



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De strafbaarstelling van abortus: tijden veranderen - is het strafrecht nog steeds de aangewezen plek voor zwangerschapsafbrekingen?

Noorloos, L.A. van; Dijkstra, R.I.; Faber, T.

Citation

Noorloos, L. A. van, Dijkstra, R. I., & Faber, T. (2024). De strafbaarstelling van abortus: tijden veranderen - is het strafrecht nog steeds de aangewezen plek voor zwangerschapsafbrekingen? *Delikt En Delinkwent*, 54(4), 271-289. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3763832>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3763832>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

DD 2024/21 Delikt en Delinkwent

De strafbaarstelling van abortus

Tijden veranderen - is het strafrecht nog steeds de aangewezen plek voor zwangerschapsafbrekingen?^[2]

L.A. van Noorloos, R.I. Dijkstra & T. Faber, datum 22-03-2024

Datum	22-03-2024
Auteur	L.A. van Noorloos, R.I. Dijkstra & T. Faber ^[1]
JCDI	JCDI:ADS950409:1
Vakgebied(en)	Strafrecht algemeen (V)

Zwangerschapsafbreking onder de levensvatbaarheidsgrens - door een ander dan de zwangere zelf - is in Nederland strafbaar, tenzij uitgevoerd door een arts in een vergunde instelling. In 2023 werd een initiatiefwetsvoorstel ingediend om abortus onder 24 weken niet langer als misdrijf te bestempelen. Internationale ontwikkelingen - zoals het terugdraaien van 'Roe v Wade' in de VS - roepen de vraag op of abortus in Nederland op een adequate manier is gereguleerd en welke rol het strafrecht daarbij zou moeten spelen. Dit vraagstuk wordt geanalyseerd door dieper in te gaan op de achtergrond en ratio van de strafbaarstelling, mede in het licht van het Europese en internationale mensenrechtenkader.

1. Inleiding

De juridische regulering van abortus in ons land is sinds een aantal jaar weer onderwerp van een maatschappelijke discussie.^[3] In Nederland kennen we geen grondwettelijk recht op abortus en is abortus strafbaar, tenzij aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. In 2022 startten het Humanistisch Verbond en BNN-VARA een burgerinitiatief om abortus uit het Wetboek van Strafrecht te halen.^[4] Ook het terugdraaien van het arrest *Roe v. Wade* door het Amerikaanse Hooggerechtshof op 24 juni 2022^[5] heeft binnen en buiten de Verenigde Staten geleid tot een ervaring van het maatschappelijke en juridische debat over abortus. In december 2023 diende toenmalig Tweede Kamerlid Ellemet van GroenLinks een initiatiefwetsvoorstel in om de abortusbepaling (art. 296 Wetboek van Strafrecht) te schrappen.^[6] Zwangerschapsafbreking (door een ander dan de zwangere^[7] zelf) onder de levensvatbaarheidsgrens (24 weken^[8]) in Nederland is strafbaar op grond van art. 296 van het Wetboek van Strafrecht,^[9] ongeacht of de zwangere daar zelf mee instemt. Op grond van art. 296 lid 5 Sr is een dergelijke zwangerschapsafbreking niet strafbaar indien de behandeling is verricht door een arts in een ziekenhuis of kliniek met een vergunning op grond van de Wet afbreking zwangerschap (hierna Wafz; art. 2). Voorts bevat de Wafz strikte zorgvuldigheidseisen om te zorgen dat zwangerschapsafbreking slechts wordt uitgevoerd 'indien de noodsituatie van de vrouw deze onontkoombaar maakt' (art. 5 lid 1 Wafz). Wordt een abortus verricht na het moment dat de foetus levensvatbaar is, dan zijn zowel de behandelaar als de zwangere strafbaar onder de commune strafwetgeving over (kinder)moord en (kinder)doodslag (zie art. 82a Sr).^[10] De focus in dit artikel ligt op abortus zoals strafbaar gesteld in art. 296 Sr.

Terwijl in de Nederlandse abortuspraktijk de autonomie van de zwangere (in lijn met de maatschappelijke acceptatie van abortus) steeds meer op de voorgrond is getreden, gaat het wettelijk systeem nog grotendeels uit van het primaat van de bescherming van het 'ongeboren leven'. Dit moet als uitdrukkelijk rechtsbelang worden afgewogen tegen de gezondheid van en hulpverlening aan de zwangere. Dit volgt uit de parlementaire geschiedenis en komt tevens terug in wetsevaluaties en (spaarzame) strafrechtelijke literatuur. Wel is de

wetgeving recent in enkele belangrijke opzichten veranderd. De verplichte bedenktijd van 5 dagen voor een abortus is per 1 januari 2023 afgeschaft.^[11] Bovendien zal ook de huisarts in de toekomst de zogenaamde 'abortuspil' (mogelijk tot 9 weken zwangerschap) mogen verstrekken, terwijl dat voorheen slechts door vergunde abortusklinieken en ziekenhuizen mocht worden gedaan.^[12]

Deze wijzigingen laten onverlet dat abortus anno 2024 mede via het strafrecht wordt gereguleerd, al is er slechts sprake van strafbaarheid als niet aan de voorwaarden van het vijfde lid van art. 296 wordt voldaan. Sommige critici wijzen erop dat abortus hiermee, anders dan de meeste andere medische kwesties, als misdrijf wordt gelabeld; vandaar de recente maatschappelijke discussie. De gedachte van deze critici is dat abortus beter juridisch kan worden ingekleed als een gewone medische behandeling met alle toepasselijke zorgvuldigheidseisen. Dit zou volgens hen ook kunnen helpen om het onderwerp uit de taboesfeer te halen. De vraag die daarbij tevens rijst, is of de Nederlandse wetgeving de zwangere wel voldoende waarborgen tegen misbruik biedt, met name in een tijdperk waarin de anti-abortusbeweging ook in Nederland steeds meer van zich laat horen. Denk bijvoorbeeld aan anti-abortusdemonstranten bij klinieken en de jaarlijkse 'Week van het Leven'. Bovendien is de anti-abortusbeweging niet alleen in de VS aan een opmars bezig, maar ook dichterbij in bijvoorbeeld Polen.

De mogelijke inzet van het strafrecht behoeft een overtuigende legitimatie, zeker nu daarmee indirect een verregaande inbreuk op het recht op bescherming van het privéleven van de zwangere kan worden gemaakt. Opvallend is dat in de strafrechtelijke literatuur weinig aandacht is voor dit onderwerp.^[13] Die lacune proberen wij op te vullen.

Wij gaan in deze bijdrage in op de vraag of de huidige rol voor het strafrecht bij de regulering van abortus nog te rechtvaardigen is. Na een korte schets van de hedendaagse maatschappelijke context beschouwen wij het huidige wettelijke kader rondom abortus in Nederland. Vervolgens bespreken wij het Europese en internationale mensenrechtenkader rondom abortus. Tot slot bouwen we de discussie verder uit door diverse kritische aspecten van de huidige strafrechtelijke regulering tegen het licht te houden, waaronder de kwestie van mogelijke alternatieven.

2. Abortus in Nederland en wereldwijd: korte achtergrondsheets

Abortuscijfers wereldwijd schetsen een verontrustend beeld van de gezondheidsimpact die het gebrek aan legale abortusmogelijkheden heeft op vrouwen. Er worden naar schatting jaarlijks ongeveer 73 miljoen abortussen uitgevoerd, waarvan 45% op een onveilige manier.^[14] In ontwikkelingsregio's overlijden 220 op de 100.000 vrouwen aan onveilige abortussen en moeten jaarlijks ongeveer 7 miljoen vrouwen vanwege een onveilige abortus worden opgenomen in het ziekenhuis.^[15]

Ook in landen waar abortus is gelegaliseerd, betekent dit niet dat er een onbetwistbaar recht op abortus bestaat. In de Verenigde Staten werd het grondwettelijke recht op abortus vanaf *Roe v. Wade* in 1973 ingelezen in het recht op privacy, waardoor te restrictieve wetgeving als ongrondwettelijk werd beschouwd.^[16] Bijna 50 jaar later gooide het Hooggerechtshof het over een andere boeg. Het Hof oordeelde in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* dat er geen grondwettelijk recht op abortus bestaat en dat staten weer zelf mogen bepalen of abortus strafbaar is.^[17] In het overgrote deel van de Europese landen (41 landen) is abortus gelegaliseerd zonder dat de zwangere verplicht is daarvoor een specifieke reden of rechtvaardiging op te geven.^[18] Legale abortus is meestal mogelijk in de eerste drie maanden van de zwangerschap en soms tot 18-24 weken, met de mogelijkheid om in specifieke omstandigheden een latere abortus te ondergaan, zoals bij gezondheids- of levensgevaar van de zwangere.^[19]

Het abortuscijfer in Nederland (aantal abortussen per 1000 vrouwen in de leeftijd 15-45) was in 2022 9,9.^[20] Dat is een stijging ten opzichte van eerdere jaren: zo was het abortuscijfer in 2021 8,7 en in 2020 8,9.^[21] Hoe dan ook is het Nederlandse abortuscijfer relatief laag: het abortuscijfer wereldwijd ligt rond de 39.^[22] Abortus kan in Nederland plaatsvinden op medicamenteuze wijze door het innemen van 'abortuspillen' (tot 9 weken), door middel van zuigcurettage (tot 12 weken) of door behandeling met medische instrumenten.^[23] De morning afterpil en de zogenoemde morning afterspiraal vallen niet onder de abortuswetgeving.

