

OPENBAAR MINISTERIE

College van procureurs-generaal
Voorzitter

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Directie Wetgeving
Postbus 20301
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
T +31 88 699 11 00
www.om.nl

Datum 6 februari 2024
Onderdeel Afdeling Kwaliteitontwikkeling, advisering en toetsing
Ons kenmerk PaG/KOAT/19257
Uw kenmerk 5094289
Onderwerp Advies inzake initiatiefwetsvoorstel abortus is zorg

Bij beantwoording de datum en
ons kenmerk vermelden.

Geachte (...),

Op 15 december 2023 heeft u, mede namens de initiatiefnemer van het wetsvoorstel, namens de minister van Justitie en Veiligheid het College van procureurs-generaal verzocht te adviseren over het voorstel van wet van het lid Ellemeets tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg, de Wet afbreking zwangerschap en enige andere wetten in verband met het schrappen van abortus uit het strafrecht (Wet abortus is zorg). In de kern heeft dit wetsvoorstel tot doel om het begrip abortus uit het Wetboek van Strafrecht te schrappen.

Het College is zich er van bewust van dat er binnen de samenleving en de politiek verschillend wordt gedacht over medisch-ethische vraagstukken, waaronder abortus en de bescherming van ongeboren leven. Geconstateerd wordt dat in het wetsvoorstel het belang van de zwangere vrouw prominent voorop wordt gesteld waardoor het belang van het ongeboren leven meer op de achtergrond raakt. Het College acht het van belang dat in het maatschappelijk en politieke debat tot een breed gedragen standpunt wordt gekomen en wil verder geen standpunt innemen in dit debat. Wel wijst het College er in dit kader nog op dat de bescherming van het leven een essentieel onderdeel is van de wettelijke taak van het openbaar ministerie om de rechtsorde strafrechtelijk te handhaven. Het openbaar ministerie moet en zal dus handelen als er inbreuk wordt gemaakt op het recht op leven (zoals onder meer te vinden in artikel 2 EVRM).

In het huidige artikel 296 lid 1 Sr wordt strafbaar gesteld het geven van een behandeling, terwijl de behandelaar weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daardoor de zwangerschap kan worden afgebroken. Met andere woorden, het betreft het bewerkstelligen van een abortus (een abortus provocatus). Artikel 296 lid 5 Sr bevat een rechtvaardigingsgrond die de strafbaarheid van deze behandeling wegneemt. Het geven van een behandeling is niet strafbaar als deze behandeling wordt verricht door een arts in een ziekenhuis of kliniek waarin zodanige behandeling volgens de Wet afbreking zwangerschap mag worden verricht. Een aankomende wetwijziging is dat ook een huisarts een medicamenteuze afbreking van de zwangerschap mag verrichten als hij daarbij de daarvoor geldende eisen uit de Wet afbreking zwangerschap volgt. Op het geven van een wederrechtelijke behandeling die de zwangerschap kan afbreken staat een maximale gevangenisstraf van vier jaar en zes maanden. Dat strafmaximum wordt hoger bij de dood van de vrouw, bij het ontbreken van toestemming van de vrouw en bij de combinatie daarvan.

Door het initiatiefwetsvoorstel komt Titel XIXA Afbreking van zwangerschap van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, waarvan artikel 296 Sr de enige nog geldende bepaling is, te vervallen. In de inleiding van de memorie van toelichting staat dat de initiatiefnemer als doel heeft dat het verrichten van een abortus niet langer zal worden aangemerkt als een strafbare gedraging. In plaats daarvan zou het uitgangspunt moeten worden dat abortus een zorghandeling is. De initiatiefnemer beoogt niet zozeer een verandering van de daadwerkelijke opsporing en vervolging van wederrechtelijke abortusverrichtingen in de praktijk, maar wil vooral het veronderstelde stigma en het morele oordeel over het plegen van abortus dat zou volgen uit de strafbaarstelling in artikel 296 Sr aanpakken. In dit advies wil het College aandacht besteden aan de vraag in hoeverre de strafbaarheid van abortus door het wetsvoorstel daadwerkelijk wordt afgeschaft en aan de praktische consequenties van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel bevat verder het voorstel de Wet afbreking zwangerschap af te schaffen en de voorwaarden voor een zorgvuldige abortus over te hevelen naar de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg. In dit advies worden nog enkele vragen gesteld over de afschaffing van de Wet afbreking zwangerschap.

