en hier dient het minst ingrijpende middel voor te worden gebruikt. Tevens moet er sprake zijn van een dringende sociale behoefte. De Staten hebben een zekere 'margin of appreciation' met betrekking tot de noodzakelijkheid om inbreuk te maken op artikel 8 lid 1 EVRM. De Staat heeft de vrijheid om zelf een afweging maken of het noodzakelijk is om in te grijpen. Het is daarom mogelijk om dwangvoeding toe te dienen aan een hongerstakende gedetineerde. Er wordt geen inbreuk gemaakt op artikel 8 lid 1 EVRM aangezien aan de voorwaarden om inbreuk te maken, wordt voldaan.

5.4 Conclusie

Tijdens de hongerstaking van Volkert van der G. was de wetgeving helder, er ontstond echter de discussie over de invulling van artikel 32 Pbw. Minister Donner breidde artikel 32 Pbw uit met twee nieuwe criteria, namelijk: het publiek belang en het belang van een ongestoorde rechtsgang. Deze nieuwe eisen zijn niet nader uitgewerkt in een nieuwe circulaire, zoals minister Donner destijds aangaf.

Het toepassen van dwangvoeding aan een hongerstakende gedetineerde heeft niet onmiddellijk een schending van het EVRM tot gevolg, aldus het EHRM. Het EHRM stelt voorwaarden en wanneer hieraan wordt voldaan, is dwangvoeding toegestaan.

In de zaak *X tegen Duitsland* en ook in latere zaken omtrent dwangvoeding is dit herhaald, ontstond bij de vraag naar dwangvoeding een conflict tussen artikel 2 en 3 EVRM. De overheid heeft de positieve verplichting om het recht op leven van de gedetineerde te waarborgen, maar aan de andere kant kan het toedienen van dwangvoeding een onmenselijke of vernederende behandeling opleveren wat in artikel 3 EVRM wordt verboden. Het EHRM geeft geen oplossing voor dit conflict en laat de lidstaten vrij om over de kwestie te oordelen ('margin of appreciation').

Artikel 3 EVRM wordt niet geschonden wanneer aan drie voorwaarden wordt voldaan die in het standaardarrest *Nevmerzhijsky tegen Oekraïne* zijn ontwikkeld. Deze drie voorwaarden zijn¹⁴³:

- een medische noodzaak die ook overtuigend door de overheid dient te worden vastgesteld;
- het toepassen van dwangvoeding moet aan de wettelijke waarborgen voldoen;
- de dwang die wordt gebruikt, is strikt noodzakelijk.

De arts stelt de medische noodzaak vast en de overheid dient de medische noodzaak te bewijzen door middel van een rapport. De dwang die wordt uitgeoefend dient proportioneel te zijn. De wettelijke waarborgen moeten 'procedural safeguards' bevatten, met andere woorden: procedurele regels omtrent de toepassing van dwangvoeding aan hongerstakers. Aan deze eis wordt voldaan, aangezien de circulaire een procedure bevat over de handelswijze indien een gedetineerde in hongerstaking is. Artikel 3 EVRM zou niet worden geschonden, indien in 2002 aan deze eisen werden voldaan. Wanneer de circulaire uit 1985 van belang is bij de toetsing door het EHRM zal dat voor moeilijkheden kunnen zorgen, omdat op basis van deze circulaire de wil van de gedetineerde centraal staat en dwangvoeding niet is toegestaan. Het is niet duidelijk wat het EHRM verstaat onder het

¹⁴² Hartevelde 2004, p. 178-179.

¹⁴³ EHRM 5 april 2005, *Nevmerzhijsky t. Oekraïne*, Application no. 54825/00.

begrip 'procedural safeguards', maar de circulaire uit 1985 zou bij de toetsing van artikel 3 EVRM nog voor problemen kunnen zorgen.

