

# Artikel

## Abortus: strafrecht of zorg?

Argumenten voor en tegen het ‘decriminaliseren’ van abortus provocatus in Nederland

mr. dr. L. (Liselotte) Postma en prof. mr. dr. M.A.J.M. (Martin) Buijsen\*

NTS 2024/05

### 1. Aanleiding

In artikel 296 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) is ‘abortus’, in de zin van een vrouw een behandeling geven, terwijl diegene weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daardoor zwangerschap kan worden afgebroken, strafbaar gesteld. Met de op 1 november 1984 in werking getreden Wet afbreking zwangerschap (Wafz)<sup>1</sup> geldt een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor abortus – onder de zogenoemde levensvatbaarheidsgrens – door een arts in een ziekenhuis of kliniek die daarvoor op basis van de wet een vergunning heeft (art. 296 lid 5 Sr). De strafbaarstelling van abortus (b)lijkt anno 2024 geen vanzelfsprekendheid meer te zijn. Ruim 93.689 mensen ondertekenden het burgerinitiatief ‘Abortus is geen misdaad’ dat op 22 november 2022 aan de Tweede Kamer

werd aangeboden.<sup>2</sup> Op 24 mei 2023 vond naar aanleiding van dit burgerinitiatief een debat plaats in de Tweede Kamer met de focus op de vraag of de positie van het recht op abortus in het strafrecht abortus onnodig ‘criminaliseert’.<sup>3</sup> Na stemming bleek er *geen* meerderheid te zijn voor het schrappen van het abortusartikel uit het Wetboek van Strafrecht.<sup>4</sup> Vervolgens is in september 2023 door de Vrije Keuze Coalitie en haar bondgenoten een manifest aangeboden aan politiek Den Haag waarin staat dat abortus uit het Wetboek van Strafrecht moet, omdat het ‘normale zorg’ is.<sup>5</sup> In de aanloop van de Tweede Kamerverkiezingen van november 2023 kwam het thema abortus in verschillende partijprogramma’s voor.<sup>6</sup> Door Ellemet (GroenLinks) is op 15 november 2023 een voorstel ingediend ter modernisering van de wetgeving over abortus door zwangerschapsafbreking ‘uit het strafrecht’ te halen en onder te brengen in zorgwetgeving (Wet abortus is zorg).<sup>7</sup>

Deze bijdrage vormt een inventarisatie van argumenten voor en argumenten tegen het decriminaliseren van abortus. We starten in paragraaf 2 met (de ontwikkeling van) het wettelijk kader. Vervolgens gaan we over tot een verkenning van argumenten voor en tegen decriminalisering van abortus: in paragraaf 3 komen argumen-

\* Mr. dr. L. (Liselotte) Postma is universitair docent straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Rotterdam. Prof. mr. dr. M.A.J.M. (Martin) Buijsen is jurist en filosoof, en als hoogleraar Gezondheidsrecht verbonden aan de Erasmus School of Health Policy and Management (ESHPM) en de Erasmus School of Law (ESL) van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 Wet van 1 mei 1981, houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap (Wet afbreking zwangerschap) *Stb.* 1981, 257, inw.tr. 17 mei 1984, *Stb.* 1984, 218.

2 Zie: <https://www.tweedekamer.nl/burgerinitiatief-abortus-geen-misdaad>. Zie ook *Kamerstukken II 2022/23*, 36326, nr. 1-5.

3 *Handelingen II 2022/23*, nr. 84, item 10.

4 Zie: [https://www.tweedekamer.nl/debat\\_en\\_vergadering/plenaire\\_vergaderingen/details/activiteit?id=2023A02026](https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/plenaire_vergaderingen/details/activiteit?id=2023A02026).

5 Zie: <https://abortusiszorg.nl/>. De Vrije Keuze Coalitie bestaat uit: Ava, Abortion Network Amsterdam, Baas in Eigen Buik, Bureau Clara Wichmann, Humanistisch Verbond, Samen naar de Kliniek, Women on Waves, Rutgers, Women Help Women.

6 P. Steenhuis, ‘Stemhulp. De Politieke Sekswijzer’, *NRC* 30 oktober 2023.

7 Zie voor de voorgestelde wetteksten en de memorie van toelichting Wet abortus is zorg: <https://www.internetconsultatie.nl/wetabortusiszorg/b1>.

ten voor decriminalisering van abortus aan bod, paragraaf 4 betreft argumenten tegen decriminalisering. Paragraaf 5 staat in het teken van de vraag in hoeverre het hogere recht decriminalisering van abortus toelaat. Stel dat Nederland de stap wil maken om abortus uit het Wetboek van Strafrecht te halen, welke ruimte is er dan? We sluiten onze bijdrage in paragraaf 6 af met een conclusie waarin we de balans opmaken.

## 2. Wetsgeschiedenis

Met de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht in 1886 was in de artikelen 295 t/m 298 onder de titel ‘misdrijven tegen het leven gericht’ zowel de vrouw als ieder ander strafbaar wegens het (laten) veroorzaken van ‘opzettelijke afdrijving of dood van de vrucht’.<sup>8</sup> De vrouw zelf hing met het (laten) veroorzaken van abortus een gevangenisstraf van maximaal drie jaar boven het hoofd. Van het advies van de Raad van State dat de strafbaarstelling van de vrouw heroverweging verdiende omdat het ‘vrij sterk in het private leven ingrijpt’ en de straf veel te zwaar was, wilde de wetgever destijds niets weten, daarbij verwijzend naar de volgende passage uit de memorie van toelichting:

‘De vrucht heeft eene eigene ontwikkeling, daarom is het afdrijven een misdrijf tegen de vrucht zelve en niet slechts tegen de zwangere vrouw.’<sup>9</sup>

34

Bij iedere andere veroorzaker van abortus hing de maximale straf af van de vraag of al dan niet toestemming was gegeven door de vrouw: abortus zonder toestemming van de vrouw was met een aanzienlijk hogere straf bedreigd dan abortus met toestemming (twaalf jaar resp. vier jaar en zes maanden). Was het feit gepleegd door een geneeskundige, vroedvrouw of artseneijbereider, dan kon de straf met een derde worden verhoogd en was ontzetting uit het beroep mogelijk. Voorts was er sprake van een strafverzwarende omstandigheid indien de abortus tot de dood van de vrouw had geleid.

Strafbaarheid voor een medicus gold op basis van de parlementaire stukken niet indien ingrijpen medisch gezien noodzakelijk was, onder meer blijkend uit de volgende passage:

‘Als conflict bestaat (op goede gronden vermoed wordt) tusschen ‘t belang van de moeder en dat van de vrucht, dan gaat ‘t belang van de moeder voor en weet de medicus wat hem te doen staat.’<sup>10</sup>

- 8 Wet van 1 mei 1981, *Stb.* 1981, 257. Zie nader over deze artikelen: B. van Tienhoven van den Boogaard, *Beschouwingen over artt. 295-298 van het Wetboek van Strafrecht* (diss.), Den Haag: J. Kasteel 1887, p. 31 e.v.
- 9 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, 2e druk, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 467.
- 10 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, 2e druk, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 469.

Abortus op ‘medische indicatie’ was toegestaan, waarbij werd gedacht aan de situatie dat de vrouw in levensgevaar was.<sup>11</sup>

Omdat abortus een levensdelict was, moest voor strafbaarheid toentertijd bewezen worden dat de vrucht op het moment van de abortus nog in leven was: dat bewijs bleek bijzonder moeilijk te leveren waardoor veroordeling nauwelijks voorkwam.<sup>12</sup> Met de Zedenwet van 1911 werd als aanvulling op artikel 295-297 Sr onder de titel ‘misdrijven tegen de zedelijkheid’ een strafbepaling ingevoerd (art. 251bis) op basis waarvan strafbaar was diegene die ‘opzettelijk eene vrouw in behandeling neemt of eene behandeling doet ondergaan, te kennen gevende of de verwachting opwekkende dat daardoor zwangerschap kan worden verstoord’.<sup>13</sup> De handeling, te weten: de toepassing van kunstmiddelen, het voorschrijven van inwendige middelen en het aanleren van een abortusmethode aan de vrouw, had volgens de wetgever een onzedelijk karakter en werkte bovendien onzedelijkheid in de hand.<sup>14</sup> Voor strafbaarheid was het niet noodzakelijk te bewijzen dat de vrucht op het moment van de abortus nog leefde.<sup>15</sup> Ook bij vervolging op grond van artikel 251bis Sr deden zich bewijsproblemen voor: bewezen diende te worden dat de vrouw bij de aborteur was geweest, dat ze in behandeling was genomen en dat ze zwanger was, terwijl de vrouw de abortus ontkende of onbetrouwbare verklaringen gaf.<sup>16</sup>

Tijdens het wetgevingsproces kwam de eventuele strafeloosheid van de medicus die *lege artis* abortus verrichtte aan de orde, maar de wetgever wilde niet overgaan tot een wettelijke rechtvaardigingsgrond voor de medicus ter zake van abortus. Wöretshofer wijst erop dat met de ruime redactie van artikel 251bis Sr de rechtsonzekerheid voor de medicus was toegenomen.<sup>17</sup>