Strafbaarheid van abortus na vervallen van artikel 296 Sr

Ook na de schrapping van de abortusbepaling zal het verrichten van een abortus veelal een gedraging blijven die beantwoordt aan een delictsomschrijving. In de memorie van toelichting wordt dit op onderdelen ook benoemd. De afdrijving of dood van een vrucht van een vrouw is gedefinieerd als het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel (artikel 82 Sr). Wordt een zwangerschap afgebroken, terwijl redelijkerwijs verwacht mag worden dat de vrucht in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven, dan wordt dit aangemerkt als het van het leven beroven van een ander (artikel 82a Sr). De grens voor levensvatbaarheid is

in de wetsgeschiedenis gezet op 24 weken – en het initiatiefwetsvoorstel brengt hierin geen verandering. Wordt de vrucht van een vrouw voor die 24 weken afgedreven of gedood, dan kan er sprake zijn van het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan de vrouw (artikel 302 Sr). Bij een foetus vanaf 24 weken kan er ook sprake zijn van het opzettelijk een ander van het leven beroven (artikel 287 Sr). Is gehandeld met voorbedachte raad dan komen respectievelijk zware mishandeling met voorbedachte raad (artikel 303 Sr) en moord (artikel 289 Sr) in beeld. Is er sprake van culpoos handelen dan kan mogelijk worden vervolgd voor het laten bekomen van zwaar lichamelijk letsel aan de vrouw door schuld (artikel 308 Sr) respectievelijk het veroorzaken van dood door schuld van de foetus (artikel 307 Sr).

Dat een gedraging valt te rubriceren onder een wettelijke delictsomschrijving, betekent vanzelfsprekend niet dat een verdachte ook daadwerkelijk strafrechtelijk zal worden vervolgd en door een rechter zal worden veroordeeld. Een belangrijk uitgangspunt van het strafrecht is dat een gedraging alleen strafbaar is als deze wederrechtelijk is. Normaal medisch handelen is een schoolvoorbeeld van gedrag dat op zichzelf onder een delictsomschrijving kan vallen, maar dat niet wordt afgekeurd en daarom niet wederrechtelijk is. Een operatie houdt bijvoorbeeld in dat de arts opzettelijk (zwaar) lichamelijk letsel toebrengt aan de patiënt. Zolang een dergelijke behandeling echter een verantwoorde, naar de regels van de kunst uitgevoerde beroepsuitoefening is, is de behandeling niet wederrechtelijk.¹ Integendeel het is dan gewenst gedrag – gewenst door de patiënt en gewenst door de samenleving. Dat medisch handelen uitgevoerd naar de regels van de kunst niet wederrechtelijk is, volgt uit de zogenoemde (ongeschreven) 'medische exceptie' en is niet expliciet vastgelegd in het Wetboek van Strafrecht.² Dat is derhalve anders in artikel 296 lid 5 Sr waar wel expliciet tot uitdrukking wordt gebracht dat een behandeling die volgens de Wet afbreking zwangerschap wordt verricht niet wederrechtelijk is en dus niet wordt afgekeurd door de samenleving. De abortusbepaling zou daarom ook beschouwd kunnen worden als een wettelijke bevestiging dat het gedrag van artsen die conform de medische normen handelen, is toegestaan.

In het Nederlandse strafrecht is de wederrechtelijkheid als voorwaarde voor strafbaarheid niet altijd expliciet vastgelegd in de delictsomschrijving. Ook als de abortusbepaling wordt geschrapt uit het Wetboek van Strafrecht blijft het opzettelijk afdrijven van een vrucht een strafbare gedraging, omdat dan aan alle bestanddelen van de delictsomschrijving van zware mishandeling is voldaan.

¹ J. De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. V.6.3; J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst*, Arnhem: Gouda Quint 1992

² HR 21 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9531, NJ 1987/607 (Euthanasie II).

Daarmee is niet gezegd dat artsen worden vervolgd voor abortieve verrichtingen indien die zijn uitgevoerd conform de geldende medische standaard. Het openbaar ministerie vervolgt niet als duidelijk is dat de arts een beroep kan doen op de ongeschreven rechtvaardigingsgrond van het medisch handelen naar de regels van de kunst. Dat neemt niet weg dat, anders dan in de memorie van toelichting lijkt te worden verondersteld, na het schrappen van de abortusbepaling het strafrecht nog steeds van toepassing is op operatieve ingrepen door artsen waaronder het verrichten van abortussen.

Praktische consequenties

Het openbaar ministerie heeft in de afgelopen jaren zelden verdachten vervolgd voor overtreding van artikel 296 Sr. Voor zover verdachten wel werden vervolgd, betrof dit bovendien verdachten die buiten het reguliere medische handelen een abortus hebben verricht. Een verklaring hiervoor is dat artikel 296 Sr het sluitstuk is van de steeds zwaardere maatregelen die kunnen worden genomen bij de niet-naleving van de Wet afbreking zwangerschappen. Vooropgesteld kan worden dat niet elke schending van deze voorschriften tot strafrechtelijke vervolging zal leiden. Het strafrecht is het ultimum remedium en wordt alleen ingezet als de normschending van de arts ernstig genoeg is. Dat is niet anders bij het verrichten van abortussen. Bij minder ernstige overtredingen van de abortusregels kan het tuchtrecht worden ingezet. Als de inzet van het strafrecht wel aangewezen is, kan het openbaar ministerie ervoor kiezen om een boete op te leggen, bijvoorbeeld vanwege de overtreding van de administratieve verplichtingen van de Wet afbreking zwangerschap (artikel 11 i.c.m. 18 Wet afbreking zwangerschap). Ook kan worden gekozen voor vervolging vanwege de overtreding van artikel 96 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). In artikel 96 Wet BIG is strafbaar gesteld het buiten noodzaak verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg waardoor de arts weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hierdoor benadeling of een aanmerkelijke kans op benadeling van de gezondheid van een ander wordt veroorzaakt. Alleen in de meest ernstige gevallen komt vervolging voor overtreding van de strafbaarstellingen uit het Wetboek van Strafrecht in beeld. Dat geldt onder het huidige recht voor de toepassing van artikel 296 Sr en dat geldt ook voor de eventuele toepassing van generieke strafbaarstellingen zoals zware mishandeling (artikel 302 Sr).