Artikel 8 EVRM kan dienen als een vangnetbepaling bij artikel 3 EVRM, dat wil zeggen dat artikel 8 EVRM in het licht komt wanneer er geen schending van artikel 3 EVRM wordt vastgesteld. Artikel 8 EVRM bevat het recht op privéleven, waarin het recht op lichamelijke integriteit is opgenomen. Dit artikel wordt ingeval van dwangvoeding aan Volkert van der G. geschonden, omdat niet aan alle voorwaarden die zijn gesteld in artikel 8 lid 2 EVRM wordt voldaan. De inbreuk zou niet 'in accordance with the law' zijn, omdat dwangvoeding zou worden toegediend op basis van derdenbelangen. Deze belangen worden niet nader toegelicht en in het licht van de circulaire uit 1985 zal dit problematisch zijn, omdat daarin de wil van de gedetineerde centraal staat. Deze derdenbelangen zijn niet voldoende nauwkeurig omschreven. De Pbw bevat wel procedurele waarborgen voor de gedetineerde. De Staat heeft een zekere 'margin of appreciation' waardoor de Staat enige vrijheid heeft om de afweging te maken of dwangvoeding noodzakelijk is in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM.

6. Conclusie

In 2002 ontstond een discussie in de politiek en in de media of het toedienen van dwangvoeding mogelijk was aan de hongerstakingende Volkert van der G. Het probleem was niet de wetgeving hieromtrent, maar hoe de wettelijke bepaling, artikel 32 Pbw moest worden ingevuld. Minister Donner was van mening dat dit artikel aangepast moest worden en wilde twee eisen aan artikel 32 Pbw toevoegen, namelijk: het belang van de ongestoorde rechtsgang¹⁴⁴ en het publiek belang.¹⁴⁵ Deze plannen hebben nooit geleid tot een wetsvoorstel of een officiële wijziging van beleid. De circulaire uit 1985 is namelijk ongewijzigd gebleven.

In dit onderzoek heb ik de mogelijkheden beschreven binnen nationaal en internationaal kader met betrekking tot het toedienen van dwangvoeding aan een gedetineerde in hongerstaking. Deze kwestie roept niet alleen juridische vragen op, maar ook medisch ethische vragen. De arts speelt namelijk een grote rol bij het toepassen van dwangvoeding, de arts heeft immers de bevoegdheid om de gedetineerde in hongerstaking onder dwang te voeden. Dwangvoeding brengt medisch gezien risico's met zich mee en kan zelfs leiden tot de dood. Uiteindelijk is in dit onderzoek de situatie die in 2002 plaatsvond met Volkert van der G. getoetst aan nationale en internationale wet- en regelgeving.

Binnen nationaal kader kan het volgende worden geconcludeerd:

1. Een gedwongen medische handeling kan bij een hongerstakingende gedetineerde worden verricht op grond van artikel 32 Pbw. Op basis van dit artikel kan de directeur de gedetineerde verplichten dat ten aanzien van hem een geneeskundige handeling wordt verricht. Deze handeling kan worden verricht ter afwending van gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde zelf of van anderen. De arts stelt eerst vast of een medische ingreep noodzakelijk is. De directeur heeft de beslissingsbevoegdheid om tot dwangvoeding over te gaan en legitimeert de arts om deze medische handeling uit te voeren, maar de arts is hiertoe niet verplicht.
2. De circulaire die in 1985 is opgesteld door de Staatssecretaris van Justitie is tot op heden nog van kracht. De gedetineerde kan zich in rechte beroepen op deze circulaire. De circulaire stelt dat de wil van de gedetineerde 'in beginsel' dient te worden gerespecteerd, dat wil zeggen dat er ruimte is om hiervan af te wijken. Maar op basis van deze circulaire is het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstakingende gedetineerde die wilsbekwaam is, niet toegestaan.
3. Op nationaal niveau waren de JWS, IGZ en de KNMG in 2002 eensluidend met betrekking tot dwangvoeding. Op internationaal niveau heeft de WMA zich al uitgelaten over deze kwestie door middel van de Verklaring van Tokio en de Verklaring van Malta. Deze verklaringen bevatten gedragsregels voor de arts indien zij met een hongerstaking worden geconfronteerd. Het standpunt van de WMA sloot aan bij de standpunten op nationaal niveau. Geen interventie is mogelijk zolang de hongerstaker wilsbekwaam is en dwangvoeding tegen de wil van de hongerstaker is. Het advies van de IGZ luidde in 2002 dan ook om als arts niet mee te werken aan het toedienen van dwangvoeding aan een hongerstaker. De IGZ zou zelfs tuchtrechtelijk optreden, indien een arts hier wel zijn medewerking aan zou verlenen. Het is dan ook de vraag of artsen de medische handeling zouden verrichten indien de directeur van de instelling beslist om tot dwangvoeding over te gaan.

