BÖHLER FRANKEN KOPPE WIJNGAARDEN
ADVOCATEN

KEIZERSGRACHT 560-562, 1017 EM AMSTERDAM
TELEFOON 020-344 62 00, TELEFAX 020-344 62 01
E-MAIL: info@bfkw.nl

DR. BRITTA BÖHLER
MARQ WIJNGAARDEN
VICTOR KOPPE
PROF. STIJN FRANKEN
MICHIEL PESTMAN
CHRISJE ZUUR
FLIP SCHÜLLER
PROF. LIESBETH ZEGVELD
DR. BART STAPERT
MARTIJN STROOIJ
VALÉRIE ESSENBURG
MARIEKE VAN EIK
MICHEL UITERWAAL
SUUS HOPMAN
CORRIEN ULLERSMA
ELLEMIEKE VAN DOORN
WIL EIKELBOOM
ANNE SCHELTEMA BEDUIN

ADVISEURS
PROF. HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA
PROF. ANDRÉ NOLLKAEMPER
PROF. TIES PRAKKEN

Mevrouw F. Koser Kaya
Tweede Kamerfractie Democraten 66

Per e-mail: f.koserkaya@tweedekamer.nl

Amsterdam, 8 februari 2010
Onze ref. BS/wv

Direct tel.nr: 020 – 344 62 15
Direct faxnr: 020 – 344 62 01

Betreft: Advies Besluit afbreking zwangerschap

Geachte mevrouw Koser Kaya,

U heeft mij gevraagd een advies te verstrekken over de mogelijke gevolgen van de invoering van het door de regering voorgestelde Besluit van 18 mei 2009, houdende wijziging van het Besluit afbreking zwangerschap (vaststelling duur zwangerschap).[1] U wenste daarbij in het bijzonder een antwoord op de vraag of dit besluit mogelijk zal leiden tot een beperking van de juridische mogelijkheden voor een overtijdbehandeling (OTB).

De achtergrond en context van het voorgestelde Besluit van 18 mei 2009 veronderstel ik weliswaar bij u bekend, maar enkele kernpunten zijn wellicht de moeite van het herhalen waard. De discussie over de status van de overtijdbehandeling is recentelijk met name op gang gekomen na publicatie in 2005 van het rapport van de commissie die de Wet afbreking zwangerschap (hierna Waz) evalueerde. Deze commissie stelde voor opnieuw te kijken naar de juridische status van de overtijdbehandeling. De staatssecretaris van VROM, mevrouw Ross-van Dorp, wilde op basis van dit advies overgaan tot (materiële) aanpassing van de Waz, namelijk het aanmerken van een overtijdbehandeling als een zwangerschapsonderbreking in de zin van de Waz, maar vond toentertijd geen meerderheid voor haar standpunt. Een dergelijke aanpassing is echter wel vermeld als een van de afspraken in het regeerakkoord van het huidige kabinet. Zoals in de toelichting vermeld, geeft het Besluit van 18 mei 2009

[1] *Stb.* 2009, 230.

IEDERE AANSPRAKELIJKHEID IS BEPERKT TOT HET BEDRAG DAT IN HET DESBETREFFENDE GEVAL ONDER ONZE BEROEPSAANSPRAKELIJKHEIDSVERZEKERING WORDT UITBETAALD
ANY LIABILITY SHALL BE LIMITED TO THE AMOUNT WHICH IS PAID UNDER THE FIRM'S PROFESSIONAL LIABILITY POLICY IN THE MATTER CONCERNED

(hierna het voorgestelde Besluit) volgens het kabinet invulling aan die afspraak. Een voorstel tot wijziging van de Waz is in de huidige regeerperiode niet ingediend.

Ter beantwoording van uw vraag zijn de volgende punten van belang:

- De structuur van de huidige regeling;
- Een definitie van (afbreken van) zwangerschap;
- De voorgestelde tekstwijziging en de gevolgen;
- De Nota van toelichting bij het voorgestelde Besluit;
- Art. 296 Sr;
- Vaststellen zwangerschap.