### Naar de Wet afbreking zwangerschap

Vanaf de jaren vijftig van de twintigste eeuw veranderden de opvattingen in de maatschappij over seksualiteit, huwelijk, zelfbeschikking van de vrouw, zwangerschap, anticonceptie en gezinsvorming dusdanig dat langzamerhand ook (de strafbaarstelling van) abortus in een ander daglicht kwam te staan. De focus kwam te liggen op de vraag hoe de bescherming van de ongeboren vrucht en het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw tegen

- 11 Ch.J. Enschedé, ‘Abortus op medische indicatie en strafrecht’, *NJB* (43) 1966 (look gepubliceerd in *Ned. T.Geneesk.* 1966, 110 nr. 30) en J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 60-64.
- 12 HR 24 mei 1987, W6978 en *Kamerstukken II* 1908/09, 293, nr. 3, p. 6; P.F. van der Heijden, ‘Juridisch voorspel tot de abortus ontwerpen’, *NJB* 27 maart 1976, afl. 13, p. 426.
- 13 Wet van 20 mei 1911, tot bestrijding van de zedenloosheid, *Stb.* 1911, 130.
- 14 *Kamerstukken II* 1908/09, 293, nr. 3, p. 6.
- 15 Ch.J. Enschedé, ‘Abortus op medische indicatie en strafrecht’, *NJB* (43) 1966, p. 1111; M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 24.
- 16 P.F. van der Heijden, ‘Juridisch voorspel tot de abortus ontwerpen’ *NJB* (13) 1976, p. 426.
- 17 J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 86.

elkaar moesten worden afgewogen.<sup>18</sup> Met name de strafbaarheid van abortus door een geneeskundige met toestemming van de vrouw, werd door sommigen betwist. In de jurisprudentie werd een steeds ruimere uitleg gegeven aan de ‘medische indicatie’ op basis waarvan abortus was toegestaan: niet langer speelde enkel de lichamelijke gezondheid van de vrouw daarbij een rol, maar ook geestelijke en sociale factoren.<sup>19</sup> Daar komt bij dat abortus op verzoek van de vrouw in ziekenhuis of speciaal ingerichte klinieken in de jaren zeventig al ‘op vrij grote schaal’ werd toegepast.<sup>20</sup> Het bleek, gezien het aantal wetsvoorstellen dat in de loop der jaren is ingediend, bijzonder moeilijk om een politieke meerderheid te bereiken voor een nieuwe abortusregeling die meer aansloot bij de maatschappelijke ontwikkelingen van de tijd.<sup>21</sup> Uiteindelijk is het regeringsontwerp uit 1978 in de Tweede en Eerste Kamer in 1981 met een nipte meerderheid aangenomen.<sup>22</sup> De Wet afbreking zwangerschap (Wafz) en het bijbehorende Besluit afbreking zwangerschap (Bafz) zijn vervolgens op 1 november 1984 in werking getreden.<sup>23</sup> Daarmee kwamen artikel 295-298 en 251bis Sr te vervallen en werd een nieuw artikel 296 Sr van kracht. Aan deze abortuswetgeving ligt zowel de beschermwaardigheid van ongeboren menselijk leven als het recht van de vrouw op hulp bij ongewenste zwangerschap ten grondslag.<sup>24</sup>

Degene die een vrouw een behandeling geeft terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daardoor een zwangerschap kan worden afgebroken, is op grond van artikel 296 Sr in titel XIXA ‘Afbreking van zwangerschap’ van het Wetboek van Strafrecht in beginsel strafbaar. Van strafverzwarende omstandigheden is sprake indien het feit tot de dood van de vrouw heeft geleid en/of het feit is begaan zonder toestemming van de vrouw. De wetgever beschouwt abortus, blijkens de strafbepaling, als een ernstig misdrijf dat in ernst toeneemt wanneer het recht op zelfbeschikking van de vrouw (in geval van abortus zonder toestemming) wordt geschonden.<sup>25</sup>

Een bijzondere strafuitsluitingsgrond, in de vorm van een rechtvaardigingsgrond, geldt voor uitvoering van abortus door een arts in een ziekenhuis of kliniek die daarvoor op basis van de Wafz een vergunning heeft

(art. 296 lid 5 Sr). Het betreft een bepaling die aansprakelijkheid uitsluit voor binnen de strafbaarstelling (art. 296 lid 1 Sr) vallende situaties die niet als strafwaardig worden gezien (in casu: abortus door een arts in een bepaalde kliniek of bepaald ziekenhuis).<sup>26</sup> De Wafz bevat een aantal eisen waaraan moet zijn voldaan alvorens de zwangerschap mag worden afgebroken. Het betreft een vergunningstelsel (art. 2 Wafz) dat uitgaat van de gedachte dat vrouwen die zich ten gevolge van een ongewenste zwangerschap in een *noodsituatie* bevinden hulp moet worden verleend, maar ook oog heeft voor bescherming van het ongeboren leven. Het stelsel heeft drie doelstellingen: ten eerste het waarborgen van een zorgvuldige besluitvorming, voorlichting en nazorg bij zwangerschapsafbreking met het oog zowel op de rechtsbescherming van ongeboren menselijk leven als op het recht van de vrouw op hulp bij ongewenste zwangerschap. Ten tweede het waarborgen van de kwaliteit van de medische behandeling en tot slot het weren van commerciële praktijken.<sup>27</sup> De abortuswetgeving is na inwerkingtreding een aantal keren gewijzigd. Recent is de verplichte bedenktijd van vijf dagen komen te vervallen<sup>28</sup> en is een wijziging aangenomen op basis waarvan na (op een nader te bepalen moment van) inwerkingtreding een tweede strafuitsluitingsgrond toegevoegd, te weten: een huisarts die een medicamenteuze afbreking van de zwangerschap verricht volgens de Wafz.<sup>29</sup>

De huidige abortuswetgeving is niet (meer) tot de vrouw gericht: de vrouw zelf is niet strafbaar, tenzij het gaat om een vrucht die naar verwachting de levensvatbaarheidsgrens is gepasseerd. De Wafz kent geen termijn voor toelaatbare afbreking van zwangerschap. De grens is af te leiden uit artikel 82a Sr waarin onder ‘van het leven beroven’ ook wordt verstaan: ‘het doden van een vrucht die, naar redelijkerwijze verwacht mag worden, in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven’. Die grens ligt voornamelijk bij 24 weken.<sup>30</sup> Voorbij deze grens zijn de bepalingen inzake doodslag (art. 287 Sr) en moord (art. 289 Sr) van toepassing en de Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen.<sup>31</sup> Al met al kent de

18 M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 25.

19 *Kamerstukken II 1978/79*, 15475, nr. 4.

20 *Kamerstukken II 1978/79*, 15475, nr. 3, p. 9.

21 Zie daarover ook: H.J.J. Leenen e.a. *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 362. Zie voor een bijschrijving van de verschillende wetsvoorstellen: J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 102-113 en zie over het politieke touwtrekken ook: J. Outhoorn, *De politieke strijd rondom de abortuswetgeving in Nederland 1964-1984* (diss. VU Amsterdam) 1986.

22 *Handelingen II 1980/81*, p. 2316, en *Handelingen I 1980/81*, p. 826.

23 Wet van 1 mei 1981, *Stb.* 1981, 257 en Besluit van 17 mei 1984, *Stb.* 1984, 218 houdende vaststelling van een algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van de Wet afbreking zwangerschap.

24 Considerans van de Wafz. Zie ook: M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 28.

25 N. Rozemond, ‘Abortus, euthanasie en hulp bij zelfdoding’, *AA* 2010/4, p. 286, en S.R. Bakker & L. Postma, ‘Volenti non fit iniuria’, *Strafblad* 2019/3, p. 25.

26 Zie nader: P.H.P.H.M.C. van Kempen, Van overcriminalisering naar een strafwaardigheidsbeginsel. Over onder meer doxing, seksuele misdrijven, euthanasie en verbodenbezitsdelicten, *DD* 2022/28.

27 *Kamerstukken II 1978/79*, 15475, nr. 3 en M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 173.

28 Wet van 22 augustus 2022, houdende voorstel van wet van de leden Paternotte, Kuiken, Ellemeet en Tellegen tot wijziging van Wet afbreking zwangerschap in verband met het afschaffen van de verplichte minimale beraadtermijn voor de afbreking van zwangerschappen, *Stb.* 2022, 326 (inw.tr. 1 januari 2023, *Stb.* 2022, 377).

29 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, *Stb.* 2023, 43.

30 *Kamerstukken II 1978/79*, 15475, nr. 3, p. 33 en de OM-aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen.