¹⁴⁴ Aanhangsel Handelingen II, 2001/02, nr. 1547, herdruk.

¹⁴⁵ Aanhangsel Handelingen II, 2002/03, nr. 474.

Concluderend kan binnen nationaal kader 'in beginsel' geen dwangvoeding plaatsvinden. De wil van de hongerstaker wordt als uitgangspunt genomen, maar 'in beginsel' geeft aan dat de mogelijkheid bestaat om hiervan af te wijken. Per situatie zal een belangenafweging moeten worden gemaakt of dwangvoeding mogelijk kan zijn aan een hongerstakende gedetineerde. Het is de vraag of een arts daadwerkelijk dwangvoeding zal toepassen aangezien zij in 2002 als advies kregen van de IGZ om aan deze medische handeling geen medewerking te verlenen. In 2002 lieten een aantal artsen, LPF-kamerleden, in de media weten dat zij bereid waren om aan Volkert van der G. dwangvoeding toe te dienen.¹⁴⁶ Het is de vraag of deze medische handeling zou worden verricht vanuit de beroepsethiek aangezien het LPF-kamerleden waren die dit verkondigden.

Binnen internationaal kader zijn de conclusies als volgt:

1. In het arrest *X tegen Duitsland* is voor het eerst een spanningsveld ontstaan bij de vraag naar dwangvoeding. De artikelen 2 en 3 EVRM conflicteerden in dit arrest met elkaar bij de vraag naar dwangvoeding. De overheid heeft de positieve verplichting jegens haar burgers om het recht op leven te waarborgen (art. 2 EVRM), maar het toedienen van dwangvoeding kan een inbreuk op artikel 3 EVRM opleveren. Dwangvoeding zou kunnen leiden tot de kwalificatie 'foltering of onmenselijke of vernederende behandeling'. Het EHRM geeft voor dit conflict geen oplossing en laat de Staat vrij om hieromtrent een afweging te maken ('margin of appreciation').
2. Het toedienen van dwangvoeding hoeft geen inbreuk op artikel 3 EVRM op te leveren indien aan een drietal voorwaarden wordt voldaan die in het standaardarrest *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne* zijn ontwikkeld.¹⁴⁷ De medische noodzaak dient door de arts te worden vastgesteld en de bewijslast hiervoor ligt bij de overheid. De dwang die wordt uitgeoefend bij het voeden van de hongerstaker is strikt noodzakelijk. Deze twee eisen worden aanwezig geacht, indien in 2002 bij Volkert van der G. dwangvoeding zou worden toegepast. De wettelijke waarborgen dienen 'procedural safeguards' te bevatten. Dit begrip wordt niet nader toegelicht door het EHRM, maar uit het arrest *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne* kan worden afgeleid dat hiermee procedurele regels omtrent het toedienen van dwangvoeding worden bedoeld. De circulaire uit 1985 schrijft procedurele regels voor indien een gedetineerde in hongerstaking is. Dwangvoeding aan Volkert van der G. in 2002 zou niet kunnen leiden tot een inbreuk van artikel 3 EVRM. Wanneer bij de toetsing door het EHRM de circulaire uit 1985 van belang is, zal dit voor moeilijkheden kunnen zorgen. De wil van de gedetineerde staat centraal indien de hongerstaker nog wilsbekwaam is en dwangvoeding is op grond van die circulaire niet mogelijk. Aangezien het moeilijk te voorspellen is hoe het EHRM zal oordelen door het casuïstieke karakter van haar uitspraken zal dit alleen een aandachtspunt zijn. Indien de 'procedural safeguards' net als in het arrest *Nevmerzhitsky tegen Oekraïne* zal worden geformuleerd, zou dit voor problemen kunnen zorgen.
3. Artikel 8 EVRM kan dienen als vangnetbepaling bij artikel 3 EVRM. Artikel 8 EVRM bevat het recht op privéleven waarin het recht op lichamelijke integriteit is opgenomen.¹⁴⁸ Dit artikel wordt ingeval van dwangvoeding aan Volkert van der G. geschonden, omdat niet aan de eis 'in accordance with the law' kan worden voldaan. Artikel 8 lid 2 EVRM bevat voorwaarden waarop de inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM aan moet voldoen. De eerste eis is dat de inbreuk voorzien is bij de wet. Dit betekent dat de rechtsregel kenbaar en voorzienbaar moet zijn. Artikel 32 Pbw is voldoende nauwkeurig, maar de derdenbelangen waar de inbreuk in 2002 op gebaseerd zou