3. De Nederlandse abortuswetgeving: wettelijk kader en ratio

3.1 Wettelijk kader: art. 296 Sr en de Wet Afbreking Zwangerschap

Zwangerschapsafbreking (door een ander dan de zwangere zelf^[24]) - althans: het geven van een behandeling terwijl men weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daardoor zwangerschap kan worden afgebroken - is in Nederland strafbaar op grond van art. 296 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht.^[25] Het basisdelict in art. 296 lid 1 Sr kan worden bestraft met ten hoogste vier jaar en zes maanden gevangenisstraf of een geldboete van de vierde categorie.^[26] Een abortus is niet strafbaar als deze is verricht door een arts in een vergunde kliniek of ziekenhuisafdeling (art. 296 lid 5 Sr jo. art. 2 Wafz). Wanneer de ingreep niet in een vergunde kliniek plaatsvindt maar wel door een arts - denk aan de situatie waarbij een arts in het kader van een andersoortige medische behandeling een zwangerschap ontdekt en afbreking om somatische redenen onvermijdelijk is - is eventueel een beroep op art. 40 Sr mogelijk (overmacht in de zin van noodtoestand).^[27]

Een zwangerschapsafbreking als bedoeld in art. 296 Sr en de Wafz kan in Nederland in beginsel tot 24 weken zwangerschap plaatsvinden.^[28] Vanaf het moment dat verwacht mag worden dat de vrucht in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven (een grens die momenteel blijkens de OM-Aanwijzing late zwangerschapsafbreking op 24 weken wordt gelegd^[29]), valt het doden van een vrucht onder de commune strafwetgeving over (kinder)moord en (kinder)doodslag (zie art. 82a Sr).^[30] De Wafz en art. 296 Sr zijn dan niet langer van toepassing. Niet alleen de behandelaar, maar ook de zwangere zelf is vanaf dat moment strafbaar. Een late zwangerschapsafbreking (na 24 weken) kan in uitzonderingsgevallen straffeloos blijven in het licht van de rechtvaardigingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand, zo blijkt uit de OM-Aanwijzing. Dit kan spelen wanneer de ongeborene een aandoening heeft die tot ernstige en niet te herstellen functiestoornissen leidt of wanneer voor de ongeborene naar redelijke verwachting een *beperkte* kans op overleven bestaat.^[31] De genoemde 24-wekengrens staat echter niet in de wet zelf, maar kan worden afgeleid uit de OM-Aanwijzing en werd in de Memorie van Toelichting in 1979 reeds genoemd.^[32] Technologische ontwikkelingen zorgen ervoor dat die levensvatbaarheidsgrens feitelijk steeds vroeger komt te liggen, terwijl de wet de precieze grens open laat.

De Wafz en het Besluit Afbreking Zwangerschap^[33] stellen nadere eisen aan de hulpverlening en besluitvorming bij zwangerschapsafbrekingen, opdat 'iedere beslissing tot het afbreken van zwangerschap met zorgvuldigheid wordt genomen en alleen dan uitgevoerd, indien de noodsituatie van de vrouw deze onontkoombaar maakt' (art. 5 lid 1 Wafz). De arts dient onder meer voorlichting te geven over alternatieve oplossingen en zich ervan te vergewissen 'dat de vrouw haar verzoek heeft gedaan en gehandhaafd in vrijwilligheid, na zorgvuldige overweging en in het besef van haar verantwoordelijkheid voor ongeboren leven en van de gevolgen voor haarzelf en de haren' (art. 5 lid 2 onder a en b Wafz). Deze zorgvuldigheidseisen worden *niet* gehandhaafd via art. 296 Sr, omdat de wetgever het niet mogelijk achtte een algemene handhaafbare normstelling te formuleren gezien de uiteenlopende situaties die denkbaar zijn.^[34] De arts in een vergunde kliniek is dus niet strafbaar voor het uitvoeren van een abortus waarbij de onontkoombare noodsituatie of de zorgvuldige besluitvorming niet is gebleken (en de zwangere zelf is uiteraard ook niet strafbaar voor het ondergaan van een dergelijke behandeling): de bedoeling van de Wafz is om dergelijke zorgvuldigheidseisen te waarborgen via het vergunningensysteem.

Naast voornoemde eisen, moet sprake zijn van een vergunde kliniek of ziekenhuisafdeling. Een vergunning voor een kliniek kan worden verleend door de Minister van Volksgezondheid, indien aannemelijk is gemaakt dat aan de zorgvuldigheids- en beheerseisen in de Wafz zal worden voldaan (art. 4 lid 3 Wafz). De vergunning geldt voor onbepaalde tijd. De Minister kan de vergunning intrekken, onder meer indien de Wafz-voorschriften of de vergunningsvoorschriften zijn overtreden (art. 8 Wafz). Hangende het onderzoek hiernaar kan de Minister bevelen dat de behandelingen worden gestaakt (art. 10 lid 1).

Tot slot bevat de Wafz (art. 15-18) een aantal overtredingen die worden bedreigd met geldboetes, gericht op

handhaving van enkele specifieke regels in die wet. Dit betreft onder meer de strafbaarheid van een ziekenhuis of kliniek zelf (naast de behandelaar zelf) wanneer die zonder vergunning handelt (art. 17) en strafbaarheid van de arts c.q. geneesheer-directeur voor het niet voldoen aan registratie- en informatieverplichtingen (art. 18).

3.2 Wetsgeschiedenis en ratio

Het huidige art. 296 Sr en de Wafz zijn tot stand gekomen in 1984 en kwamen voort uit een compromis tussen CDA en VVD in het Regeerakkoord van 1977. In die periode waren de maatschappelijke opvattingen over abortus, de waarde van het ongeboren leven en de rol van de vrouw al langere tijd aan het schuiven en vond ook internationaal een ontwikkeling richting herziening van de abortuswetgeving plaats. Tot die tijd was in Nederland niet alleen de hulpverlener, maar ook de zwangere zelf strafbaar bij een abortus. In de jaren '70 vond echter een liberalisering plaats in de praktijk, waarbij de exceptie voor abortus ingeval van nood ruimer werd geïnterpreteerd en abortus op steeds grotere schaal in speciale klinieken kon plaatsvinden. Vanuit de vrouwenbeweging werd de voorgestelde wetgeving in 1979 dan ook als een stap terug gezien ten opzichte van de gegroeide praktijk;^[35] ook sommige rechtswetenschappers zoals Langemeijer vonden het compromisvoorstel slechter dan de bestaande praktijk.^[36] Verschillende wetsvoorstellen passeerden de revue, ook voorstellen waarin abortus door artsen in het geheel werd gedecriminaliseerd; dat laatste haalde echter geen meerderheid.^[37] In de uiteindelijk aangenomen wet lag de nadruk op het bestaan van een noodsituatie, bedenktijd en het aandragen van alternatieven voor abortus. Deze aspecten werden door de vrouwenbeweging als te beperkend beschouwd en dit leidde op 30 maart 1981 in het hele land tot een vrouwenstaking door de actiegroep 'Wij Vrouwen Eisen' onder het mom 'beter geen wet dan een slechte wet'.^[38] Ondanks de protesten werd de voorgestelde wet in 1984 werkelijkheid. En terwijl de maatschappelijke opvattingen sindsdien verder zijn opgeschoven, is de wetgeving tot 2022 grotendeels intact gebleven.

De parlementaire stukken van 1979-1981 over de Wafz geven duidelijk weer hoe gevoelig de abortuskwestie lag, waarbij de wetgever een balans trachtte te vinden tussen verschuivende waarden en belangen. Aan de Wafz ligt de precaire balans ten grondslag waarbij volgens de wetgever enerzijds het ongeboren leven bescherming verdient, en er anderzijds ruimte moet zijn voor hulpverlening aan de vrouw die zich in een noodsituatie bevindt: hierin schuilt de ratio voor het wettelijk systeem.^[39] Bij de totstandkoming van de Wafz werd uitgebreid stilgestaan bij de noodsituatie die een vrouw ertoe zou doen besluiten om een abortus te ondergaan. Wat precies onder een noodsituatie zou vallen, werd niet gespecificeerd als algemene normstelling of nader omschreven, met name gezien de vele mogelijke situaties.^[40] Derhalve kon de zorgvuldigheid bij de besluitvorming niet worden afgedwongen en gehandhaafd door het Wetboek van Strafrecht. In plaats daarvan werd de nadruk gelegd op de procedure, namelijk het systeem van vergunde klinieken, die zorgvuldige besluitvorming zouden waarborgen en ook hoogstaande medische zorg zonder commercieel oogmerk zouden leveren.^[41] De nadruk op procedureregels in plaats van materiële normen maakte het destijds mogelijk om meningsverschillen over abortus opzij te zetten en tot een compromis te komen.^[42]

De huidige Nederlandse abortuswetgeving is dus allerm minst een volmondig 'pro-choice-instrument' en veeleer een afweging tussen de bescherming van het ongeboren leven en de gezondheid en hulpverlening aan de zwangere ingeval van een ongewenste zwangerschap. De wetgever heeft vanwege het belang van de bescherming van het ongeboren leven bewust gekozen voor de strafbaarstelling als misdrijf in art. 296 Sr: een overtreding in de Wafz zelf werd daartoe niet voldoende geacht.^[43] In feite is de ratio achter deze strafbaarstelling dan ook de bescherming van het ongeboren leven. Ook in wetsevaluaties van de Wafz (2005 en 2020) wordt de afweging tussen de bescherming van het ongeboren leven en de hulpverlening aan de zwangere steeds tot uitgangspunt genomen, aangezien de evaluaties de huidige praktijk beoordelen in het licht van onder meer de ontstaansgeschiedenis en de bedoeling van de wetgever.^[44] De tweede wetsevaluatie uit 2020 concludeerde dat de abortuswetgeving in algemene zin goed functioneert en dat er geen reden is om het wettelijk systeem als zodanig ter discussie te stellen, al was de evaluatie kritisch over een aantal aspecten van de regeling. In de evaluatie werd geconcludeerd dat het begrip 'noodsituatie' geen concretisering behoeft, omdat hulpverleners al maatwerk bieden bij het ondersteunen van zwangeren in hun keuze. Wel volgden uit deze evaluatie een aantal kritiekpunten en aanbevelingen.

Een specifiek punt van zorg is dat de reikwijdte van art. 296 Sr onduidelijk is: het volgt niet duidelijk uit de wet wanneer een zwangerschap begint en dus of de strafbepaling van toepassing is in de overtijdperiode (t/m 16 dagen overtijd oftewel een amenorroeduur van 6 weken en 2 dagen).^[45] Dit vormde met name een probleem toen de huisarts zelf nog niet bevoegd was om medicamenteuze abortus uit te voeren.

Een andere bron van rechtsonzekerheid speelt bij de levensvatbaarheidsgrens van de foetus: doordat deze medisch gezien steeds vroeger komt te liggen, is onduidelijk welke behandeling nog strafrechtelijk toelaatbaar is en zou abortus potentieel steeds verder kunnen worden gecriminaliseerd. Vanaf de levensvatbaarheidsgrens wordt zwangerschapsafbreking immers wettelijk beschouwd als moord of doodslag en is ook de zwangere zelf strafbaar. In de evaluatie werd dan ook aanbevolen om de juridische grens van abortus niet te koppelen aan de medische levensvatbaarheidsgrens, maar in plaats daarvan een specifieke termijn (bijvoorbeeld 24 weken) in de wet zelf op te nemen. Tot slot bevatte de evaluatie de aanbeveling om kritisch naar de beraadtermijn te kijken.