31 Zie de Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen (Stcrt. 2016, 3145). Deze regeling is, wat betreft levensbeëindiging bij kinderen van 1-12 jaar recent gewijzigd (Stcrt. 2024, 99).

wet grenzen voor de mogelijkheid om abortus te verrichten, maar bestaat er binnen die grenzen een ruime beslissingsvrijheid voor de vrouw en de (bevoegd) arts.<sup>32</sup>

### 3. Abortus is ‘zorg’: argumenten voor decriminalisering

Volgens de Vrije Keuze Coalitie en haar medestanders moet abortus uit het Wetboek van Strafrecht. Door Ellemet is een initiatiefwetsvoorstel ingediend om artikel 296 Sr volledig uit het Wetboek van Strafrecht te schrappen en de Wafz te laten vervallen, waardoor abortus niet langer een strafbare gedraging is.<sup>33</sup> In het onderstaande worden de argumenten voor decriminalisering aan de hand van een aantal thema’s in kaart gebracht.

Volgens de initiatiefnemer van het Wetsvoorstel abortus is zorg is de tijd nu rijp om de abortuswetgeving te herzien. Verschillende signalen uit de samenleving, zoals het burgerinitiatief en het manifest van de Vrije Keuze Coalitie, geven volgens de initiatiefnemers aan dat de opvattingen uit de maatschappij niet meer stroken met de huidige abortuswetgeving. Daarbij wordt, naast dat strafrecht een *ultimum remedium* dient te zijn, gewezen op ontwikkelingen in andere landen, zoals Polen en (delen van) de Verenigde Staten waarin het recht op zelfbeschikking onder druk staat dan wel substantieel is ingeperkt. Volgens de initiatiefnemer doet ‘een tijdsgewricht waarbinnen het recht [op] abortus op steeds meer plekken wordt ingeperkt (...) afvragen of het wettelijk kader in Nederland wel toekomstbestendig is’.<sup>34</sup> Het strafrecht legt thans geen beperkingen op aan de toegankelijkheid en kwaliteit van de abortuszorg in Nederland, maar volgens de initiatiefnemer kan betwijfeld worden of het strafrecht het ‘meest opportune wettelijk kader’ is voor het reguleren van het recht op zelfbeschikking van vrouwen ten aanzien van abortus. Van artikel 296 Sr zou het (volgens de initiatiefnemer: verkeerde) signaal uitgaan dat abortus iets is dat ‘eigenlijk niet mag’ en moreel verwerpelijk is. Dat brengt, zo meent ook de Vrije Keuze Coalitie, abortus onterecht in de sfeer van schaamte en taboe en is stigmatiserend en onnodig belastend voor zowel de arts als de vrouw. Abortus staat tussen misdrijven als diefstal, mishandeling en verkrachting, terwijl toegang tot abortus in de woorden van de Vrije Keuze Coalitie ‘geen misdaad is’ maar een mensenrecht.<sup>35</sup> Ook blijkt de wetsevaluaties van de Wafz (in 2005 en 2020) zijn, zij het door slechts enkele respondenten, kanttekeningen geplaatst bij de strafbaarstelling van abortus, vanwege het criminaliseren van de

abortushulpverlening en het vergroten van de kans dat abortus als taboe wordt gezien.<sup>36</sup>

Naast dat de toekomstbestendigheid van de huidige abortuswetgeving door sommigen wordt betwijfeld en artikel 296 Sr stigmatiserend zou werken, wordt als derde argument voor decriminalisering genoemd dat het feit dat abortus in het Wetboek van Strafrecht staat verdere verbetering van de abortuszorg in de wet staat, omdat belangrijke vernieuwingen via de politiek moeten worden geregeld en dat over het algemeen een traag proces is.<sup>37</sup> Daarbij wordt verwezen naar het verzoek tijdens de coronapandemie om thuisbezorging van de abortuspil mogelijk te maken voor vrouwen die door omstandigheden niet naar een abortuskliniek konden afreizen. De vordering van onder meer Bureau Clara Wichmann en Women on Waves om de ‘abortuspil’ tijdelijk – tijdens de coronamaatregelen – thuis te kunnen verstrekken werd door de rechtbank Den Haag afgewezen, volgens de Vrije Keuze Coalitie ‘mede omdat abortus in het Wetboek van Strafrecht staat’.<sup>38</sup>

Het feit dat abortus in het Wetboek van Strafrecht staat, maakt de abortuszorg volgens de Vrije Keuze Coalitie onnodig ingewikkeld. Er zijn extra regels, vergunningen en afspraken nodig om abortus toch mogelijk te maken, terwijl andere wetten waarin de kwaliteit en veiligheid van de zorg wordt beschermd ook de kwaliteit en veiligheid van abortus kunnen garanderen.<sup>39</sup> Artikel 296 Sr draagt volgens de initiatiefnemer van het Wetsvoorstel abortus is zorg in de *medische* setting niet bij aan de zorgvuldigheid en kwaliteit van de abortuszorg; de zorgvuldigheidseisen zijn immers in de Wafz ondergebracht en niet in het Wetboek van Strafrecht. Wel gaat van artikel 296 Sr een strafrechtelijke dreiging uit naar artsen die abortussen uitvoeren; strafrechtelijke vervolging ligt op de loer indien de voorschriften uit de Wafz niet zijn nageleefd. ‘Voor andere zorgverleners geldt een dergelijke strafrechtelijke dreiging niet’, staat in de memorie van toelichting.<sup>40</sup> Voor zorgverleners buiten de abortuszorg geldt het tuchtrecht en is het strafrecht enkel van toepassing indien sprake is van grove medische fouten of bewust onzorgvuldig handelen. De algemene bepalingen van het strafrecht bieden daar, aldus de initiatiefnemer, voldoende ruimte voor. Bovendien heeft ieder regionaal pakket van het Openbaar Ministerie een medisch officier.<sup>41</sup> De initiatiefnemer ziet niet in waarom er voor artsen in de abortuszorg een ‘extra strafdreiging’ zou moeten gelden. Sterker nog, zij meent dat deze

32 N. Rozemond, ‘Abortus, euthanasie en hulp bij zelfdoding’, AA 2010/4, p. 286.

33 Zie voor de voorgestelde wettekst en de memorie van toelichting Wet abortus is zorg: <https://www.internetconsultatie.nl/wetabortusiszorg/b1>.

34 MvT Wet abortus is zorg, p. 9.

35 Zie voor het Manifest: <https://abortusiszorg.nl/>.

36 M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 130; M.C. Ploem, E. Krol, J. Legemaate e.a., *Tweede evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2020, p. 45.

37 <https://abortusiszorg.nl/>.

38 Rb. Den Haag 10 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3551. Zie voor het standpunt van de Vrije Keuze Coalitie <https://abortusiszorg.nl/> en zie nader over de zaak: <https://clara-wichmann.nl/rechtszaak/kort-geding-abortuspil-per-post-tijdens-covid-19-maatregelen/>.

39 <https://abortusiszorg.nl/>.

40 MvT Wet abortus is zorg, p. 4.

41 <https://www.om.nl/onderwerpen/medische-zaken>.



artsen wettelijk op dezelfde wijze behandeld zouden moeten worden als ‘andere zorgverleners’.

De vrouw die op haar verzoek abortus laat uitvoeren, wordt volgens de initiatiefnemer voldoende beschermd tegen een onzorgvuldige medische praktijk door reeds bestaande bepalingen. Abortus is immers een medisch voorbehouden handeling onder artikel 35 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Het onbevoegd uitvoeren van een medische handeling is (thans) in de Wet BIG strafbaar gesteld. Tevens is het zonder doktersrecept uitgeven van abortuspillen een strafbare gedraging omdat het voorschrijven van de abortuspil gebonden is aan de Geneesmiddelenwet. Zodoende is volgens de initiatiefnemer, bij afschaffing van artikel 296 Sr, voldoende gewaarborgd dat een vrouw die voor abortus kiest, terecht kan bij bevoegde en bekwaame zorgverleners.<sup>42</sup>

Indien artikel 296 Sr verdwijnt, kan de bescherming van de vrouw die géén toestemming heeft gegeven voor abortus terwijl de abortus wel is uitgevoerd, volgens de initiatiefnemer voldoende gewaarborgd worden door andere bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht. Te denken valt daarbij aan zwaar lichamenlijk letsel of mishandeling (art. 300 t/m 304 Sr). In artikel 82 Sr wordt afdrijving of dood van de vrucht van een vrouw als zwaar lichamenlijk letsel aangemerkt. Ook wordt dwang (art. 284 Sr) als mogelijkheid genoemd in gevallen waarin een vrouw gedwongen wordt tot het ondergaan van abortus (dan wel het uitdragen van een zwangerschap).<sup>43</sup>