¹⁴⁶ NRC Handelsblad 14 september 2002, 'LPF'ers willen Volkert zelf dwangvoeden'. <www.nrc.nl>.

¹⁴⁷ EHRM 5 april 2005, *Nevmerzhitsky t. Oekraïne*, Application no. 54825/00.

¹⁴⁸ De Bruijn-luckers 2008.

zijn, worden niet in de wet en de circulaire uit 1985 genoemd. In de circulaire uit 1985 staat de wil van de gedetineerde centraal staat en geen derdenbelangen. Daardoor is de rechtsregel niet voldoende nauwkeurig en zal het toedienen van dwangvoeding aan Volkert van der G. een inbreuk opleveren op artikel 8 lid 1 EVRM. Verder bevat de Pbw procedurele waarborgen voor de gedetineerde, zodat er een procesrechtelijke controle kan plaatsvinden. De gedetineerde kan namelijk een klaagschrift indienen tegen de beslissing van de directeur van de instelling (art. 61 Pbw). Een tweede vereiste is dat de inbreuk een doel bevat die in artikel 8 lid 2 EVRM limitatief wordt opgesomd. Het doel waar de inbreuk op gebaseerd kan zijn, is het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten. Aan deze eis zal worden voldaan. Tot slot dient de inbreuk noodzakelijk in een democratische samenleving te zijn. De Staat heeft hier een zekere 'margin of appreciation' waardoor de Staat enige vrijheid heeft om de afweging te maken of dwangvoeding noodzakelijk is in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM.

4. Het CPT heeft nadere regels gesteld die ter invulling van jurisprudentie van het EHRM fungeren. Uit het rapport dat door het CPT is opgesteld naar aanleiding van een zaak in Spanje waarbij dwangvoeding werd toegediend aan een hongerstaker in detentie, kan worden afgeleid dat het volgens het CPT niet de voorkeur geniet om dwangvoeding toe te dienen aan een hongerstaker. Indien wel dwangvoeding wordt toegediend, zoals in Spanje, zal rekening moeten worden gehouden met de voorwaarden die het EHRM en CPT hieraan stelt. Er moet sprake zijn van een medische noodzaak en dwangvoeding dient zorgvuldig onder geschikte voorwaarden worden uitgevoerd. Het besluitvormingsproces moet voldoende waarborgen bevatten en de beslissing wordt door onafhankelijke medici gemaakt. Juridische bijstand dient beschikbaar te zijn en de uitvoering van de beslissing moet adequaat worden gecontroleerd. De methode voor het toepassen van dwangvoeding mag niet onnodig pijn veroorzaken en dient zo licht mogelijk te zijn (proportioneel). Het CPT geeft een nadere invulling op de algemene regels van het EHRM, doordat juridische bijstand beschikbaar dient te zijn en de uitvoering van de beslissing adequaat moet worden gecontroleerd. Deze eisen heeft het EHRM niet eerder gehanteerd. De opvattingen van het EHRM en het CPT lopen uiteen, omdat het EHRM van mening is dat wel ruimte bestaat om dwangvoeding toe te dienen aan een hongerstaker. Het EHRM bestaat uit alleen rechters en de leden van het CPT zijn samengesteld vanuit verschillende professionele disciplines, zoals juristen, artsen en specialisten op het gebied van politieaangelegenheden en het gevangeniswezen.¹⁴⁹ De samenstelling kan één van de factoren zijn waardoor de opvattingen van het CPT en het EVRM uiteen lopen. Het standpunt van het CPT zou beïnvloed kunnen worden door de mening van artsen, terwijl het EHRM alleen juristen bevat. Het standpunt van de artsen is namelijk dat de wil van de hongerstaker dient te worden gerespecteerd zolang hij wilsbekwaam is. Dit is ook gebleken tijdens de hongerstaking van Volkert van der G. in 2002 toen de artsen werden geadviseerd door de IGZ om niet mee te werken aan het toedienen van dwangvoeding en ook uit de WMA verklaringen is deze opvatting af te leiden.