Vragen bij afschaffing Wet afbreking zwangerschap

Het voorstel tot afschaffen van de Wet afbreking zwangerschap en het verplaatsen van een deel van de bepalingen naar de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg luidt tot een aantal vragen. In de eerste plaats wordt geconstateerd dat de Wet toetreding zorgaanbieders op dit moment geen verplichting bevat voor abortusklinieken om te beschikken over een toelatingsvergunning of te voldoen aan een meldplicht. In het Uitvoeringsbesluit

Wtza worden abortusklinieken uitgezonderd van de meldplicht (artikel 2 onder a) en het beschikken over een toelatingsvergunning (artikel 3 onder a). Het is noodzakelijk dat het Uitvoeringsbesluit op dit punt wordt gewijzigd als het wetsvoorstel wordt aangenomen. Zonder deze wijziging bestaat er voor zelfstandige abortusklinieken geen vergunningsplicht en dat is onwenselijk.

Een aanvullend aandachtspunt is dat de initiatiefnemer aankondigt om het Besluit afbreking zwangerschap af te schaffen, maar ook om vrijwel de volledige inhoud (met uitzondering van artikel 25) op te nemen in een nieuwe algemene maatregel van bestuur. Aangezien de systematiek en terminologie van het Besluit afbreking zwangerschap aansluit op de systematiek en terminologie van de Wet afbreking zwangerschap, lijkt het niet mogelijk om de inhoud van het Besluit ongewijzigd over te nemen. Dat roept de vraag op welke delen van het Besluit zullen worden gewijzigd. De memorie van toelichting biedt hierover geen duidelijkheid. Het College verzoekt om verder te verduidelijken in hoeverre het overhevelen van het Besluit afbreking zwangerschap in een nieuwe algemene maatregel van bestuur gaat leiden tot inhoudelijke wijzigingen van de regeling.

Het College constateert verder dat als gevolg van de keuze om artikel 6 van de Wet afbreking zwangerschap niet over te nemen in de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg de dertienwekentermijn die in deze bepalingen wordt genoemd, niet meer in wettelijke bepaling staat. In artikel 6 lid 2 Wet afbreking zwangerschap staat nu nog dat een kliniek waarin zwangerschappen die langer dan dertien weken hebben geduurd worden afgebroken aan aanvullende eisen moet voldoen. In de memorie van toelichting wordt geen toelichting gegeven waarom deze eis niet in een wet blijft staan. Dit is opvallend aangezien in artikel 21 tot en 24 Besluit afbreking zwangerschap, die de initiatiefnemer zoals gezegd ongewijzigd wil overnemen in een nieuwe algemene maatregel van bestuur, wel aanvullende eisen worden gesteld aan klinieken waar zwangerschappen worden afgebroken die langer dan dertien weken hebben geduurd. Het College verzoekt de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen.

Tot slot rijst de vraag hoe de initiatiefnemer de verhouding ziet tussen dit wetsvoorstel en Wet van 16 januari 2023 tot wijziging van de Wet afbreking zwangerschap alsmede enkele andere wetten in verband met de legale medicamenteuze afbreking van de zwangerschap via de huisarts. Op het moment dat die wet in werking treedt wordt het mogelijk dat de huisarts door het voorschrijven van een medicament de zwangerschap beëindigt. De memorie van toelichting gaat niet in op deze verhouding met deze wet, terwijl dit wel allerlei wetstechnische en inhoudelijke vragen oproept over de regulering van de medicamenteuze afbreking van zwangerschappen. Ook over dit onderwerp is een verdere toelichting gewenst.

Afronding

Het voorstel voor de schrapping van abortus uit het Wetboek van Strafrecht heeft in de praktijk vermoedelijk weinig consequenties voor de werkzaamheden van het openbaar ministerie. De normering van abortussen krijgt een andere vorm: van een expliciete strafbaarstelling en expliciete rechtvaardigingsgrond naar generieke strafbaarstellingen en een ongeschreven strafuitsluitingsgrond. Er bestaan verder nog een aantal vragen over de afschaffing van de Wet afbreking zwangerschappen mede in relatie tot andere wet- en regelgeving.

Hoogachtend,

M. Otte
procureur-generaal