Artikel 296 Sr is volgens de initiatiefnemer tevens niet nodig ter bescherming van het ongeboren leven. In de huidige wettekst van artikel 296 Sr komt een dergelijke bescherming niet voor. Bescherming van het ongeboren leven kan door middel van de bepalingen artikel 82 Sr (bescherming via de moeder in de eerste fase van de zwangerschap tot de levensvatbaarheidsgrens) en artikel 82a Sr (na de levensvatbaarheidsgrens). Een (ongeboren) vrucht geniet vanaf het moment van levensvatbaarheid zelfstandig strafrechtelijke bescherming op grond van artikel 82a Sr (op basis waarvan ‘het doden van een vrucht die naar redelijkerwijs verwacht mag worden in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven’ onder levensberoving wordt begrepen).<sup>44</sup>

De Wafz kent diverse kwaliteits- en zorgvuldigheidseisen. In het initiatiefwetsvoorstel komt de Wafz te vervallen, maar de desbetreffende kwaliteits- en zorgvuldigheidseisen uit de Wafz blijven in stand en wel in een apart hoofdstuk van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Als reden daarvoor wordt genoemd dat abortus een bijzondere medische ingreep is, waarbij regels om de zorgvuldigheid en kwaliteit te waarborgen, passend zijn. Die regels kunnen wat de initiatiefnemer betreft prima ondergebracht worden in de

reeds bestaande zorgwetgeving. Daarvoor wordt de Wkkgz door de initiatiefnemer als beste optie gezien, hoewel er in principe in de Wkkgz geen kwaliteits- en zorgvuldigheidseisen staan. Ook komt er een algemene maatregel van bestuur te hangen onder de wettelijke eisen aan de abortuszorgverlening, waarin de eisen uit het Besluit afbreking zwangerschap (Bafz) worden overgenomen. Zodoende beoogt de initiatiefnemer de negatieve consequenties van abortus in het strafrecht tegen te gaan, zonder afbreuk te doen aan de bestaande, positief geëvalueerde kwaliteits- en zorgvuldigheidseisen van de reeds bestaande regeling.<sup>45</sup>

## 4. Abortus is (ook) ‘strafrecht’: argumenten tegen ‘decriminalisering’

Tegenover bovenstaande argumenten, kunnen tegen het decriminaliseren van strafrecht diverse historische en praktische argumenten worden aangedragen, die in het onderstaande in kaart worden gebracht.

De huidige abortuswetgeving is het gevolg van een lange maatschappelijke en politieke discussie en weloverwogen keuze van de wetgever waarin met artikel 296 Sr een evenwicht is gevonden tussen twee te beschermen belangen: rechtsbescherming van het ongeboren menselijk leven en zorgverlening aan vrouwen die hulp zoeken bij ongewenste zwangerschap.<sup>46</sup> Ook in het verleden is er meermalen voor gepleit om het verrichten van abortus te decriminaliseren en te volstaan met de algemene regelgeving voor medische beroepsuitoefening. De wetgever heeft met de afzonderlijke strafbepaling (en de handhaving daarvan) tot uitdrukking gebracht welke waarde hij (ook) toekent aan de bescherming van het ongeboren leven, met name als het gaat om abortus buiten het reguliere circuit om.<sup>47</sup> Abortus kan weliswaar voor een groot deel als reguliere zorg worden beschouwd: door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) wordt de algemene zorgwetgeving immers ook zo veel mogelijk op abortusinstellingen van toepassing geacht. Van een ‘normale medische handeling’, is echter geen sprake: vanwege de botsing van verschillende door het recht te beschermen belangen, is abortus niet zonder meer op één lijn te stellen met andere medische verrichtingen.<sup>48</sup> De vrucht is geen lichaamsdeel van de

42 MvT Wet abortus is zorg, p. 4.

43 MvT Wet abortus is zorg, p. 4.

44 MvT Wet abortus is zorg, p. 5.

45 MvT Wet abortus is zorg, p. 12.

46 M.C. Ploem, E. Krol, J. Legemaate e.a., ‘Tweede evaluatie van de Wet afbreking zwangerschap’, *TvGR* 2022, p. 6-26 en S.R. Bakker & L. Postma, ‘Volenti non fit iniuria’, *Strafblad* 2019/3, p. 25.

47 *Kamerstukken II 1978/79*, 15475, nr. 3, p. 21; M.C. Ploem, E. Krol, J. Legemaate e.a., *Tweede evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2020, p. 32 en 148.

48 Bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 1978/79*, 15475, nr. 3, p. 116. Zie nader hierover: M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 43; M.C. Ploem, E. Krol, J. Legemaate e.a., *Tweede evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2020, p. 45.

vrouw en het merendeel van de abortussen is niet medisch geïndiceerd.<sup>49</sup>

De twee wetsevaluaties uit 2005 en 2020 laten zien dat de abortuswetgeving in Nederland in het algemeen naar behoren functioneert, dat de doelstellingen van de wet worden bereikt en dat sprake is van een gebalanceerd systeem.<sup>50</sup> De hulpverlening bij abortus is waar nodig beschikbaar en toegankelijk, terwijl de wet ook bijdraagt aan de bescherming van het ongeboren leven. In de tweede wetsevaluatie wordt uitdrukkelijk genoemd dat er 'geen redenen [zijn] om aan te nemen dat de wijze waarop de abortushulpverlening wettelijk geregeld is, de toegang daartoe in de praktijk zou belemmeren'.<sup>51</sup> Uit de jaarlijkse publicaties van de IGJ komt eveneens het beeld naar voren dat sprake is van een stabiele praktijk op het gebied van abortushulpverlening.<sup>52</sup> De vraag is dan ook in hoeverre er daadwerkelijk een probleem is dat opgelost dient te worden.<sup>53</sup> (Ook) ten tijde van de wetsevaluaties werd door een aantal ondervraagde hulpverleners, hoofden van klinieken en betrokken organisaties gepleit om abortus uit het strafrecht te halen, maar van een eenduidige opvatting daarover was ten tijde van de evaluaties allerm minst sprake: de opvattingen lopen sterk uiteen. Volgens de onderzoekers was destijds geen reden de algemene strafbaarstelling van abortus ter discussie te stellen.<sup>54</sup> Niet blijkt dat er zich inmiddels dusdanige ontwikkelingen hebben voorgedaan dat daar anno 2024 anders over gedacht zou moeten worden.

Van de strafbaarstelling van abortus wordt soms een verkeerde voorstelling van zaken gegeven. Ten onrechte wordt wel gedacht dat de vrouw die voor zwangerschapsafbreking kiest, zelf ook strafbaar is bij (een onbevoegde) zwangerschapsafbreking.<sup>55</sup> De wetgever heeft er in de jaren tachtig voor gekozen om het plegen van abortus als afzonderlijk misdrijf te handhaven, tenzij de abortus is verricht door een arts in een ziekenhuis of kliniek waar een zodanige behandeling volgens de Wafz mocht worden verricht. De wet stelt met andere woorden enkel de pleger van de abortus strafbaar en dan ook slechts voor zover de abortus is uitgevoerd door een persoon die daartoe niet bevoegd is en de uitvoering niet in een (vergunninghoudende) kliniek of ziekenhuis plaats-

vindt. De vrouw zelf kan nooit strafrechtelijk worden vervolgd voor een abortus.

Voorts staat, zoals ook blijkt uit het voorgaande, het strafrecht bij het verlenen van reguliere abortuszorg (dat wil zeggen door bevoegde artsen in instellingen met een Wafz-vergunning) op 'grote afstand van de praktijk'.<sup>56</sup> Hoewel artikel 296 lid 1 Sr de arts niet expliciet uitsluit, is de arts op grond van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 296 lid 5 Sr niet strafbaar, indien de abortus is uitgevoerd volgens de regels van de Wafz. Het doel daarvan is om een zorgvuldige hulpverlening te waarborgen. Het argument dat een strafbepaling een zorgvuldige abortuspraktijk zou belemmeren vanwege de dreiging van een strafsancie, veegde toenmalig minister De Ruiters in 1980 van tafel met de stelling dat een bevoegd arts die handelt volgens de bepalingen van de Wafz 'helemaal niets te duchten heeft'.<sup>57</sup> Het handelen van een arts werkzaam in de abortuszorg hoeft na een abortusingreep niet eerst nog door een commissie op zorgvuldigheid beoordeeld te worden. Anders is dat bij de arts die euthanasie dan wel hulp bij zelfdoding heeft uitgevoerd, al geldt bij die arts ook al dat sprake is van een 'bijzondere' verdachte waarbij het vermoeden bestaat dat hij of zij zich met succes op een strafuitsluitingsgrond kan beroepen.<sup>58</sup> Daarmee is het de vraag in hoeverre er daadwerkelijk sprake is van een 'extra strafdreiging' onder artsen die een abortusingreep volgens de regels en voorwaarden van de Wafz verrichten. Uit de tweede evaluatie blijkt dat het merendeel van de respondenten werkzaam in de abortuszorgverlening heeft aangegeven zich te kunnen vinden in de balans die in de Wafz is gevonden tussen enerzijds het belang van de beschermwaardigheid van het ongeboren leven en anderzijds het bieden van hulp aan een vrouw bij ongewenste zwangerschap.<sup>59</sup>

De strafbepaling van abortus richt zich met name op onbevoegde, clandestiene abortuspraktijken. De wetgever achtte de aparte strafbaarstelling, met de strafverzwarende omstandigheid zoals zwangerschapsafbreking zonder toestemming van de vrouw, noodzakelijk voor gevallen waarin zwangerschapsafbreking werd verricht zonder toestemming van de vrouw en/of door iemand die niet bevoegd was tot het uitvoeren van abortus (een niet-arts, een arts in een ziekenhuis of kliniek buiten de zin van de Wafz, of een arts die (tijdelijk of permanent) uit de uitoefening van de geneeskunst is ontzet). Praktisch gezien werd de aanpassing van de abortusregeling als verruiming gezien voor een abortusingreep door een arts die daartoe bevoegd was. Ondanks de verwachting van de wetgever dat het – al dan niet uit winstbejag – onbevoegd uitvoeren van abortus daardoor grotendeels

49 H.J.J. Leenen e.a. *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 371.

50 M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 187; M.C. Ploem, E. Krol, J. Legemaate e.a., *Tweede evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2020, p. 150.