Geconcludeerd kan worden dat ruimte bestaat binnen nationale en internationale wet- en regelgeving om dwangvoeding toe te dienen aan een hongerstakende gedetineerde. In specifiek geval was bij Volkert van der G. in 2002 dwangvoeding niet toegestaan op grond van het publiek belang en het belang van de ongestoorde rechtsgang. Het toedienen van dwangvoeding aan Volkert van der G. zou niet in strijd zijn met artikel 3 EVRM, omdat aan de voorwaarden die dit artikel stelt om inbreuk te maken, wordt voldaan.

¹⁴⁹ <www.cpt.coe.int> (geraadpleegd op 16-12-2011).

Artikel 8 lid 2 EVRM vormt echter een probleem, omdat de derdenbelangen waar de inbreuk op gebaseerd is, geen wettelijke basis bevatten. Minister Donner zag in 2002 de mogelijkheid om dwangvoeding toe te dienen aan Volkert van der G. op basis van het belang van de ongestoorde rechtsgang en het publiek belang. Deze begrippen werden niet nader toegelicht in een wetsartikel of in een circulaire. Welke belangenafweging moest worden gemaakt, was ook niet bekend. Daardoor zal het toedienen van dwangvoeding aan Volkert van der G. in 2002 in strijd kunnen zijn met artikel 8 lid 1, omdat de inbreuk niet 'in accordance with the law' is.

Indien in de toekomst een soortgelijke hongerstaking in detentie plaatsvindt waarbij het publiek belang en het belang van een ongestoorde rechtsgang een rol van betekenis speelt, zal het van belang zijn om vooraf een belangenafweging in de circulaire op te nemen. In de huidige circulaire staat de wil van de gedetineerde centraal en geen derdenbelangen. De directeur van de inrichting zal namelijk bij zijn beslissing om over te gaan op dwangvoeding deze belangenafweging nodig hebben om tot een besluit te komen. Het is niet duidelijk welke belangen moeten worden afgewogen. In 2002 was dit niet nodig, omdat Volkert van der G. zijn hongerstaking niet voortzette. Tevens is een nadere uitwerking van de termen publiek belang en het belang van de ongestoorde rechtsgang gewenst. Dit zijn namelijk breed geformuleerde termen en daarom wordt een afbakening van deze termen verlangd. Momenteel zijn derdenbelangen niet opgenomen in de wet en in de circulaire uit 1985. Het EHRM en het CPT hechten veel waarde aan procedurele waarborgen en de naleving daarvan. Er zijn twee mogelijke oplossingen, namelijk of artikel 32 Pbw aanpassen of de circulaire uit 1985 wijzigen. Zolang de wet en het beleid niet wordt aangepast, zal het niet mogelijk zijn om dwangvoeding toe te dienen aan een hongerstakingende gedetineerde op grond van derdenbelangen.

Literatuurlijst

Boeken

Bloemlezing 2003

D.H. de Jong en G. Knigge, J. de Hullu, W.H.A. Jonkers, *Elementair strafrecht deel 1*, Deventer: Kluwer 2003.