3.3 Recente wetswijzigingen

De gezochte balans in de Wafz, met bijzondere aandacht voor zorgvuldige en vrijwillige besluitvorming ter bescherming van het ongeboren leven, resulteerde onder andere in een vaste beraadtermijn.^[46] De verplichte bedenktijd is als gevolg van een initiatiefwetsvoorstel nu afgeschaft: vanaf 1 januari 2023 zal de zwangere in overleg met de arts de bedenktijd bepalen.^[47] In de parlementaire debatten is te zien dat de autonomie van de zwangere hierbij een belangrijke overweging is geweest.^[48] Wel wordt benadrukt dat professionele ondersteuning, door artsen, ertoe doet, en dat het de arts vrij staat samen met de zwangere een beraadtermijn af te spreken als dat passend lijkt.^[49]

Ook is op 6 december 2022 een initiatiefwetsvoorstel aangenomen waardoor in de toekomst de huisarts een medicamenteuze zwangerschapsafbreking kan uitvoeren. Dit gebeurt door de zogenaamde abortuspil te verstrekken (momenteel geregistreerd tot 9 weken zwangerschap). Deze nieuwe gang van zaken moet toegankelijker en drempelverlagend zijn en meer keuzevrijheid bieden, vanwege de nabijheid van de huisarts.^[50] Bovendien beoogt de wetswijziging de zorg te verbeteren door te voorkomen dat zwangeren een ingreep onnodig uitstellen en later alsnog een instrumentele abortus moeten ondergaan.^[51] Dit is een ontwikkeling die in de jaren '80 niet kon worden meegenomen in de parlementaire discussies, omdat medicamenteuze abortus toen nog niet mogelijk was. De zorgverlening door de huisarts moet voldoen aan diverse zorgvuldigheids- en verslagleggingseisen.^[52]

4. De Nederlandse abortuswetgeving in het licht van mensenrechten

4.1 Het EVRM-kader

Hoewel kwesties met betrekking tot abortus kunnen raken aan verschillende fundamentele rechten, bevat het EVRM geen expliciet recht op abortus.^[53] Het uit art. 8 EVRM voortvloeiende recht op privéleven omvat echter wel de beslissing om al dan niet zwanger te worden of te blijven. Regelgeving die de toegang tot abortus beperkt vormt daarom in beginsel een inbreuk op art. 8 EVRM.^[54] Of die inbreuk gerechtvaardigd is, moet in het kader van de beperkingssystematiek van het tweede lid van art. 8 EVRM worden afgewogen tegen de rechten die namens de ongeborene worden geclaimd.^[55] De ongeboren vrucht komt bescherming toe, maar heeft geen zelfstandig recht op leven onder art. 2 EVRM. Het recht op leven - en in het verlengde daarvan de verplichting om het menselijk leven te beschermen - vangt aan vanaf de geboorte.^[56] Het is evenwel niet uitgesloten dat verdragsstaten de ongeborene bescherming toekennen onder art. 2 EVRM (al dan niet resulterend in restrictievere abortuswetgeving). Aangezien er geen consensus bestaat over de wetenschappelijke en juridische definities van het begin van het leven komt de verdragsstaten op dit gebied een grote *margin of appreciation* toe.^[57]

Illustratief voor de benadering van het EHRM is de zaak *A, B en C/Ierland*,^[58] die betrekking had op de (toentertijd zeer strenge) Ierse abortuswetgeving.^[59] Zowel de zwangere die de abortus onderging, als degenen die daarbij assisteerden waren strafbaar.^[60] Bovendien was in de grondwet opgenomen dat het recht op leven van de ongeboren foetus gelijkwaardig was aan het recht op leven van de moeder.^[61] Abortus was slechts toegestaan wanneer sprake was van gevaar voor het leven van de zwangere en dit gevaar alleen weg kon worden genomen door afbreking van de zwangerschap.^[62] Vanwege deze strenge abortuswetgeving reisden de drie klagsters in deze zaak (A., B. en C.) naar Engeland om daar een abortus te ondergaan.

Het hof erkende in deze zaak dat de beperking van de toegang tot abortus een inbreuk op art. 8 EVRM oplevert, maar was van oordeel dat die inbreuk op grond van het tweede lid van art. 8 EVRM was toegestaan. Daarbij achtte het Hof van belang dat het voor klagsters niet verboden was om naar het buitenland te reizen om een abortus te ondergaan, terwijl zij ook toegang hadden tot informatie over die diensten en voldoende medische zorg ontvingen.^[63] Het gaat er uiteindelijk om dat de inbreuk op art. 8 EVRM proportioneel is in het licht van de conflicterende belangen. Een algeheel verbod op abortus, zonder uitzonderingen, zal daarom waarschijnlijk niet door de beugel kunnen. Toch biedt deze benadering wel ruimte voor de (zeer) restrictieve abortusregeling, zoals die in Ierland gold.

Wel heeft het EHRM geoordeeld dat wanneer op grond van het nationale recht abortus (al dan niet onder bepaalde voorwaarden) is toegestaan, de nationale wetgeving moet voorzien in een doeltreffende en met voldoende rechtswaarborgen omkleedde procedure om aanspraak op dat recht te kunnen maken.^[64] Er kan daarbij een *chilling effect* uitgaan van de strafbaarstelling van abortus. Een arts (en/of zwangere) zal immers minder snel geneigd zijn om een abortusbehandeling uit te (laten) voeren als zij weten dat een verkeerde inschatting met betrekking tot de legaliteit van die behandeling kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het EHRM is in dit licht van oordeel dat de regelgeving met betrekking tot abortus zodanig moet zijn geformuleerd dat dit effect wordt verminderd.^[65] In ernstige gevallen kan het ontbreken, bemoeilijken of onthouden van medische zorg, ook als het abortus betreft, binnen de reikwijdte van art. 3 EVRM vallen.^[66]

Uit het voorgaande volgt dat het EVRM zich waarschijnlijk niet verzet tegen de strafbaarstelling van art. 296 Sr. De belangenafweging die ten grondslag ligt aan de huidige Nederlandse wetgeving, staat ook centraal in het oordeel van het EHRM. Daarbij moet wel voor ogen worden gehouden dat, zoals gezegd, uit art. 2 EVRM geen recht op leven voor de ongeborene voortvloeit. Het EVRM verplicht dus niet tot een min of meer restrictieve aanpak. Anders gezegd: op grond van art. 2 EVRM kan niet zonder meer opgekomen worden tegen een soepele abortusregeling. Andersom moet een restrictieve aanpak wel afgewogen worden tegen het recht op privéleven van de zwangere.

4.2 Andere mensenrechtelijke ontwikkelingen

Het oordeel van het EHRM in *A, B en C t. Ierland* dateert alweer uit 2010.^[67] In die zaak wijst het EHRM al op een zekere consensus die binnen Europa op het gebied van abortuswetgeving lijkt te bestaan, waarbij de afweging doorgaans uitvalt in een minder restrictieve regeling. Die Europese consensus lijkt ook het afgelopen decennium sterker te zijn geworden, met steeds meer verdragsstaten waar de toegang tot abortus ruimhartiger is geworden.^[68] In het verlengde van die Europese consensus kan ook worden gewezen op de resolutie die het Europees Parlement in 2022 heeft aangenomen, waarin wordt voorgesteld het recht op veilige en legale abortus in het Handvest voor de Grondrechten op te nemen en waarin bij lidstaten erop wordt aangedrongen om abortus te decriminaliseren.^[69]

Ook op internationaal mensenrechtelijk vlak is een soortgelijke ontwikkeling te zien.^[70] Het VN-Mensenrechtencomité is van oordeel dat staten zowel belemmeringen moeten wegnemen die de toegang tot veilige en legale abortus bemoeilijken als dat zij zich moeten onthouden van het opwerpen van nieuwe barrières.^[71] Alhoewel regulering van abortus is toegelaten, mag die regulering niet leiden tot een schending van het recht op leven van de zwangere (vastgelegd in art. 6 IVBPR).^[72] Daarnaast kan het uitdragen van de zwangerschap substantieel geestelijk of mentaal lijden tot gevolg hebben (als bedoeld in art. 7 IVBPR), bijvoorbeeld als de zwangerschap het gevolg is van verkrachting of incest. Wanneer het leven of de

gezondheid van de zwangere in het geding is, dient de toegang tot abortus daarom veilig, legaal en effectief te zijn. Ook in andere gevallen moeten staten terughoudend zijn met restricties: zij hebben de verplichting om te voorkomen dat de zwangere toevlucht moet nemen tot onveilige abortus, onder meer in verband met de gezondheidsrisico's die hieraan verbonden zijn. [73] In dat kader dienen staten zich ook te onthouden van criminalisering van zwangeren die abortus ondergaan én de medische professionals die hen daarbij assisteren.[74]

Het VN-comité voor economische, sociale en culturele rechten heeft zich in vergelijkbare zin uitgelaten over de verplichtingen die voortvloeien uit het in art. 12 IVESCR opgenomen recht op gezondheid.[75] Staten dienen te zorgen voor toegang tot veilige abortuszorg en dienen zich te onthouden van maatregelen die de realisatie van het recht op seksuele en reproductieve gezondheid belemmeren, zoals criminalisering van abortus.[76] Ook volgens de Speciaal Rapporteur voor het recht op gezondheid zijn wetten die abortus criminaliseren ontoelaatbare belemmeringen, die weggenomen moeten worden.[77]

Ook de Commissie voor de uitbanning van discriminatie van vrouwen (hierna: CEDAW) is van oordeel dat staten abortus dienen te decriminaliseren. Van strafbaarstelling gaat volgens CEDAW geen generale preventieve werking uit; het leidt daarentegen juist tot meer illegale en onveilige abortuspraktijken en heeft een stigmatiserend effect. Er wordt daarmee afbreuk gedaan aan het recht op zelfbeschikking en persoonlijke autonomie van de zwangere.[78]

Uit het voorgaande volgt dat op de verdragsstaten de verplichting rust om in bepaalde gevallen de toegang tot (veilige) abortus te garanderen.[79] De oproep tot decriminalisering moet ook in dat licht gezien worden en lijkt vooral gericht te zijn tot die staten waar abortus in het geheel gecriminaliseerd is of waar slechts bij (hoge) uitzondering abortus mogelijk is. Toch is het ook van belang voor staten waarin de toegang tot abortus ruimhartiger is - zoals Nederland. Er lijkt een consensus te ontstaan over het feit dat abortus niet in het strafrecht thuishoort. Wetten die abortus criminaliseren - hoe ruimhartig of procedureel correct ze ook zijn - zijn uiteindelijk dysfunctioneel en stigmatiserend en kunnen daarmee de toegang tot veilige abortus belemmeren.[80]