51 M.C. Ploem, E. Krol, J. Legemaate e.a., *Tweede evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2020, p. 46.

52 Zie: <https://www.igj.nl/over-ons/igj-in-cijfers/cijfers-zwangerschapsafbreking>.

53 M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 187. Zie ook: <https://www.eur.nl/esl/nieuws/abortuswetgeving-functioneert-nederland-dus-waarom-de-wet-aanpassen>.

54 M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 177 en 191.

55 M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 177 en het recente debat in de kamer: *Handelingen II* 2022/23, nr. 84, item 10, p. 20.

56 M.C. Ploem, E. Krol, J. Legemaate e.a., *Tweede evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2020, p. 45 en 148.

57 *Handelingen II*, 27 november 1980, p. 1706 en *Handelingen I*, 28 april 1980, p. 812 e.v.

58 P.A.M. Mevis, 'Over de randen van de euthanasiewetgeving', *DD* 2016/35.

59 M.C. Ploem, E. Krol, J. Legemaate e.a., *Tweede evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2020, p. 39.

tot het verleden zou behoren, werd de strafbepaling niet als overbodig beschouwd. Artikel 436 Sr (het onbevoegd en buiten noodzaak enig beroep uitoefenen) werd door de wetgever (zonder nadere toelichting) voor deze gevallen ontoereikend geacht.<sup>60</sup> In de jurisprudentie van na de inwerkingtreding van de Wafz zijn voorbeelden te vinden waaruit blijkt dat onbevoegde zwangerschapsafbreking zonder toestemming van de vrouw ook recent nog aan de orde is c.q. kan zijn: door de rechtbank Amsterdam werd een niet-arts in veroordeeld voor het opzettelijk afbreken van een zwangerschap in de zin van artikel 296 Sr en een poging tot zware mishandeling met voorbedachten rade in de zin van artikel 303 Sr wegens het – zonder medeweten c.q. toestemming van de vrouw – verwerken van abortusmedicatie in haar eten. De rechtbank overweegt daarbij ‘dat gelet op de uiteenlopende strekking van de toepasselijke bepalingen sprake is van meerdaadse samenloop aangezien artikel 296 van het Wetboek van Strafrecht naast bescherming van het ongeboren kind en de moeder ook beoogt te beschermen de medisch verantwoorde abortus provocatus onder de daaraan in de regelgeving gestelde voorwaarden’.<sup>61</sup> In 2021 speelde voor de rechtbank Limburg een soortgelijk geval, waarbij de abortusmedicatie door de partner van de vrouw, zijnde een huisarts, in haar voedsel was verwerkt.<sup>62</sup>

Weliswaar zijn er algemene bepalingen van het Wetboek van Strafrecht op grond waarvan abortus strafbaar is. Met het wegvallen van artikel 296 Sr zou gesteld kunnen worden dat het evenwicht tussen de verschillende belangen waarop de abortuswetgeving gestoeld is (hulp aan de vrouw bij ongewenste zwangerschap en bescherming van het ongeboren leven), op losse schroeven komt te staan. In het Kamerdebat inzake het burgerinitiatief ‘Abortus is geen misdaad’ blijkt dit behoud van evenwicht onder diverse politici een punt van zorg te zijn. De wetgever heeft met artikel 296 Sr (hoewel dit niet letterlijk in de wettekst staat) bescherming van de ongeboren vrucht willen benadrukken. De ongeboren vrucht wordt onder de 24 weken – op die situatie ziet artikel 296 Sr – niet langer zelfstandig strafrechtelijk beschermd, nu op grond van artikel 82a Sr enkel de (ongeboren) vrucht vanaf het moment van levensvatbaarheid zelfstandig strafrechtelijke bescherming geniet, zoals ook de Minister van Justitie tijdens het recente debat heeft aangegeven.<sup>63</sup> Andere bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht die relevant kunnen zijn ter zake van een abortus zien met name op bescherming van de vrouw. Te denken valt aan artikel 82 Sr, op basis waarvan ‘afdrijving of dood van de vrucht van een vrouw’ zware mishandeling betekent en valt onder de reikwijdte van (met name) artikel 302 Sr. Tevens kan sprake zijn van (zware) mishandeling of het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel door schuld, indien bij de

abortus (zwaar) lichamelijk letsel ontstaat bij de vrouw. Heeft de abortus de dood van de vrouw tot gevolg, dan kunnen de levensdelicten uit het Wetboek van Strafrecht een rol spelen. Voorts zou artikel 96 Wet BIG van belang kunnen zijn op basis waarvan het, bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg door wie dan ook, veroorzaken van (de aanmerkelijke kans op) benadeling van de gezondheid van een ander strafbaar is gesteld. Mogelijkheden zijn er dus wel. Geen van deze bepalingen voorziet echter in een strafverzwarende omstandigheid van het ontbreken van toestemming van de vrouw, zoals artikel 296 lid 3 Sr wel doet (met een relatief hoge maximumstraf van twaalf jaar). Een volgend probleem is dat deze algemene strafbaarstellingen, wegens het ontbreken van artikel 296 lid 5 Sr, ook zouden gelden voor de arts die abortus verricht volgens de regels van de Wafz. Daarmee is het de vraag of de bevoegde in een vergunninghoudende instelling werkende abortusarts met het afschaffen van artikel 296 Sr ‘beter af’ zou zijn.

Dat doet er niet aan af dat dreiging van strafrecht en strafvervolgning er in de beleving van sommige hulpverleners mogelijk wel is en de wens van abortusartsen om hun werk ‘uit de schaduw van het strafrecht’ te halen, invoelbaar is.<sup>64</sup> Voor het (verder) wegnemen van die druk is echter ook een andere, minder vergaande mogelijkheid denkbaar dan abortus ‘uit het strafrecht’ te halen. Mede naar aanleiding van de mogelijkheid van de Wet geweldsaanwending opsporingsambtenaar, waarin bij geweldsaanwending door een opsporingsambtenaar ten aanzien van dat optreden van de presumptie van rechtmatigheid wordt uitgegaan,<sup>65</sup> is in de vierde evaluatie van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding de aanbeveling gedaan om de mogelijkheid te onderzoeken om de structuur van artikel 293 en 294 lid 2 Sr zodanig te wijzigen dat een meldende arts vermoed wordt rechtmatig te hebben gehandeld, tenzij nader onderzoek door het OM aanleiding geeft hem als verdacht aan te merken.<sup>66</sup> Aan een soortgelijke constructie zou gedacht kunnen worden bij uitvoering van abortus door een arts volgens de regels van de Wafz zodat ook inzake abortus voor de arts (nog) meer afstand tot het strafrecht wordt gecreëerd. Het bestaande systeem van strafbaarstelling en een bijzondere strafuitsluitingsgrond blijft daarmee gehandhaafd, maar het uitgangspunt verandert voor de desbetreffende arts van ‘strafbaar, tenzij...’ naar ‘rechtmatig, tenzij...’. Daarmee kan eventueel ervaren druk/dreiging bij de arts weggenomen worden. De arts in kwestie hoeft zich geen verdachte te voelen, als iemand die door de overheid bena-

60 Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3, p. 21.

61 Rb. Amsterdam 19 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN4447.

62 Rb. Limburg 4 mei 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3844.

63 Handelingen II 2022/23, nr. 84, item 10, p. 18.

64 Zie daarover ook: M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen e.a., *Evaluatie Wet afbreking zwangerschap*, Den Haag: ZonMW 2005, p. 177.