Bunschoten 2009

Bunschoten, Tekst & Commentaar Grondwet, Persoonlijke levenssfeer bij: Grondwet, Artikel 10, T&C 2009.

Bunschoten 2009

Bunschoten, Tekst & Commentaar Grondwet, Onaantastbaarheid lichaam bij: Grondwet, Artikel 11, T&C 2009.

De Bruijn-luckers 2008

De Bruijn-luckers, *Commentaar op regeling EVRM*, T&C Personen- en familierecht 2008.

De Bruijn-luckers 2008

De Bruijn-luckers *Commentaar op artikel 8 EVRM*, T&C Strafvordering 2008.

Harteveld 2004

A.E. Harteveld, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004

Ten Have, Termeulen & van Leeuwen 2009

H. ten Have, R. Termeulen & E. van Leeuwen, *Medische ethiek*, Bohn Stafleu van Loghum: Houten 2009.

Hofman 2009

A. Hofman, Parlementaire behandeling, commentaar op artikel 10 GW, Lexplicatie 2009.

Jacobs 2009

P. Jacobs, 'Hongerstaking in detentie', in: E.R. Muller & P.C. Vegter (red.), *Detentie. Gevangen in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, pp. 453-489

Kelk 2008

C. Kelk, *Nederlands detentierecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Leenen 2011

Leenen, *Handboek gezondheidsrecht, Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Muller & Vegter 2009

E.R. Muller & P.C. Vegter, *Detentie, Gevangen in Nederland*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2009, p. 470.

Stolker 2011

Stolker, T&C BW, commentaar op artikel 466 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, 2011.

Vlemminx 2002

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Wellens 1988

K. Wellens, *De Nederlandse Taalunie en de spelling: enige juridische beschouwingen*, 1988.

Regelgeving en parlementaire stukken

Circulaire van de Staatssecretaris van Justitie, d.d. 4 december 1985, 'Gedetineerde in hongerstaking', nr. 799/ 385, PI 1986, nr. 31.

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1994/95,24 263, nr.3.

Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 1995/96, 24 263, nr. 6.

'Volkert van der G.'. Aangangsel Handelingen II, 2001/02, nr.1547, herdruk.

'Het standpunt van de Inspectie voor de Gezondheidszorg over dwangvoeding Volkert van der G.'. Aangangsel Handelingen II, 2002/03, nr. 474.

Artikelen

British Medical Association 2006

British Medical Association in association with the revision of the Malta Declaration currently being considered by WMA Council and National Medical Associations, 'WMA Declaration of Malta. A background paper on the ethical management of hunger strikes', *World Medical journal* vol.52 no. 2 juni 2006, p. 36-42.

Van Es, Van Ojen & Raat 2000

A. van Es, C. Van Ojen & A. Raat, *Honger naar recht, Honger als wapen*, Amersfoort: Johannes Wier Stichting 2000.

Van Es & Raat 1996

A. van Es & A. Raat, 'Hongerstaking: het wapen van de machteloze', *Medisch Contact* 1996, nr.45,p.1468-1470.

Kingma 2002

J.H. Kingma, *Brief aan KNMG van IGZ d.d. 2 september 2002*, 's-Gravenhage: IGZ 2002.

KNMG 2002

Brief d.d. 6 september 2002. Gepubliceerd als KNMG 2002.

KNMG 2002

KNMG, '*Dwangvoeding aan hongerstakingende gedetineerden*', KNMG 2002. <www.knmg.nl>

KNMG 2002

KNMG, 'IGZ wil arts die dwangvoeding geeft voor tuchtcollege', *Medisch Contact* 2002.

KNMG 2009

KNMG, *Nederlandse artseneed*, KNMG 2009, p.21. <www.knmg.nl>

Lutke Schipholt 2002

I. Lutke Schipholt, 'Je gaat niet zomaar in hongerstaking', *Medisch Contact* 2002, p. 1312-1315, p. 1315.

Machor 2002

A.K. Machor, 'Sondevoeding tegen de wil van de verdachte. Mag dat?', In Casu 2002-2, p. 39-41, p. 41.