5. Discussie

5.1. Veranderende waardenafweging en legitimiteit

We zagen in het voorgaande dat de criminalisering van abortus als misdrijf in art. 296 Sr in het leven is geroepen om het ongeboren leven te beschermen. Juist om die reden achtte de wetgever handhaving via overtredingen in de Wafz zelf niet voldoende. Ten tijde van de totstandkoming van het wettelijk kader in 1984 was hier al discussie over - zeker vanwege de criminalisering van artsen. In het huidige tijdsgewricht is de discussie weer opgelaaid. We zien dan ook een ontwikkeling waarbij de autonomie van de vrouw meer op de voorgrond is komen te staan ten opzichte van de bescherming van het ongeboren leven. Bovendien lijkt de waardenafweging in maatschappelijk opzicht anders te worden ingevuld. De maatschappelijke acceptatie van abortus in Nederland is tussen 1981 en 2017-18 flink toegenomen, zoals blijkt uit de *European Values Study*.^[81] De veranderende waardenafweging kan ook worden afgeleid uit de twee initiatiefwetsvoorstellen die zijn aangenomen. De parlementaire discussies over de beraadtermijn en de abortuspil laten wel zien dat relatief meer nadruk is komen te liggen op de autonomie en keuzevrijheid van de zwangere ten opzichte van het standpunt van de wetgever in de jaren '70-'80. Desalniettemin laten beide wetswijzigingen expliciet het wettelijk systeem - gelardeerd met de strafbaarstelling van art. 296 Sr en de overige zorgvuldigheidseisen in de Wafz - als zodanig intact.^[82] De Bree beargumenteerde reeds met betrekking tot het afschaffen van de beraadtermijn dat 'de afweging die bij de ontwikkeling van de Wafz is gemaakt tussen de autonomie van de vrouw en de bescherming van de foetus niet langer past bij de hedendaagse juridische en maatschappelijke visie op ongeboren leven en autonomie'.^[83] Dit argument onderschrijven wij en dit dient ook te worden betrokken op de keuze voor strafrechtelijke handhaving als misdrijf, die expliciet bedoeld is om het ongeboren leven te beschermen. De vraag die de wetgever zich zou moeten stellen, is of het bestaan van het misdrijf van

art. 296 Sr in zijn huidige vorm - gezien de ratio en totstandkoming - nog voldoende kan worden gelegitimeerd.

Zonder een volledig beeld te kunnen geven van de argumenten die in de ethische discussie over abortus naar voren zijn gebracht, willen wij hierover het volgende opmerken. Onzes inziens legt de bescherming van de foetus - tenminste onder de 24 weken - onvoldoende gewicht in de schaal tegenover de rechten en belangen van de zwangere om de inzet van het strafrecht te legitimeren. Allereerst is hierbij de vraag of de ongeborene zelf een morele status heeft die relevant is in juridische zin. Rechtstheoretici hebben zich over deze vraag reeds lang het hoofd gebroken.^[84] Hoewel er in het Nederlandse gezondheidsrecht discussie is over de vraag of een foetus boven de 24 weken als 'rechtssubject' moet worden beschouwd, wordt ervan uitgegaan dat dat onder de 24 weken in elk geval nog niet het geval is: het recht gaat uit van toenemende beschermwaardigheid, zoals de abortuswetgeving zelf al laat zien.^[85] Wel wordt in het recht op diverse manieren rekening gehouden met de belangen van het toekomstige kind, en is er discussie over de vraag of dat ook onder de 24 weken al zou moeten kunnen - denk aan gedwongen opname van verslaafde zwangeren en foetale therapie (al zijn deze discussies niet vrij van controverse).^[86] In de literatuur is echter onderscheid gemaakt tussen enerzijds de situatie van een *toekomstig* kind waarvan de zwangere (al dan niet samen met haar omgeving) heeft besloten dat het geboren zal worden, waarbij dergelijke maatregelen de foetus beschermen tegen ernstige handicaps. Anderzijds is er de situatie waarin een zwangere beslist dat het kind überhaupt niet ter wereld zal komen en zij abortus zal ondergaan.^[87] Met andere woorden: eventuele beschermingsmaatregelen van de foetus als toekomstig kind laten de toelaatbaarheid van abortus onverlet.

Ten tweede, als men al een zelfstandige morele status aan de foetus toekent, dan zal deze zwakker dienen te zijn naarmate de foetus minder ver ontwikkeld is.^[88] Vandaar dat in Nederland ook het principe van de toenemende beschermwaardigheid geldt met onder meer het omslagpunt bij de levensvatbaarheidsgrens. Bovendien hebben critici er op gewezen dat het bezwaarlijk is, zeker in de vroegere ontwikkelingsfasen, om de foetus (waarover de zwangere nog geen beslissing heeft genomen) als aparte entiteit los van de zwangere zelf te beschouwen. Het kan problematisch zijn diens (al dan niet bestaande) belangen te abstraheren van de belangen van de zwangere en daartegenover te stellen.^[89] Zeker als dat betekent dat de autoriteiten de ongeborene tegen de wil van de zwangere kunnen beschermen met middelen als het strafrecht.

Aan de andere kant van de medaille stuiten we op de vraag welke rechten of belangen van de zwangere in het geding zijn bij abortus en of deze eventuele belangen van de ongeborene (*if any*) zouden kunnen overtroeven. Vaak komt hierbij het recht op zelfbeschikking naar voren. Zo heeft de Hoge Raad in het civielrechtelijke *Baby Kelly*-arrest bepaald: 'In onze rechtsorde is het recht van de moeder tot afbreking van haar zwangerschap (...) binnen zekere grenzen erkend (...) Die erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking.'^[90] Zoals Feinberg echter betoogt, kunnen we zelfbeschikking in dit verband beter niet simpelweg opvatten in de zin van eigendom van de vrouw over haar lichaam - inclusief de foetus - waarmee ze kan doen wat ze wil, in gelijke mate als met bijvoorbeeld een nier: dat zou een wat te magere onderbouwing zijn.^[91] Dat sluit bovendien in het geheel niet aan bij hoe zwangeren zelf de foetus beschouwen in relatie tot een mogelijke abortus: zij nemen de beslissing voor het al dan niet houden van een kind met het oog op de toekomstige relatie met het nog ongeboren kind - wat is het beste voor beiden en voor de omgeving? Zullen ze voor het kind kunnen zorgen (nu en later), en hoe kan het kind worden geïntegreerd in hun leven en dat van anderen (partner en eventuele andere kinderen)?^[92]

Het gaat veeleer om *autonomie*, waarbij niet alleen lichamelijke integriteit een rol speelt (in de zin van de verregaande lichamelijke en ook psychische consequenties van het voldragen van een zwangerschap), maar ook autonomie in bredere zin. Zoals Mackenzie het omschrijft, 'the right of an autonomous moral agent to be able to make a decision about whether she wishes to take responsibility for the future well-being of a being dependent upon her.'^[93] Zij beargumenteert dan ook dat de mogelijkheid van abortus essentieel is voor de autonomie van de vrouw met betrekking tot haar leven als geheel, niet alleen haar lichaam. Daarbij spelen bovendien gelijkheidsargumenten een rol: vrouwen die een ongewenste zwangerschap willen afbreken maar dat niet kunnen, zullen uiteindelijk de consequenties daarvan in veel heviger mate ervaren dan vaders. Zij zullen niet alleen de zwangerschap moeten voldragen, maar ook de druk ervaren van een maatschappij die de verantwoordelijkheid voor het grootbrengen van kinderen nog vaak grotendeels op het conto van moeders schuift.^[94]

Dit alles leidt er onzes inziens toe dat een overtuigende legitimatie voor de staat ontbreekt om op te treden

tegen een door de zwangere gewenste abortus, tenminste onder de 24 weken. De legitimatie om het *strafrecht* - zeker in de vorm van een misdrijf - tegen abortus in stelling te brengen is des te problematischer, gezien de verregaande aard van dit middel en het daarmee samenhangende ultimatum remedium-principe.

Een ander rechtsbelang dat naar voren komt bij de abortuswetgeving is dat de gezondheid van de zwangere beschermd dient te worden tegen malafide praktijken en dat daarom een zekere regulering nodig zou zijn. Dit argument overtuigt echter niet om abortus op een andere manier te reguleren dan andere medische behandelingen, waarbij het gezondheidsbelang van de zwangere in uitzonderingsgevallen strafrechtelijk beschermd kan worden via art. 302 jo. 82 Sr en art. 96 Wet BIG (zie par. 5.3). Bovendien: het optreden van charlatans bij abortus komt (in andere landen) juist voort uit een gebrek aan legale abortusmogelijkheden.

Al zijn er nauwelijks zaken bekend waarin daadwerkelijk iemand werd vervolgd wegens zwangerschapsafbreking in de zin van art. 296 Sr,^[95] door de plaatsing van abortus in het Wetboek van Strafrecht wordt wel degelijk een signaal afgegeven. Het betreft een misdrijf, en dat misdrijf is er gekomen om het ongeboren leven te beschermen of de zwangere daar nu zelf voor kiest of niet - dus ten koste van haar autonomie. Door de regulering in de Wafz met zijn streng geformuleerde zorgvuldigheidseisen wordt het signaal dat abortus in beginsel niet acceptabel is, nog eens versterkt. Deze signaalwerking vormt onzes inziens een additionele reden om de strafbaarstelling van art. 296 Sr te heroverwegen.

5.2 Alternatieven voor strafbaarstelling van de arts

Ondanks het feit dat artsen middels de Wafz zijn gevrijwaard van strafbaarheid wanneer ze de behandeling uitvoeren in een vergunde kliniek of ziekenhuis blijft staan dat ook zij in beginsel onder de strafbepaling kunnen vallen. Dit aspect zorgde reeds in de jaren '70-'80 voor veel discussies. Bovendien is in de literatuur betoogd dat onder art. 296 Sr ook de arts strafbaar is die (zonder vergunning) een zwangere aanwijzingen geeft voor een behandeling die zij zelf kan doen.^[96]

Eén van de argumenten om de strafbaarheid van artsen voor abortus af te schaffen, is dat abortus net als andere medische behandelingen via het gezondheidsrecht kan worden gereguleerd en een specifiek misdrijf daarom niet nodig is.^[97] Voor artsen geldt dat er reeds verscheidene wetten van kracht zijn die bedoeld zijn om de kwaliteit van zorg in algemene zin te waarborgen, zoals de Wet Kwaliteit, Klachten en Geschillen in de Zorg (Wkkgz) en de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (Wet BIG). Die laatste wet bevat bovendien enkele strafbepalingen, zoals voor het buiten noodzaak veroorzaken van (de aanmerkelijke kans op) gezondheidsbenadeling bij een patiënt (art. 96).^[98] Het verhandelen van medicijnen zoals 'abortuspillen' wordt tevens gereguleerd door de Geneesmiddelenwet: mocht het misdrijf van art. 296 Sr worden geschrapt, dan betekent dat dus geenszins dat de distributie van deze medicijnen door niet-bevoegde artsen of niet-artsen wordt toegestaan.