65 Wet van 12 mei 2021, *Stb.* 2021, 233.

66 Vierde evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, p. 296-297. Zie ook: J. Legemaate, P.A.M. Mevis en A. van der Heide, ‘Vijftig jaar euthanasie (beleid)’, *NJB* 2023/2887 (afl. 40, p. 3466-3474).



derd wordt op de veronderstelling dat hij iets heeft gedaan wat 'eigenlijk niet mag'.<sup>67</sup>

Voorts kan als kanttekening bij specifiek het voorstel voor de Wet abortus is zorg genoemd worden dat de Wkkgz een bijzonder merkwaardige plaats is om de Wafz-bepalingen onder te brengen. De Wkkgz stelt globale kwaliteitseisen aan institutionele zorgaanbieders en individuele zorgverleners, voorziet in een meldplicht voor onder meer calamiteiten en geweld in de zorgrelatie, en schrijft de aanwezigheid van klachten- en geschillenregelingen voor.<sup>68</sup> Het is geen wet die bepalingen bevat voor specifieke vormen van zorg. Waarom zou nu de Wkkgz bepalingen moeten opnemen die betrekking hebben op zaken als beraadtermijn, noodsituatie, verantwoorde voorlichting en genoegzame nazorg voor de vrouw die abortus zoekt?! Die wet is er het huis niet voor. Aansluiting bij de Wet op bijzondere medische verrichtingen (Wbmv) had veel meer voor de hand gelegen. Die wet maakt het mogelijk om vormen van zorg die in enig opzicht 'bijzonder' zijn (omdat ze kostbaar zijn, omdat de deskundigheid schaars is of omdat ze moreel niet onomstreden zijn) onder te brengen in een bestuursrechtelijk stelsel van verbod en vergunning.<sup>69</sup> Zo is het aanbieden van in-vitrofertilisatie, orgaantransplantatie, protontherapie en neurochirurgie op grond van de Wbmv verboden, tenzij dat gebeurt door een instelling die daartoe een vergunning verleend gekregen heeft van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.<sup>70</sup> De vormen van zorg die gereguleerd worden op basis van de Wbmv behoren tot de gewone zorg maar zijn vanwege hun 'bijzondere' karakter onderworpen aan een bestuursrechtelijk regime. Nu bestaat voor abortuszorg al een vergunningstelsel. Als abortuszorg gedecriminaliseerd moet worden, zou het beslist logisch zijn geweest om voor te stellen dat het strafrechtelijke kader van dat stelsel plaatsmaakt voor het bestuursrechtelijke kader van de Wbmv.

Ten slotte doet zich de vraag voor of abortus ooit echt 'gewone zorg' kan worden. Op echt 'gewone zorg' is de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) van toepassing op basis waarvan patiënten het recht hebben op goed hulpverlenerschap, i.e. het recht

op behandeling volgens de professionele standaard.<sup>71</sup> Die professionele standaard wordt ingevuld door de beroepsnormen (protocollen, standaarden, richtlijnen etc.), ontwikkeld door de eigen groep van beroepsbeoefenaren. Stel dat abortus werkelijk 'gewone zorg' wordt. Niet duidelijk is hoe de beroepsnormen voor abortus dan zouden moeten luiden en wat de professionele standaard voor abortus zou moeten zijn als een vrouw deze vorm van zorg wenst. Het is eigenlijk niet goed voorstelbaar dat het opstellen van dergelijke beroepsnormen geheel en al aan de beroepsgroep overgelaten wordt. Of dat de beroepsgroep dat geheel en al op zich zou willen nemen. Daarbij zij aangetekend dat de eerdergenoemde Wafz-bepalingen over beraadtermijn, noodsituatie, verantwoorde zorg en genoegzame nazorg gedateerd en zelfs paternalistisch genoemd zouden kunnen worden. Voorgesteld is dat deze bepalingen ongewijzigd overgenomen worden in de Wkkgz. Het bevreemdt nogal dat de initiatiefnemer wél pleit voor decriminalisering van abortuszorg, maar geen enkele kanttekening heeft geplaatst bij deze bepalingen.

## 5. Verenigbaarheid met hoger recht

De bevoegdheid van de Nederlandse wetgever is niet onbegrensd. Wetgeving dient verenigbaar te zijn met hoger recht, zoals dat te vinden is in de Grondwet en in het Europese en internationale verdragsrecht.<sup>72</sup> In hoeverre is het voorstel voor de Wet abortus is zorg te rijmen met dit hogere recht?

Hoofdstuk 1 van de Grondwet lijkt alvast niet in de weg te staan aan het wetsvoorstel. Criminalisering van zwangerschapsafbreking is evident een kwestie van grondwettelijk beschermde grondrechten; decriminalisering van zwangerschapsafbreking is dat niet. Grondwettelijk heeft ieder immers recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer en recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.<sup>73</sup> Omdat grenzen gesteld aan zwangerschapsafbreking de uitoefening van deze rechten beperken, zijn de huidige beperkingen dan ook – zoals de Grondwet voorschrijft – gesteld bij en krachtens de wet (art. 296 Sr, de Wafz en de daarop gebaseerde regelgeving).<sup>74</sup> De wetgever kan deze beperkingen eenvoudig wegnemen zonder daarbij acht te hoeven slaan op een grondwettelijk beschermd recht van eenieder op leven, waarvan de bescherming zich uitstrekt tot ongeboren leven. Zoals bekend bevat de Nederlandse Grond-

67 Vgl. *Kamerstukken II 2016/17*, 34641, nr. 3, p. 5: 'De opsporingsambtenaar die in de uitoefening van zijn functie geweld gebruikt, kan met zijn handelen de delictomschrijving van een geweldsdelict als mishandeling of doodslag vervullen. Gevolg hiervan is dat hij als verdachte in het strafrecht kan worden aangemerkt. (...) Wanneer vervolgens een (strafrechtelijk) onderzoek naar hem wordt ingesteld, is dat ingrijpend, biedt het veel onzekerheid en wordt dit door de betrokken opsporingsambtenaar als belastend ervaren omdat geweldgebruik inherent is aan zijn functie.'

68 Wet van 7 oktober 2015, houdende regels ter bevordering van de kwaliteit van zorg en de behandeling van klachten en geschillen (Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg), *Stb.* 2015, 407.

69 Wet van 24 oktober 1997, houdende regels betreffende bijzondere medische verrichtingen (Wet op bijzondere medische verrichtingen), *Stb.* 1997, 515.

70 Art. 2 Wbmv jo. art. 1 Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 3 juli 2014, houdende aanwijzing van bijzondere medische verrichtingen, waarvan een vergunning is vereist (Regeling aanwijzing bijzondere medische verrichtingen), *Stcrt.* 2014, 19482.

71 Art. 7: 453 BW. De Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst is te vinden in afdeling 5, titel 7 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (art. 7:446-7:468 BW).

72 Zoals ook de indiener van het initiatiefwetsvoorstel zich realiseert. Zie p. 17 van de memorie van toelichting bij het voorstel Wet abortus is zorg, te vinden op <https://www.internetconsultatie.nl/wetabortusiszorg/b1>.

73 Art. 10 en 11 Gw.

74 Art. 10 lid 1 en art. 11 Gw.



wet geen bepaling die het recht van eenieder op leven erkent, niet expliciet dan toch.<sup>75</sup>

De verankering van het recht op leven in de Grondwet werd in 2010 door de Staatscommissie Grondwet onnodig geacht omdat de bescherming van dit belangrijke grondrecht door het internationale recht voldoende werd geacht.<sup>76</sup> De Staatscommissie doelde daarmee vooral op artikel 2 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

EVRM-bepalingen zijn eenieder verbindend in de zin van artikel 93 en 94 Gw. In hoeverre biedt het EVRM ruimte voor wetgeving die zwangerschapsafbreking de-criminaliseert?

Het EVRM bevat geen bepalingen die betrekking hebben op zwangerschapsafbreking. Volgens artikel 32 lid 1 EVRM strekt de rechtsmacht van het EVRM zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie van het Verdrag en de daarbij behorende Protocollen die aan het Hof worden voorgelegd. In overeenstemming met artikel 32 lid 1 van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) de bepalingen van het EVRM consequent geïnterpreteerd 'in hun context en in het licht van hun voorwerp en doel'. In tal van uitspraken heeft het Hof zijn toepassing van EVRM-bepalingen 'dynamic' en 'evolutive' genoemd.<sup>77</sup> Sinds 1978 spreekt het EHRM van het EVRM als een 'living instrument', dat geïnterpreteerd moet worden 'in the light of present-day conditions'.<sup>78</sup>

Daarnaast heeft het EHRM de gewoonte om termen van EVRM-bepalingen een ruime autonome betekenis toe te kennen, d.w.z. een betekenis onafhankelijk van de betekenis die de termen in het nationale recht hebben, waarmee het toepassingsbereik van die bepalingen in de loop der jaren sterk is vergroot. Omdat ook 'persoonlijke levenssfeer' door het Hof als een 'autonomous concept' beschouwd wordt, is de reikwijdte van artikel 8 lid 1 EVRM ('Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie') erg elastisch gebleken.<sup>79</sup> Hoewel zwangerschapsafbreking niet in het verdrag genoemd wordt, heeft het EHRM ook vraagstukken die daarmee verband houden aan het EVRM getoetst.