Wijnakker 2006

C. Wijnakker, 'NJCM-commentaar op de regelgeving over het toedienen van dwangvoeding', *NJCM Bulletin* 2006, p. 434-449.

Jurisprudentie

- EHRM en ECRM:

EHRM 22 oktober 2002, *Agür t. Turkije*, Application no. 32574/96.

EHRM 24 februari 1998, *Botta t. Italië*, Application no. 21439/93.

EHRM 17 januari 2002, *Calvelli en Ciglio t. Italië*, Application no. 32967/96.

EHRM 14 maart 2002, *Edwards t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 46477/99.

EHRM 7 december 1976, *Handyside t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 5493/72.

EHRM 24 september 1992, *Herczegfalvy t. Oostenrijk*, Application no. 10533/83.

EHRM 18 januari 1978, *Ierland t. het Verenigd Koninkrijk*, Applicatie no. 5310/71.

EHRM 3 april 2001, *Keenan t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 27229/95.

EHRM 4 mei 2001, *Kelly en anderen t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 30054/96 .

EHRM 28 maart 2000, *Kilic t. Turkije*, Application no. 22492/93.

EHRM 6 april 2000, *Labita t. Italië*, Application no. 26772/95.

EHRM 5 april 2005, *Nevmerzhitsky t. Oekraïne*, Application no. 54825/00.

EHRM 16 december 1992, *Niemietz t. Duitsland*, Application no. 13710/88.

EHRM 18 juni 2002, *Öneryildiz t. Turkije*, Application no. 48939/99.

EHRM 28 juli 1999, *Selmouni t. Frankrijk*, Application no. 25803/94.

EHRM 11 april 2000, *Sevtap Veznedaroğlu t. Turkije*, Application no. 32357/96.

EHRM 25 maart 1983, *Silver en anderen t. het Verenigd Koninkrijk*, Application no. 5947/72

EHRM 4 februari 2003, *van der Ven t. Nederland*, Applicatie no. 50901/99.

EHRM 1 juni 2004, *Volkert van der Graaf t. Nederland*, Application no. 8704/03.

EHRM 26 maart 1985, *X en Y tegen Nederland*, Application no. 8978/80.

ECRM 12 juni 1984, *X t. Duitsland*, Application no. 10565/83.

Report of the European Commission on Human Rights, The Greek case, 5 november 1969.

- RSJ:

RSJ 2 augustus 2002, 'Uitspraken beroepscommissie inzake Volkert van der G'.<www.recht.nl>

RSJ 12 september 2002, zaaknummer: 02/1580/GA.

Internationale documenten

Council of Europe 2010

Council of Europe, *The CPT standards; "substantive" sections of the CPT's General Reports*, CPT/Inf/E (2002) 1-Rev, 2010 English.

CPT/Inf (2009) 10.

CPT/Inf (2009) 10, Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Strasbourg 2009.

Verklaring van Tokio

World Medical Association, 'Declaration Guidelines for Medical doctors concerning Torture or other cruel inhuman or degrading Treatment or Punishment in relation to Detention and Imprisonment'. Adopted by the 29th World Medical Assembly in Tokyo (Japan), October 1975.

Verklaring van Malta

World Medical Association, 'Declaration on Hunger Strikers', Adopted by the 43rd World Medical Assembly in Malta, November 1991. Editorially revised at the 44th World Medical Assembly in Marbella (Spain,), September 1992. Revised by the WMA General Assembly in Pilanesberg (South Africa), October 2006.

Elektronische bronnen

<www.cpt.coe.nl>, geraadpleegd op 16-12-2011.

<www.dwangindezorg.nl/wetten-en-regels/wilsonbekwaam>, geraadpleegd op 02-10-2011.

<www.igz.nl/organisatie/>, geraadpleegd op 01-09-2011.

<www.johannes-wier.nl >, geraadpleegd op 01-09-2011.

<www.knmg.artsennet.nl/Over-KNMG>, geraadpleegd op 02-09-2011.

<www.wma.net>, geraadpleegd op 03-09-2011.