Op het moment dat in de zorg niet zorgvuldig wordt gehandeld is bovendien het medisch tuchtrecht er om dit te adresseren, al heeft dat een andersoortig doel dan het strafrecht. In de Memorie van Toelichting werd reeds aangegeven dat het medisch tuchtrecht inderdaad onverminderd toepasbaar is op abortus.^[99] De wetgever van 1984 achtte het medisch tuchtrecht destijds echter niet afdoende om abortus te reguleren: hij zag abortus expliciet niet als een gewone medische ingreep, vanwege het aspect van de bescherming van ongeboren leven.^[100] Daarom achtte de wetgever een strafrechtelijk verbod nodig.^[101] Bovendien: omdat over abortus de ideeën in de maatschappij en ook onder artsen destijds sterk uiteenliepen, dacht men dat het medisch tuchtrecht - waarin wordt geoordeeld aan de hand van de medisch-professionele ethiek van de beroepsgroep, die de arts voorschrijft om naar maatschappelijke normen juist te handelen - geen uitkomst kon bieden.^[102] In lijn met de gewijzigde maatschappelijke opvattingen zal dit anno 2024 hoogstwaarschijnlijk anders liggen.

Dat de huidige strafbaarstelling niet vanzelfsprekend is, blijkt ook uit enkele wetsvoorstellen over abortus die in de jaren '70 de revue zijn gepasseerd, maar die toen te weinig steun kregen. ^[103] Zo nam de Tweede Kamer in 1976 een wetsvoorstel aan - dat in de Eerste Kamer echter met 41 tegen 34 stemmen sneuvelde - waarin werd voorgesteld om alleen abortus door niet-artsen strafbaar te stellen.^[104]

De huidige strafbaarstelling in art. 296 Sr waaronder ook de arts valt, is dus allerminst een

vanzelfsprekendheid: het had ook anders kunnen lopen en de uiteindelijke uitkomst werd ook bij de totstandkoming al bekritiseerd als een zwak compromis. Mede gezien de maatschappelijke verschuivingen die al veel langer gaande zijn, verbaast het ons dan ook dat dit compromis zo lang stand heeft kunnen houden.

5.3 Alternatieven: strafbaarstelling van zware mishandeling en gedwongen abortus

Er blijft wel behoefte aan strafbaarstelling van gedwongen zwangerschapsafbreking. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een (ex-)partner een vrouw probeert te dwingen abortus te ondergaan door in het geheim middelen toe te dienen. Dit is in de rechtspraak over art. 296 Sr ook enkele malen naar voren gekomen (waarbij het in één zaak een arts betrof).^[105] Dergelijke gedragingen zijn juist een grove schending van de reproductieve rechten van de zwangere en dat is ook de reden dat het Verdrag van Istanbul in art. 39 een verplichting bevat om gedwongen abortus strafbaar te stellen.^[106]

Dit soort situaties kan momenteel al onder zware mishandeling (art. 302 Sr) vallen: art. 82 lid 1 Sr bepaalt dat 'onder zwaar lichamelijk letsel worden begrepen (...) afdrijving of dood van de vrucht van een vrouw.'^[107] Ook de poging daartoe is strafbaar (art. 45 Sr). Toch kan het opnemen van een specifiek misdrijf voor gedwongen abortus de strafwaardigheid ervan, in het licht van reproductieve rechten, beter benadrukken dan de algemene mishandelingsbepalingen. Een specifieke strafbaarstelling is weliswaar niet strikt noodzakelijk om het Verdrag van Istanbul correct te implementeren,^[108] maar een specifiek delict zou beter de ernst van het misdrijf en het rechtsbelang benadrukken. De ratio voor een specifieke strafbaarstelling van gedwongen abortus ligt onder meer in het recht op zelfbeschikking en zelfverwezenlijking van de zwangere, dat door een gedwongen abortus op grove wijze geschonden wordt. De ratio van het misdrijf zware mishandeling is het beschermen van de lichamelijke integriteit van de zwangere; die is in dergelijke situaties zeker ook in het geding, maar de vraag is of dat helemaal de lading dekt. De ratio van art. 296 Sr ligt in het beschermen van het ongeboren leven. Zoals wij al betoogden, sluit die ratio steeds minder goed aan bij de maatschappelijke consensus en kunnen de bescherming van het ongeboren leven en de bescherming van de gezondheid van de zwangere een specifieke regeling van (vrijwillige) abortus via het strafrecht niet legitimeren. In dat licht zou het beter zijn om een geheel nieuwe strafbaarstelling van gedwongen abortus te creëren, die opnieuw wordt ingepast in de systematiek van het Wetboek van Strafrecht.

Of zo'n strafbaarstelling van gedwongen abortus nu wordt overwogen of niet, het is hoe dan ook van belang dat in het wetgevingsproces met betrekking tot de afschaffing van art. 296 Sr duidelijk wordt afgebakend wat de (aanvullende) rol is voor de strafbaarstelling van (poging tot) zware mishandeling bij abortus onder de 24 weken. Het feit dat het delict (poging tot) zware mishandeling (art. 302 jo. 82 Sr) als vangnet kan dienen mocht art. 296 Sr worden afgeschaft, is namelijk niet alleen maar geruststellend. In theorie zou het delict aanleiding kunnen geven om de behandelaar alsnog langs een omweg te vervolgen, ook wanneer de zwangere zelf voor afbreking heeft gekozen. Medisch handelen dat leed toedient kan weliswaar in allerlei gevallen gerechtvaardigd worden (waardoor de wederrechtelijkheid wegvalt). Maar voor toepassing van deze 'medische exceptie' is de toestemming van de patiënt alleen niet voldoende: het handelen moet tevens medisch geïndiceerd zijn en volgens de regelen der kunst worden uitgevoerd.^[109] Daarmee zou dit delict bijvoorbeeld kunnen beschermen tegen gevaarlijke clandestiene wijzen van zwangerschapsafbreking waar de zwangere zelf voor 'kiest', mochten die ondanks de legale mogelijkheden toch de kop opsteken. Er bestaat echter ook een (op dit moment weliswaar nog theoretisch) risico dat het delict zware mishandeling voor een breder scala aan abortussituaties zal worden ingezet, met een beroep op het ontbreken van een medische indicatie voor het handelen. In die zin vormt het huidige systeem van de Wafz een zekere waarborg, omdat (artsen bij) vergunde instellingen niet voor de inzet van dit delict te vrezen hebben: wat medisch is geïndiceerd, wordt bepaald via de normen van de Wafz (de noodsituatie) en dit wordt zelf niet strafrechtelijk gehandhaafd. Daarmee willen wij niet betogen dat het huidige systeem behouden moet blijven, maar wel om in de parlementaire discussies aandacht te besteden aan het risico van dergelijk oneigenlijk gebruik van art. 302 jo. 82 Sr bij abortus en duidelijk te maken dat deze artikelen daar niet voor bedoeld zijn. Hoewel het gevaar van een te brede toepassing van de zware mishandelingsbepaling bij abortus (mocht art. 296 Sr worden afgeschaft) ver weg lijkt, is het toch verstandig hier via de parlementaire stukken aandacht aan te besteden.

Tevens verdient het aanbeveling om de flexibele levensvatbaarheidsgrens in art. 82a Sr tegen het licht te houden, met het oog op de rechtszekerheid en om ervoor te zorgen dat dit artikel niet wordt opgerekt om

abortus onder de 24 weken alsnog binnen het strafrecht te laten vallen. Binnen het bestek van dit artikel gaan wij niet in op de strafbaarstelling van zwangerschapsafbreking na de levensvatbaarheidsgrens. Deze kwestie maakt, in het licht van de reeds geadresseerde rechtsbelangen en mede met het oog op het idee van de toenemende beschermwaardigheid van de foetus (zie par. 5.1), een nadere analyse noodzakelijk. De strafbaarstelling als moord of doodslag (via art. 82a Sr) - zowel van de behandelaar als van de zwangere - roept echter wel degelijk kritische vragen op in het kader van proportionaliteit en 'fair labelling', die naar ons oordeel meer onderzoek verdienen.^[110]

5.4 Wat zou de afschaffing van art. 296 Sr betekenen voor de Wafz?

Critici van de afschaffing van art. 296 Sr wijzen erop dat hiermee het gehele systeem van de Wafz op de schop zou moeten gaan, terwijl deze wetgeving juist zorgt voor de borging van een zorgvuldige abortuspraktijk.^[111] In het initiatiefwetsvoorstel is dat echter niet het geval: daar wordt er weliswaar voor gekozen de Wafz niet langer te behouden, maar wel degelijk een aantal specifieke zorgvuldigheids- en kwaliteitseisen voor abortus te behouden door deze onder te brengen in een andere wet: de reeds genoemde Wkkgz. Ook blijft behouden dat een arts nooit verplicht is een vrouw een behandeling te geven waarmee de zwangerschap wordt afgebroken. De vergunningsplicht zal worden geregeld via de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza). De keuze van de initiatiefwetgever om zorgvuldigheidseisen te behouden heeft er onder meer mee te maken dat het Nederlandse systeem van gespecialiseerde abortuszorg stevast positief wordt geëvalueerd.

Wij zullen in het bestek van deze strafrechtelijke bijdrage niet expliciet de vraag beantwoorden of het wenselijk is om bepaalde aspecten van het systeem van de Wafz (al dan niet in een andere wet) te behouden, al volgt uit onze argumentatie in par. 5.1 dat er goede redenen zijn om abortus onder de 24 weken als gewone medische behandeling te beschouwen. Mocht er voor worden gekozen om bepaalde specifieke zorgvuldigheids- en kwaliteitseisen te behouden, dan is onzes inziens het volgende relevant. Allereerst zijn er - zoals hierboven reeds is gesuggereerd - goede redenen om de regel in art. 5 Wafz dat zwangerschapsafbreking 'alleen dan [wordt] uitgevoerd, indien de noodsituatie van de vrouw deze onontkoombaar maakt' te heroverwegen. Dit kan er aldus voor zorgen dat de abortuspraktijk (waarin het begrip noodsituatie breed wordt geïnterpreteerd) adequaat in de wet tot uiting komt. De huidige formulering mag dan geen belemmeringen opleveren voor de praktijk; de legitimatie voor deze specifieke zorgvuldigheidseisen is - met het oog op de eerder besproken analyse van de rechtsbelangen die op het spel staan bij abortus - niet voldoende overtuigend. In het initiatiefwetsvoorstel wordt deze formulering echter behouden in art. 11.0d Wkkgz. Ten tweede valt op dat in de wetsgeschiedenis niet duidelijk naar voren komt waarom in de Wafz is voorzien in strafrechtelijke overtredingen ter handhaving van bepaalde normen (art. 15-18), zoals het handelen zonder vergunning. Mede in dit licht rijst de vraag in hoeverre de strafrechtelijke overtredingen in de Wafz noodzakelijk zijn en waarom niet volstaan kan worden met niet-strafrechtelijke handhaving. In het initiatiefwetsvoorstel komen deze bepalingen te vervallen en krijgt de IGJ een toezichthoudende taak.