De EHRM-jurisprudentie met betrekking tot zwangerschapsafbreking is beperkt en betreft vooral zaken waarbij Polen en Ierland betrokken waren, zaken die voornamelijk draaiden om (vermeende) schendingen van artikel 2 en 8 EVRM.<sup>80</sup> In deze uitspraken wordt consequent gewag gemaakt van wat het Hof de 'margin of appreciation' noemt: de ruimte die volgens de rechter in Straatsburg nationale autoriteiten toekomt bij het vervullen van hun EVRM-verplichtingen. Deze 'margin' aanvaardt het Hof bij sommige verdragsbepalingen niet, bij een enkele (het recht op leven) soms, en bij een aantal (vooral het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) met enige regelmaat.<sup>81</sup>

Met betrekking tot het recht op leven van een foetus overwoog het EHRM in *Vo/Frankrijk* dat gegeven 'the diversity of views on the point at which life begins, of legal cultures and of national standards of protection', staten partij bij het EVRM een 'considerable discretion' hebben.<sup>82</sup> In die zaak had de Franse cassatierechter eerder geoordeeld dat een foetus geen menselijk wezen was dat aanspraak kon maken op bescherming door het Franse strafrecht.

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals beschermd door het EVRM, is niet absoluut. Het tweede lid van artikel 8 EVRM somt de voorwaarden op waaraan een inmenging in de uitoefening van het recht moet voldoen wil zij zijn toegestaan. Een inmenging moet bij wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn 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 Hof erkent gewoonlijk een ruime 'margin of appreciation' toe waar het inmengingen betreft in de uitoefening van dit recht ter bescherming van de gezondheid.<sup>83</sup> Betreft het zaken van inmenging omwille van de goede zeden, dan laat de EHRM-jurisprudentie een wisselend beeld zien. De breedte van de marge die het Hof in dergelijke gevallen aanvaardt, is afhankelijk van de mate van consensus in de lidstaten van de Raad van Europa. Is die gering, dan is de 'margin of appreciation' ruim.<sup>84</sup> Daarbij zij aangetekend dat het Hof bij de bepaling van de breedte van de marge ook ontwikkelingen elders (in het verband van de Verenigde Naties bijvoorbeeld) laat meewegen.

75 Indirect zou het kunnen worden afgeleid uit het grondwettelijke verbod op de doodstraf, zie art. 114 Gw.

76 Staatscommissie Grondwet, Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag: Staatscommissie Grondwet 2010, p. 10.

77 Zie bijv. EHRM 11 juli 2002, appl. no. 28957/95 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*), par. 74; EHRM 28 mei 2002, appl. no. 46295/66 (*Stafford/Verenigd Koninkrijk*), par. 68. En zie European Court of Human Rights, *The European Convention on Human Rights. A Living Instrument*, Strasbourg: Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022.

78 EHRM 25 april 1978, appl. no. 5856/72 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*), par. 31.

79 Zie G. Letsas, 'The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy', in A. Follesdal, B. Peters en G. Ulfstein (red.) *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 113.

80 Incidenteel ook art. 3 (verbod van foltering) en art. 5 lid 1 (recht op vrijheid en veiligheid) EVRM, zie EHRM 30 oktober 2022, appl. no. 57375/06 (*P. en S./Polen*).

81 Nooit bij art. 3 (verbod van foltering), art. 4 lid 1 (verbod van slavernij en dwangarbeid) en art. 7 (geen straf zonder wet) EVRM, soms bij art. 2 (recht op leven) en met enige regelmaat bij de vrijheden van art. 8 t/m 11 EVRM.

82 EHRM 8 juli 2004, appl. no. 53924/00 (*Vo/Frankrijk*), par. 82.

83 Zoals waar om die redenen thuisbevellingen verboden zijn of vaccinatie verplicht. Zie EHRM 15 november 2016, appl. no. 28859/11 en 28473/12 (*Dubská en Krejzová/Tsjechië*) en EHRM. 8 april 2021 appl. no. 47621/13 en vijf andere (*Vavricka e.a./Tsjechië*).

84 Zie bijvoorbeeld EHRM 20 januari 2011, appl. no. 31322/07 (*Haas/Zwitserland*), par. 51-55, inzake hulp bij zelfdoding.

Als die zich bewegen in de richting van internationale consensus, slinkt de marge ook.<sup>85</sup>

Over zwangerschapsafbreking wordt in de landen van de Raad van Europa zeer verschillend gedacht. De ‘margin of appreciation’ is bijgevolg zeer ruim en hoewel het Hof een enkele maal heeft erkend dat onder de lidstaten van de Raad van Europa een trend zichtbaar is naar ruimere toegang tot legale abortus, heeft het vooralsnog geen blijk gegeven van de wens om de marge te verengen, daar ook ‘the question of when the right to life begins’ binnen de ‘margin of appreciation’ valt.<sup>86</sup> Nationale abortuswetgeving die conservatief is, en maar toegang biedt tot legale abortus op enkele gronden, valt bijgevolg binnen de marge, en liberale wetgeving, die ruime toegang tot legale abortus biedt, ook. Hoewel het EHRM zich nog nooit uitgesproken heeft over de verenigbaarheid van volledig gedecriminaliseerde abortuszorg met het EVRM, mag gevoeglijk worden aangenomen dat dit verdrag geen belemmering vormt voor het wetsvoorstel.

Dat het EVRM volgens het Hof noopt tot wetgeving die afbreking van zwangerschap decriminaliseert, zoals de indiener van het wetsvoorstel in de memorie van toelichting suggereert, is overigens onjuist.<sup>87</sup> In *Tysiact/Polen* overwoog het Hof inderdaad dat strafbaarstelling van abortus een ‘chilling effect’ kan hebben op dokters wanneer zij in een individueel geval bepalen of voldaan is aan de voorwaarden voor legale abortus.<sup>88</sup> Van zo’n effect is sprake wanneer artsen bepaalde behandelingen weigeren uit (soms irrationele) angst voor strafrechtelijke vervolging. In *Tysiact/Polen* wees het Hof echter vooral op het belang van heldere en transparante procedures voor de bepaling of aan de voorwaarden voor een legale abortus is voldaan. Wetgeving moet inderdaad zodanig zijn vormgegeven dat dit effect zo veel mogelijk wordt weggenomen, maar daarmee is niet gezegd dat zwangerschapsafbreking geheel en al uit de sfeer van het strafrecht getrokken zou moeten worden. Dat zei het Hof in *Tysiact/Polen* dan ook niet. Een en ander neemt niet weg dat het voorstel, zoals de indiener aanvoert in de memorie van toelichting, verenigbaar is met de huidige uitleg van het EVRM door het Hof. De ‘margin of appreciation’ is eenvoudigweg erg ruim: artikel 8 lid 2 EVRM staat veel beperkingen toe op het door het eerste lid van dat artikel beschermde recht, maar uiteraard ook weinig of geen; artikel 2 EVRM staat het toe dat een staat in wetgeving beschermwaardig leven laat beginnen bij de conceptie, maar dit artikel staat evenmin in de weg aan nationale wetgeving die dit begin bij de geboorte legt. Het is aan de afzonderlijke lidstaten van de Raad

van Europa om te bepalen welk gewicht de belangen van het ongeboren leven en die van de zwangere vrouw toekomt.

De trend die het EHRM heeft waargenomen, is ook zichtbaar op internationaalrechtelijk niveau. In veruit de meeste lidstaten van de Verenigde Naties is abortus toegestaan. Een handvol lidstaten kent nog steeds een totaalverbod op abortus. Daarnaast zijn er lidstaten waarin abortus slechts mogelijk is om het leven van de vrouw te redden of in geval van verkrachting, incest of foetale misvorming. De meeste VN-lidstaten staan abortus inmiddels echter toe zonder enige beperking of om redenen die verband houden met de lichamelijke en geestelijke gezondheid van de zwangere vrouw dan wel met haar economische of sociale omstandigheden.<sup>89</sup>

In de laatste dertig jaar is de aandacht vanuit de Verenigde Naties voor de seksuele en reproductieve gezondheid en rechten van vrouwen sterk toegenomen. In de jaren negentig van de vorige eeuw vonden twee grote internationale conferenties plaats (in Caïro en Beijing) waarin werd uitgesproken dat onveilige abortus een ernstige bedreiging vormt voor de volksgezondheid. De deelnemende landen zegden bij die gelegenheden tevens toe de noodzaak van abortus te verminderen door verbetering en uitbreiding van voorlichting en gezinsplanning, en daar waar abortus legaal is deze veilig te doen zijn.<sup>90</sup>

Onder toezichthoudende VN-comités is ook een groeiende consensus over decriminalisering van abortus niet te miskennen.<sup>91</sup> Zo heeft het comité dat toezicht houdt op de naleving van de bepalingen van het VN-Vrouwenverdrag vastgesteld dat ‘it is discriminatory for a State party to refuse to legally provide for the performance of certain reproductive health services for women’.<sup>92</sup> Dit comité voegde daaraan toe dat ‘criminal regulation of abortion serves no known deterrent value. When faced with restricted access women often engage in clandestine abortions including self-administering abortifacients, at risk to their life and health. Additionally, criminalisation has a stigmatising impact on women, and deprives women of their privacy, self-determination and autonomy of decision, offending women’s equal status,

85 Zie G. Letsas, ‘The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy’, in A. Follesdal, B. Peters & G. Ulfstein (red.), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 116.