Tot slot het volgende: met name met betrekking tot vroege abortuszorg (hetgeen de meerderheid van het aantal abortussen in Nederland betreft)^[112] wordt wel bevraagd of deze überhaupt alleen aan vergunde medici voorbehouden zou moeten zijn en dus onder het speciale Wafz-regime zou moeten vallen. Deze vraag was in de jaren '70-'80 nog niet aan de orde, omdat medicamenteuze abortus toen nog niet was geïntroduceerd. Met name sinds de coronapandemie is online abortuszorg - waarbij medicatie wordt opgestuurd - internationaal in opkomst (overigens vooral in regio's waar legale abortus lastig is). Zoals Dehue laat zien, viel dat wat we nu beschouwen als een vroege abortus lange tijd feitelijk binnen het eigen handelingsrepertoire van vrouwen zonder dat dit als vruchtafdrijving werd beschouwd. In die periode is een zwangerschap immers vaak nog niet zichtbaar, en zwangerschapstests zijn van relatief recente datum.^[113] Vrouwen adviseerden elkaar eeuwenlang over het opwekken van een menstruatie door middelen als 'hard neervallen op de knieën tegens de aarde' en 'continueel slurpen van brandewijn', adviezen die tevens door geneeskundigen werden verspreid.^[114] In de loop van de 20^e eeuw evolueerden dergelijke adviezen richting het gebruik van meer geavanceerde middelen, zoals het gebruik van maagmedicijnen met de stof misoprostol (dat nu wordt gebruikt in abortusmedicatie). De Wereldgezondheidsorganisatie adviseert dat '[i]n the first 12 weeks of pregnancy, a medical abortion can also be safely self-managed by the pregnant person outside of a health care facility (e.g.,

at home), in whole or in part.' ^[115] De recente wetswijziging met betrekking tot de 'abortuspil' heeft de vroege abortus (tot 9 weken) al meer toegankelijk gemaakt, al valt deze nog binnen de kaders van de Wafz. De vraag in hoeverre de kaders van de Wafz specifiek bij vroege abortussen nog leidend zouden moeten zijn, verdient onzes inziens meer onderzoek.

6. Conclusie

In het voorgaande hebben wij uiteengezet waarom er goede redenen zijn om het schrappen van art. 296 Sr te overwegen. De criminalisering van zwangerschapsafbreking (tot aan de levensvatbaarheidsgrens) als misdrijf heeft expliciet als doel om het ongeboren leven te beschermen, ongeacht of de zwangere zelf voor een abortus kiest; daarom is afgezien van handhaving via de Wet Afbreking Zwangerschap of via het medisch tuchtrecht. Al toen deze wetgeving werd geïntroduceerd in de jaren '70 lag deze onder vuur en was sprake van een min of meer toevallig en voor velen onbevredigend politiek compromis. Anno 2024 zijn de maatschappelijke opvattingen sterk verschoven, waarbij meer nadruk is komen te liggen op de autonomie van zwangeren. Ook recente mensenrechtenontwikkelingen wijzen in deze richting.

De gegroeide praktijk in Nederland sluit grotendeels bij de maatschappelijke opvattingen aan, terwijl de recente wetswijzigingen de autonomie van de zwangere meer gewicht hebben gegeven. Toch is daarmee niet alles gezegd. Het strafbaar stellen van zwangerschapsafbreking - zeker als misdrijf - behoeft een overtuigende legitimatie in het licht van duidelijk geëxpliciteerde rechtsbelangen. Dat de praktijk ermee uit de voeten kan, ^[116] is niet voldoende om art. 296 Sr te laten voortbestaan. Wij hebben beargumenteerd dat de bescherming van het ongeboren leven onvoldoende rechtvaardiging vormt voor de autoriteiten om op te treden - laat staan strafrechtelijk - tegen een door de zwangere gewenste abortus onder de 24 weken. De bescherming van de gezondheid van de zwangere biedt onzes inziens geen rechtvaardiging om abortus te criminaliseren, maar veeleer een argument om weg te blijven bij het strafrecht, gezien het gevaar van stigmatisering van zwangeren die een abortus overwegen.

Voetnoten

[2] Citeerwijze: L.A. van Noorloos, R. Dijkstra & T. Faber, 'De strafbaarstelling van abortus. Tijden veranderen - is het strafrecht nog steeds de aangewezen plek voor zwangerschapsafbrekingen?', *DD* 2024/21.

[1] L.A. (Marloes) van Noorloos is universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Universiteit Leiden. R.I. (Rachel) Dijkstra is promovenda aan Tilburg University. T. (Tom) Faber is docent straf(proces)recht aan Tilburg University.

[3] B. Hofstede, 'Nu is het moment: haal abortus uit het Wetboek van Strafrecht', *De Correspondent* 2 juli 2022; Z. Boufadiss en L. Duits, 'Haal abortus uit het Wetboek van Strafrecht', *NRC* 30 juni 2022; 'Abortus ná 24 weken: 'Angst voor vervolging bij Nederlandse artsen'', *NOS* 20 maart 2022.

[4] Zie <https://www.bnnvara.nl/abortusisgeenmisdad/artikelen/burgerinitiatief>; *Kamerstukken II 2022/23, 36326, nr. 1*.

[5] U.S. Supreme Court 24 juni 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597.

[6] Voorstel van wet van het lid Ellemée 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), december 2023, <https://www.internetconsultatie.nl/wetabortusiszorg/b1>.

[7] Hierbij moet worden aangetekend dat de term 'zwangere' niet helemaal correct is in dit kader, omdat in art. 296 lid 1 Sr strikt genomen niet vereist dat er een zwangerschap is: de tekst luidt 'kan worden

afgebroken', maar de zwangerschap hoeft in theorie nog niet vast te staan of te worden bewezen. Zie A.J. Machielse, Commentaar op art. 296 Sr, in: *Noyon/Langemeijer/Remmelink, Wetboek van Strafrecht*, 2007, aant. 1. Wel is vereist dat de verdachte weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat door de behandeling zwangerschap kan worden afgebroken.

[8] De grens van 24 weken staat in de OM-Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen 2017.

[9] Zie ook art. 312a Wetboek van Strafrecht BES.

[10] Uitzonderingen zijn mogelijk op grond van de strafuitsluitingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40 Sr): zie OM-Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen 2017.

[11] Wet van 22 augustus 2022, houdende voorstel van wet van de leden Paternotte, Kuiken, Elleméet 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 (zie [Kamerstukken 35737](#)).

[12] 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 (zie [Kamerstukken 34891](#)).

[13] Wel hebben Mevis, Buijsen en Postma onlangs gepleit tegen het burgerinitiatief om abortus uit het Wetboek van Strafrecht te halen: P. Mevis, M. Buijsen & L. Postma, 'Abortuswetgeving functioneert in Nederland, dus waarom de wet aanpassen?', 15 juni 2023, <https://www.eur.nl/esl/nieuws/abortuswetgeving-functioneert-nederland-dus-waarom-de-wet-aanpassen>. Wij zullen in deze bijdrage laten zien waarom we daar anders tegenaan kijken.

[14] <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion>.

[15] <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abortion>.

[16] U.S. Supreme Court 22 januari 1973, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113.

[17] U.S. Supreme Court 24 juni 2022, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597. In de Verenigde Staten zagen we recentelijk dat zelfs de toelating van abortusmiddelen door de medicijnenautoriteit in het huidige klimaat gepolitiseerd kan raken met gebruikmaking van een archaïsche wet. NOS, 'Onduidelijkheid over toegang tot abortuspil in VS na tegenstrijdige uitspraken', 8 april 2023.

[18] <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/12/European-abortion-law-a-comparative-review.pdf>. Zes Europese landen hanteren zeer restrictieve abortuswetten (Andorra, Liechtenstein, Malta, Monaco, Polen en San Marino). Dit betekent dat abortus in deze landen helemaal verboden is dan wel bij hoge uitzondering toegestaan. Zulke gevallen omvatten gevaar voor de gezondheid van de moeder, verkrachting en/of een ernstige afwijking van de baby die daardoor niet met het leven verenigbaar is.

[19] Zie in de Nederlandse context de Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen 2017.

[20] Inspectie Gezondheidszorg & Jeugd, *Jaarrapportage 2022 Wet afbreking zwangerschap (Wafz)*, 2023, IGJ.

[21] Bijlage bij IGJ 2023, p. 8.

[22] J. Bereak e.a., 'Unintended pregnancy and abortion by income, region, and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990-2019', *Lancet Global Health*, 22 juli 2020 (geraadpleegd via: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S2214-109X%2820%2930315-6>).

- [23] I. van der Vlucht (Rutgers Expertisecentrum seksualiteit), Achtergrond dossier abortus, Rutgers 2022, p. 4.
- [24] Hoewel niet duidelijk uit art. 296 blijkt dat 'de behandelaar' niet ook de zwangere zelf kan betreffen, maakt de wetsgeschiedenis duidelijk dat de vrouw die een abortus ondergaat, niet als deelnemer strafrechtelijk aansprakelijk is onder art. 296 Sr, ook niet wanneer ze daar zelf een verzoek toe heeft gedaan. Dit was een essentieel onderdeel van de nieuwe, geliberaliseerde wetgeving destijds. 'De situatie wordt pas anders, wanneer de vrouw opzettelijk de dader heeft uitgelokt (of heeft trachten te bewegen, vgl. 134 *bis* Sr. [[thans art. 46a Sr, *auteurs*]]) tot het plegen van het misdrijf door gebruik te maken van een der in art. 47, eerste lid, onder 2°, Sr. genoemde uitlokkingsmiddelen (...)' [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 34. Waarschijnlijk is tevens bedoeld strafbaar te stellen het geven van aanwijzingen voor een behandeling die de vrouw zelf kan doen: zie J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst: de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus voor professioneel uitgevoerde handelingen*, (diss. Maastricht), Gouda Quint 1992, p. 116.
- [25] Zo'n 'behandeling' hoeft niet te zijn gegeven met het doel zwangerschap af te breken: voldoende is weten of redelijkerwijs vermoeden dat dat kan gebeuren. Zie Wöretshofer 1992, p. 116. Ook is niet vereist dat een behandeling daadwerkelijk tot zwangerschapsafbreking leidt ('kan worden afgebroken').
- [26] Op grond van art. 296 lid 2 t/m 4 gelden hogere strafmaxima voor abortus (ongeacht door wie of waar deze is verricht) indien deze leidt tot de dood van de vrouw of wanneer zonder toestemming van de vrouw is gehandeld.
- [27] Wöretshofer 1992, p. 118-119; [Kamerstukken II 1979/80, 15475, nr. 6](#) (Memorie van Antwoord), p. 57.
- [28] In de praktijk wordt een termijn van 22 weken gehanteerd. Zie M.C. Ploem, E. Krol, T. Floor, J. Legemaate, J.K.M. Gevers & H.B. Winter, *Tweede evaluatie Wet Afbreking Zwangerschap*, Den Haag: ZonMw 2020, p. 60.
- [29] OM-Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen, *Stb.* 2017, BWBR0040270.
- [30] Zie HR 23 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1747, *NJ* 2022/10, m.nt. Machielse: het opzet van de verdachte (waarmee tevens wordt bedoeld in voorwaardelijke zin) moet er ook op gericht zijn dat - naar redelijkerwijs mag worden verwacht - de vrucht in staat was buiten het moederlichaam in leven te blijven.
- [31] In die gevallen ('late zwangerschapsafbreking categorie 2') gelden de zorgvuldigheidseisen van art. 6 van de Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen en brengt de Beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking haar oordeel ter kennis van het College van PG's. Zie OM-Aanwijzing 2017, par. 2.2. Als redelijkerwijs verwacht mag worden dat de ongeborene (vanaf 24 weken) *niet* in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven ('late zwangerschapsafbreking categorie 1'), valt een zwangerschapsafbreking niet onder de werking van art. 82a Sr - er is dan geen sprake van een levensvatbare ongeborene - maar valt deze wel onder art. 296 Sr en de Wafz en dient de Beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking de zorgvuldigheid van het handelen van de arts te beoordelen (maar wordt het College van PG's niet ingeschakeld). Indien sprake is van zwangerschapsafbreking op maternale indicatie (een behandeling om het leven en/of de gezondheidstoestand van de zwangere te beschermen heeft tot noodzakelijk gevolg dat de zwangerschap moet worden beëindigd), kan tevens de strafuitsluitingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand van toepassing zijn en wordt de Beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking niet ingeschakeld.
- [32] OM-Aanwijzing 2017; [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 33.
- [33] Besluit Afbreking Zwangerschap, *Stb.* 1984, 218BWBR0003677.
- [34] [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#) (Memorie van Toelichting), p. 2. Dit is anders in de euthanasiewetgeving, waar de bijzondere strafuitsluitingsgrond van art. 293 lid 2 Sr direct verwijst naar de zorgvuldigheidseisen in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, aan welke zorgvuldigheidseisen moet zijn voldaan om deze strafuitsluitingsgrond in te kunnen roepen. Hoewel in dat

kader niet expliciet de vergelijking met de wijze van regulering van zorgvuldigheidseisen in de abortuswetgeving is gemaakt, zal dit verschil er vermoedelijk mee te maken hebben dat de wetgever bij euthanasie het recht op leven van een persoon (in de zin van art. 2 EVRM) in het geding achtte (al stond dat recht volgens de wetgever niet in de weg aan dergelijke regulering van euthanasie: zie [Kamerstukken II 1999/2000, 26691, nr. 6](#), p. 9-10). Dat terwijl in de parlementaire geschiedenis m.b.t. abortus geen expliciet recht op leven van de foetus wordt erkend. Wel wordt aan het ongeboren leven een zekere bescherming toegekend ([Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 11). Daarnaast gaf de wetgever in het kader van de euthanasiediscussie aan dat de (in de jurisprudentie ontwikkelde) zorgvuldigheidseisen bij euthanasie 'in de praktijk goed bruikbaar [zijn] gebleken voor de toetsing achteraf van voorkomende gevallen van levensbeëindiging op verzoek of hulp bij zelfdoding' ([Kamerstukken II 1998/99, 26691 nr. 3](#), par. 5).

[35] <https://atria.nl/nieuws-publicaties/feminisme/zelfbeschikkingsrecht/wij-vrouwen-eisen-video-serie/>.

[36] Wöretshofer 1992, p. 114. G.E. Langemeijer, 'Verdient het abortusontwerp wet te worden?', *NJB* 1981, p. 341.

[37] Zie Wöretshofer 1992, p. 102 e.v.

[38] <https://atria.nl/nieuws-publicaties/feminisme/zelfbeschikkingsrecht/wij-vrouwen-eisen-video-serie/>.

[39] [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 1, 24.

[40] [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 10, 16.

[41] [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 10.

[42] Wöretshofer 1992, p. 113.

[43] [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 21.

[44] Ploem e.a. (*Tweede evaluatie Wet Afbreking Zwangerschap*) 2020, p. 18, 148; M.R.M. Visser, A.J.G.M. Janssen, M. Enschedé, A.F.M.N. Willems, Th.A.M. te Braake, K. Harmsen, E.M.A. Smets, J.C.J.M. de Haes & J.K.M. Gevers, *Evaluatie Wet Afbreking Zwangerschap*, Den Haag: ZonMw 2005, p. 17-18.

[45] Zie in dit verband Hof Den Haag 12 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:211.

[46] [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 17-19.

[47] 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 (zie [Kamerstukken 35737](#)).

[48] [Kamerstukken II 2020/21, 35737, nr. 3](#), p. 7.

[49] [Kamerstukken II 2020/21, 35737, nr. 3](#), p. 10.

[50] 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 (zie [Kamerstukken 34891](#)).

[51] [Kamerstukken II 2018/19, 34891, nr. 7](#), p. 2.

[52] Art. 6a lid 3 Wafz zoals dat zal gaan luiden nadat de wet medicamenteuze afbreking van de zwangerschap via de huisarts in werking zal zijn getreden.

[53] EHRM 16 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905, par. 71; *NJ* 2011/216, m.nt. E.A.

Alkemade, *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, p. 349, m.nt. N.R. Koffeman (A, B en C/Ierland).

[54] EHRM 16 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905, NJ 2011/216, m.nt. E.A. Alkemade, *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, p. 349, m.nt. N.R. Koffeman (A, B en C/Ierland).

[55] EHRM 16 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905, par. 230; NJ 2011/216, m.nt. E.A. Alkemade, *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, p. 349, m.nt. N.R. Koffeman (A, B en C/Ierland).

[56] E.C.C. van Os & A.C. Hendriks, 'Wie is de baas over de baarmoeder? Mensenrechtelijke aspecten van de bescherming aan ongeborenen', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2010, nr. 7/8, p. 180-186.

[57] EHRM 8 juli 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD005392400 (Vo/Frankrijk), par. 84: "At best, it may be regarded as common ground between the States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person [...] require protection in the name of human dignity, without making it a 'person' with the 'right to life' for the purposes of Article 2". Zie ook C.M. Buckley, K. Kamber & P. McCormick, *The European Convention on Human Rights. Principles and Law*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2022, p. 44-45.

[58] EHRM 16 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905, NJ 2011/216, m.nt. E.A. Alkemade, *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, p. 349, m.nt. N.R. Koffeman (A, B en C/Ierland).

[59] De wetgeving is in 2018 gewijzigd. Abortus is tegenwoordig toegestaan tot twaalf weken, en daarna onder bepaalde omstandigheden. Zie de *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018* en de *Thirty-sixth Amendment of the Constitution Act 2018*.

[60] Art. 58 *Offences Against the Person Act 1861 (oud)*.

[61] Art. 40.3.3 van de grondwet luidde: "The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right." Zie *Eight Amendment of the Constitution Act, 1983*, te raadplegen via: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/1983/ca/8/enacted/en/html>.

[62] N. Koffeman, annotatie bij EHRM 16 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905 (A, B en C/Ierland), *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, p. 349.

[63] EHRM 16 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905, par. 241-242, NJ 2011/216, m.nt. E.A. Alkemade, *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, p. 349, m.nt. N.R. Koffeman.

[64] EHRM 20 maart 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0320JUD000541003, *NTM/NJCM-Bulletin* 2007, p. 494, m.nt. A.C. Hendriks (*TysiÅ...c/Polen*).

[65] Zie EHRM 26 mei 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0526JUD002761704 (*R.R./Polen*), par. 193 en EHRM 20 maart 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0320JUD000541003, par. 116; *NTM/NJCM-Bulletin* 2007, p. 494, m.nt. A.C. Hendriks (*TysiÅ...c/Polen*).

[66] Zie EHRM 26 mei 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0526JUD002761704 (*R.R./Polen*), waar o.m. de vele verwijzingen, het te laat beschikbaar zijn van tests en het ontbreken van juiste informatie een vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM opleverden.

[67] Het EHRM heeft recent nog wel geoordeeld over de restrictieve abortuswetgeving in Polen. Daarin kwam het hof echter niet toe aan een inhoudelijk oordeel over de toelaatbaarheid van een dergelijke regeling: de beperking van art. 8 EVRM volgde uit een beslissing van het Grondwettelijk Hof en haalde niet de eis dat deze was 'voorzien bij wet'. Zie EHRM 14 december 2023, ECLI:CE:ECHR:2023:1214JUD004011921 (*M.L./Polen*).

[68] J. Kapelańska-Pręgowska, 'The Scales of the European Court of Human Rights: Abortion Restriction in

Poland, The European Consensus, and the State's Margin of Appreciation', *Health and Human Rights Journal* 2021, vol. 23, nr. 2, p. 219. Zie ook de *third party intervention* van de Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa in verschillende tegen Polen aanhangige zaken bij het EHRM, te raadplegen via <https://rm.coe.int/third-party-intervention-by-the-council-of-europe-commissioner-for-hum/1680a460ef>.

[69] Europees Parlement, Resolutie van het Europees Parlement van 7 juli 2022 over het besluit van het Amerikaanse Hooggerechtshof om het recht op abortus in de Verenigde Staten af te schaffen en de noodzaak om het recht op abortus en de gezondheid van de vrouw te beschermen, ook binnen de EU (2022/2742(RSP)), 7 juli 2022, par. 2 en 12. Zie ook Resolutie van het Europees Parlement van 24 juni 2021 over de situatie op het gebied van seksuele en reproductieve gezondheid en rechten in de EU, in verband met de gezondheid van vrouwen (2020/2215(INI)), 24 juni 2021.