86 EHRM 10 december 2010, appl. No. 25579/05 (A., B., C./Ierland), par. 235 en 236.

87 Zie p. 17 van de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Wet abortusis zorg, te vinden op <https://www.internetconsultatie.nl/wetabortusiszorg/> b1.

88 EHRM 20 maart 2007, appl. no. 5410/03 (*Tysiact/Polen*), par. 118.

89 Zie United Nations Population Division and World Health Organization, *Global World Abortion Policies Database*, <https://abortion-policies.srhr.org>, en zie A.F. Lavelanet, S. Schlitt, B.R. Johnson et al., ‘Global Abortion Policies Database: a descriptive analysis of the legal categories of lawful abortion’, *BMC Int Health Hum Rights* 18, 44 (2018).

90 International Conference on Population and Development, *Program of Action (1994)*, par. 8.25, en zie Fourth World Conference on Women, *Platform for Action (1995)*, par. 106(k). Zie ook de VN-resolutie, A/RES/S-21/2 (1999), par. 63(iii).

91 Voor een goed overzicht van de door toezichthoudende VN-comités opgestelde relevante ‘General Comments’ en ‘Recommendations’, zie J. Erdman, ‘Abortion in international human rights law’, in: S. Rowlands (red.), *Abortion care*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 244-250, en zie tevens J. Erdman & R. Cook, ‘Decriminalization of abortion – A Human rights imperative’, *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology*, 62 (2020), p. 11-24.

92 General Recommendation 24 (1999) on women and health care, par. 11.

constituting discrimination'.<sup>93</sup> De *Special Rapporteur on the right to health* heeft over wetten die abortus strafbaar maken opgemerkt dat deze 'infringe women's dignity and autonomy by severely restricting decision-making by women in respect of their sexual and reproductive health'.<sup>94</sup> Het comité dat toezicht houdt op de naleving van de bepalingen van het VN-verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten heeft partijen bij dat verdrag gemaand op te treden tegen 'criminalization of abortion or restrictive abortion laws'.<sup>95</sup> En zelfs de *Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions* heeft zich niet onbetuigd gelaten. Waar onveilige abortus in de context van een totaalverbod tot de dood van vrouwen leidt, moet dat volgens deze Rapporteur begrepen worden als 'gender-based arbitrary killing, only suffered by women, as a result of discrimination enshrined in law'.<sup>96</sup>

In VN-verband heeft ook de rechter genoegzaam vastgesteld dat het ontzeggen van toegang tot abortus neer kan komen op schending van het recht op gezondheid, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en – in een enkel geval – het recht om gevrijwaard te blijven van folteringen en van wrede, onmenselijke of vernederende behandeling.<sup>97</sup>

Ook aan het internationale mensenrechtenrecht zijn weinig argumenten te ontleen die leiden tot de conclusie dat het initiatiefwetsvoorstel met dit recht onverenigbaar is. Daarenboven wordt op dit niveau sterk aangedrongen op decriminalisering van abortuszorg. Sinds 1 maart 2016 is Nederland echter ook partij bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld.<sup>98</sup> Dit Verdrag van Istanboel verplicht partijen wetgevend of andere maatregelen te nemen die nodig zijn om te waarborgen dat een aantal opzettelijke gedragingen strafbaar wordt gesteld, waaronder het zonder haar voorafgaande en geïnformeerde toestemming verrichten van een abortus bij een vrouw.<sup>99</sup>

Kortom, het internationale recht verzet zich bepaald niet tegen decriminalisering van abortus als zodanig, maar voor gedwongen abortus moet een uitzondering worden gemaakt. Het huidige artikel 296 Sr stelt óók gedwongen abortus strafbaar. Het Verdrag van Istanboel staat aan volledige verwijdering van artikel 296 uit het Wetboek van Strafrecht in de weg.

93 CEDAW/C/OP.8/GBR/1 (2018), par. 59, 42.

94 Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, A/66/254 (2011), par. 21, 65.

95 General Comment 22 (2016), par. 34.

96 A/HRC/35/23 (2017), par. 44.

97 Zie onder meer de uitspraken van het VN-mensenrechtencomité in *Wheilan v. Ireland*, CCPR/119/D/2425/2014; *Mellet v. Ireland*, CCPR/C/D/2324/2013; *K.L. v. Peru*, CCPR/C/85/1153/2003; *V.D.A. v. Argentina*, CCPR/C/101/D/1608/2007.

98 Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (Verdrag van Istanboel), Istanboel, 11 mei 2011, *Trb.* 2012, 233.

99 Art. 39, onder a, Verdrag van Istanboel.

## 6. Conclusie

Bovenstaande verkenning naar argumenten voor en tegen 'decriminalisering' van abortus levert een gemengd beeld op. Bij een niet te verwaarlozen aantal personen en organisaties en blijkens het initiatiefwetsvoorstel bestaat de wens om abortus uit het strafrecht te halen omdat door middel van een strafbaarstelling abortus te zeer in de taboesfeer wordt gebracht terwijl abortus als vorm van 'reguliere' zorg zou kunnen worden gezien en het waarborgen van kwalitatief goede abortuszorg mogelijk is zonder de strafbaarstelling van abortus in artikel 296 Sr. Daar valt op zich wat voor te zeggen. Duidelijk is dat het hogere recht zich in beginsel niet verzet tegen het initiatiefwetsvoorstel om artikel 296 Sr te laten vervallen, hoewel voor het derde lid van artikel 296 Sr een uitzondering zou moeten worden gemaakt. Het voorstel ligt duidelijk ook in lijn met de roep om decriminalisering die vooral op VN-niveau hoorbaar is. Voor het strafbaar stellen/houden van clandestiene praktijken van afbreking van zwangerschap bieden ook andere, algemene bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht mogelijkheden. Voorts blijven volgens het initiatiefvoorstel de bestaande kwaliteits- en zorgvuldigheidseisen voor het verrichten van abortus behouden, hoewel de Wkkgz daar niet de aangewezen plaats voor lijkt en bij het initiatiefwetsvoorstel ook anderszins de nodige kanttekeningen zijn te plaatsen.

Anderzijds stuit het schrappen van artikel 296 Sr op principiële en praktische bezwaren en is de discussie omtrent de strafbaarstelling van abortus niet nieuw. De huidige abortuswetgeving is het resultaat van een decennialange politieke discussie waarin een evenwicht is gevonden tussen zowel het belang van de vrouw als de bescherming van het ongeboren kind. De wetgever heeft abortus niet als 'normaal medisch handelen' beschouwd en de strafbaarstelling van abortus in artikel 296 Sr is telkens gehandhaafd om de bescherming van beide belangen te benadrukken. Bovendien geven beide wetsevaluaties geen aanleiding om abortus buiten het strafrecht te brengen. Integendeel, uit de evaluaties blijkt dat de huidige abortuswetgeving naar behoren functioneert en er sprake is van een zorgvuldige abortuszorg waarbij de strafbaarstelling de toegang tot die zorg niet belemmert. Een merendeel van de respondenten uit de evaluatieonderzoeken blijkt bovendien achter de huidige abortuswetgeving te staan. De strafbaarstelling van artikel 296 Sr is met name gericht op het onbevoegd, ondeskundig en/of zonder toestemming verrichten van abortus: in dat geval is er sprake van een ernstig misdrijf dat in ernst toeneemt indien de abortus zonder toestemming van de vrouw is verricht. De vrouw zelf kan nimmer strafrechtelijk vervolgd worden voor abortus en voor de bevoegde arts die abortus verricht in een Wafz-instelling is het strafrecht (reeds) op grote afstand geplaatst. Met de afschaffing van artikel 296 Sr zou ook de strafverzwarende omstandigheid van het ontbreken van toestemming van de vrouw (lid 3) en de bijzondere



strafuitsluitingsgrond van lid 5 komen te vervallen. Ook verzet het Verdrag van Istanboel zich tegen het afschaffen van het derde lid. Daarmee lijkt het afschaffen van artikel 296 Sr niet aangewezen. Dat betekent niet automatisch dat alles maar ‘bij het oude’ moet blijven en aanpassing niet aan te bevelen is. Om tegemoet te komen aan de wens om ten aanzien van de bevoegde abortusarts het strafrecht nog meer op afstand te plaatsen, zou artikel 296 lid 1 Sr gewijzigd kunnen worden. Daarmee blijft het bestaande, positief geëvalueerde systeem behouden en blijft de specifieke bepaling ten aanzien van clandestiene abortuspraktijken intact, maar verandert het uitgangspunt voor zwangerschapsafbreking door artsen in een Wafz-instelling van ‘strafbaar, tenzij’ naar het gewenste ‘rechtmatig, tenzij’.