[70] In het navolgende worden alleen de hoofdlijnen besproken. Zie voor een vollediger overzicht J.N. Erdman & R.J. Cook, 'Decriminalization of abortion - A human rights imperative', *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology* 2020, vol. 62, p. 12-17 en L. Berro Pizarossa, *Abortion, Health and Gender Stereotypes. A Critical Analysis of the Uruguayan and South African Abortion Laws Through the Lens of Human Rights* (diss. Groningen), 2019, p. 48-67.

[71] VN-Mensenrechtencomité, General Comment no. 36 on article 6 (Right to life), 2018, CCPR/C/GC/36, par. 8.

[72] Idem.

[73] Idem, waarin verwezen wordt naar General Comment 28, par. 10, Concluding Observations: Argentina (2010) par. 13, Concluding Observations: Jamaica (2011), par. 14 en Concluding Observations: Madagascar (2007), par. 14.

[74] Idem.

[75] VN-comité voor economische, sociale en culturele rechten, General comment nr. 22 on the right to sexual and reproductive health, 2016, E/C.12/GC/22.

[76] VN-comité voor economische, sociale en culturele rechten, General comment nr. 22 on the right to sexual and reproductive health, 2016, E/C.12/GC/22, par. 28, 34 en 40. Zie ook Berro Pizarossa, 2019, p. 63-64.

[77] UNCHR Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Provisional Report of the Special Rapporteur, 2011, A/66/254, par. 21.

[78] CEDAW, Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under Article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (6 maart 2018), CEDAW/C/OP.8/GBR/1, par. 58-59.

[79] Berro Pizarossa, 2019, p. 65.

[80] Erdman & Cook 2020, p. 17-18 en 21.

[81] European Values Study 1981-2017/18; zie Q. Muis, I. Sieben, T. Reeskens en L. Halman, 'Seksueel-ethische permissiviteit: trends in Nederland 1981-2017', *Mens & Maatschappij* 2019, vol. 94, nr. 4. De onderzoekers stelden daarbij de vraag 'Wilt u met behulp van deze kaart voor elke handeling zeggen wat u ervan vindt, of het altijd gerechtvaardigd is, of nooit gerechtvaardigd of iets er tussenin', onder meer voor abortus, met antwoordmogelijkheden 1 (nooit gerechtvaardigd) tot en met 10 (altijd gerechtvaardigd). In 1981 was de uitkomst op de tienpuntsschaal 4.34, in 2017-18 was dit 7,01.

[82] Zo beoogt het wetsvoorstel over de afschaffing van de verplichte beraadtermijn volgens de initiatiefnemers niet om 'de beschermwaardigheid van het ongebooren leven een meer ondergeschikte positie

te geven ten opzichte van de zorgverlening voor vrouwen', maar beargumenteerden de initiatiefnemers dat een verplichte beraadtermijn geen betere waarborg vormt voor bescherming van het ongeboren leven, terwijl het wel andere waarden zoals autonomie aantast. [Kamerstukken I 2021/22, 35737, nr. D](#), p. 16. Zie verder [Kamerstukken II 2018/19, 34891, nr. 7](#), p. 7-8; [Kamerstukken II 2020/21, 35737, nr. 3](#), p. 10-11.

[83] J.K. de Bree, 'Bezint eer ge begint: de beraadtermijn voor abortus in gezondheidsrechtelijk perspectief', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2021, nr. 4, p. 374-380.

[84] Zie o.a. J. Feinberg, 'Abortion', in: T.L. Beauchamp & T. Regan (eds.), *Matters of Life and Death*, Temple University Press 1980.

[85] R. Kottenhagen, 'Botsende rechten van moeder en ongeboren kind. Kan een zwangere vrouw tegen haar wil gedwongen worden een medische ingreep te ondergaan ten behoeve van de nasciturus?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2008, p. 492-503; W.J. Dondorp & G.M.W.R. de Wert, 'De foetus of het toekomstige kind? De rechtvaardiging van prenatale kinderbescherming vraagt om conceptuele helderheid', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2022, nr. 2, p. 114-128.

[86] Zie Dondorp & De Wert 2022; zie ook A.E.J. Satink & H. Middelkoop, 'Het recht op bescherming tegen prenatale gezondheidsschade', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2019, nr. 3, p. 50-59; N. Holtrust & I. de Hondt, 'Het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw', *Ars Aequi* 1992, 10.

[87] Dondorp & De Wert 2022; zie ook Gezondheidsraad, *Zorg voor het ongeboren kind. Signalering ethiek en gezondheid*, 2009/1, Den Haag: Centrum voor ethiek en gezondheid, 2009. Zie in dit verband art. 1:2 BW (de 'infans conceptus'-regel): 'Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.' Deze norm is oorspronkelijk bedoeld voor personen- en familierechtelijke kwesties zoals het erfrecht, maar wordt inmiddels vaak breder geïnterpreteerd met het oog op de prenatale toepassing van kinderbeschermingsmaatregelen.

[88] Feinberg 1980; B. Steinbock, *Life before birth: The moral and legal status of embryos and fetuses*, OUP 2011; C. Mackenzie, 'Abortion and embodiment', *Australian Journal of Philosophy* 1992, nr. 2, p. 136-155.

[89] Zie J.J. Thompson, 'A Defense of Abortion' *Philosophy and Public Affairs* 1971, p. 47-66; Mackenzie 1992.

[90] HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken, ov. 4.8.

[91] Feinberg 1980.

[92] Mackenzie 1992; zie ook J. Herring, *Medical law and ethics*, OUP 2012, p. 312 e.v.

[93] Mackenzie 1992.

[94] Herring 2012; A.M. Jaggar, 'Abortion rights and gender justice worldwide: an essay in political philosophy', in: M. Tooley, C. Wolf-Devine, P. Devine and A.M. Jaggar, *Abortion: three perspectives*, OUP 2009.

[95] Zie wel Rechtbank Limburg 4 mei 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3844 en Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN4447.

[96] Wöretshofer 1992, p. 116.

[97] Tweede evaluatie Wet Afbreking Zwangerschap 2020, p. 40; <https://www.bnnvara.nl/abortusisgeenmisdaad/artikelen/burgerinitiatief>; [Kamerstukken II 2022/23, 36326, nr. 1](#); B. Hofstede, 'Nu is het moment: haal abortus uit het Wetboek van Strafrecht', *De Correspondent* 2 juli 2022.

[98] Dit werd vroeger geacht onder art. 436 Sr te vallen: zie J. ten Voorde, art. 436 Sr, *T&C strafrecht*, 2023, Deventer: Wolters Kluwer, par. 1. In de Wet BIG is m.n. art. 96 hierbij van belang.

[99] [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 22.

[100] [Kamerstukken II 1979/80, 15475, nr. 6](#), p. 58.

[101] Zie de MvT: 'Wij hechten er echter belang aan, dat het plegen van abortus provocatus, tenzij het geldt een behandeling die is verricht door een geneeskundige in een ziekenhuis of kliniek waar zodanige behandeling volgens de Wet afbreking zwangerschap mag worden verricht, als afzonderlijk misdrijf in het Wetboek van Strafrecht wordt gehandhaafd, omdat daarmee nog eens wordt onderstreept welke waarde de wetgever toekent aan de bescherming van ongeboren menselijk leven.' [Kamerstukken II 1978/79, 15475, nr. 3](#), p. 21.

[102] Wöretshofer 1992, p. 4.

[103] Zie onder meer Wetsvoorstel Geurtsen/Lamberts/Roethof/Veder-Smit, [Kamerstukken I 1976/77, 13909, nr. 6](#); Wetsvoorstel Lamberts-Roethof, [Kamerstukken II 1969/70, 10719, nr. 2](#). Zie verder Wöretshofer 1992, p. 102 e.v.

[104] Wetsvoorstel Geurtsen/Lamberts/Roethof/Veder-Smit, [Kamerstukken I 1976/77, 13909, nr. 6](#). Ook kwamen er wetsvoorstellen aan de orde die leken op het huidige systeem, maar die extra voorwaarden bevatten voor vervolging van een arts, bijvoorbeeld dat een arts eerst een waarschuwing van de Inspectie dient te krijgen of dat een eventuele vervolging eerst door een toezichthoudende Adviescommissie moest worden beoordeeld. Zie Wöretshofer 1992, p. 104-113.

[105] Rechtbank Limburg 4 mei 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3844; Rechtbank Amsterdam 19 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN4447.

[106] Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, 2011, CETS no. 210.

[107] Zware mishandeling betreft het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel aan een ander. Dit is strafbaar onder art. 302 Sr; het veroorzaken van zwaar lichamelijk letsel door schuld is strafbaar onder art. 308 Sr. Van strafbaarheid onder art. 82 Sr (jo. art. 302 dan wel 308 Sr) is sprake ongeacht of de vrucht nog leefde of niet. HR 21 februari 1995, NJ 1995, 415, m.nt. A.C. 't Hart.

[108] *Explanatory Report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, 2011, CETS no. 210, par. 155.

[109] S. Bakker & L. Postma, 'Volenti non fit iniuria. Over de betekenis van de toestemming in het (medisch) strafrecht', *Strafblad* 2019, 17(3), p. 20-29.

[110] Zie in dit verband de discussie in het Verenigd Koninkrijk over een vrouw die onlangs tot 2 jaar gevangenisstraf werd veroordeeld voor het innemen van abortuspillen bij 32 weken zwangerschap. H. Staal, 'Commotie in Verenigd Koninkrijk om veroordeling van vrouw die abortus uitvoerde', *NRC* 19 juni 2023.

[111] [Kamerstukken II 2022/23, 36326, nr. 1](#).

[112] IGJ 2023.

[113] T. Dehue, 'Zelfregie met de allroundpil', *De Groene Amsterdammer* 10 mei 2023. Het artikel is ontleend aan het boek van T. Dehue, *Ei, foetus, baby: Een nieuwe geschiedenis van zwangerschap*, Atlas Contact 2023.

[114] Dehue 2023.

[115] WHO recommendations on self-care interventions: Self-management of medical abortion, 2022 update, .
<https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1467901/retrieve>.

[116] Mevis, Buijsen en Postma, 'Abortuswetgeving functioneert in Nederland, dus waarom de wet aanpassen?', 15 juni 2023, <https://www.eur.nl/esl/nieuws/abortuswetgeving-functioneert-nederland-dus-waarom-de-wet-aanpassen>.