Ik zal deze punten hieronder bespreken en een conclusie formuleren.

De structuur van de huidige regeling

Bij het vormgeven van de wettelijke normering van abortus provocatus is een bijzondere structuur gekozen. De bepaling met de breedste reikwijdte is art. 296 lid 1 Sr. De delictsomschrijving van dat artikellid luidt als volgt:

> "Hij die een vrouw een behandeling geeft, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daardoor zwangerschap kan worden afgebroken [...]."

Daarmee is als uitgangspunt gekozen dat handelingen gericht op het afbreken van een zwangerschap strafbaar zijn. Het wetsvoorstel beoogde echter die afbreking wel te legaliseren wanneer het afbreken van de zwangerschap onder bepaalde omstandigheden en voorwaarden is toegepast. Dit vindt uitdrukking in het vijfde lid van de strafbepaling die op zijn beurt verwijst naar de Waz. Bij en krachtens die Waz zijn procedurele eisen gesteld aan de afbreking van de zwangerschap en is vastgesteld wie daartoe is gerechtigd. Wordt die procedure gevolgd, dan garandeert het vijfde lid van de strafbepaling straffeloosheid.

Een definitie van (afbreken van) zwangerschap

Ter beantwoording van uw vraag omtrent de gevolgen van het voorgestelde Besluit, dient eerst te worden vastgesteld welke normering op dit moment bestaat voor de overtijdbehandeling. De centrale vraag daarbij is of de overtijdbehandeling onder het begrip 'afbreking van zwangerschap' te brengen is. Om die vraag te kunnen beantwoorden kijk ik eerst naar het doel van de Waz. Gelet op de titel en tekst van de wet, moet worden vastgesteld dat de wetgever beoogde maatregelen te normeren die gericht zijn op het afbreken van een zwangerschap. De Waz beoogde dus regels te geven voor bepaalde maatregelen. Gelet op de aard van de handelingen bij een overtijdbehandeling en het doel van de wet, zou de OTB in beginsel onder voornoemd begrip vallen. Echter, in de wetgeschiedenis wordt expliciet vastgesteld dat het wetsvoorstel niet beoogt toepasselijk te zijn op de OTB. Dit is later bevestigd in jurisprudentie van zowel de Hoge Raad[2] als de Raad van State.[3] Daarmee heeft de wetgever

---

[2] HR 16 juni 1995, *NJ* 1997, 131 ("3.10 In rov 16 van zijn arrest heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat blijkens de wetsgeschiedenis een overtijdbehandeling niet als een afbreking

weergegeven, hetgeen door voornoemde rechtscolleges is bevestigd, dat de formele reikwijdte van de wet is beperkt. In de wetsgeschiedenis is dus weergegeven dat aan de term 'afbreking van zwangerschap' een beperktere interpretatie moet worden gegeven dan een strikt tekstuele interpretatie doet vermoeden. Deze uitsluiting was het gevolg van de ten tijde van het wetsvoorstel bestaande technische moeilijkheden in de vaststelling van het bestaan van de zwangerschap door de arts. Daarom is ervoor gekozen de abortus provocatus te reguleren voor zover die wordt toegepast nadat men – althans toentertijd – kon vaststellen dat van een zwangerschap sprake was. Overigens kan de uitsluiting van de OTB ook worden herkend aan het feit dat de flexibele beraadtermijn, waarvan de Regering stelt dat die geldt voor de OTB, niet in de Waz is opgenomen.

De voorgestelde tekstwijziging en de gevolgen

Doel van het voorgestelde Besluit

Blijkens de Nota van toelichting bij het voorgestelde Besluit heeft de Regering het doel om door middel van de wijziging te waarborgen dat de zorgvuldigheidsnormen van de Waz ook bij een overtijdbehandeling worden toegepast.

Welke wijzigingen stelt het Besluit van 18 mei 2009 voor?

Het Besluit van 18 mei 2009 bevat twee concrete wijzigingsvoorstellen voor het nu geldende Besluit afbreking zwangerschap (hierna Baz), dat moet worden gezien als de AMvB ter uitvoering van de Waz. In de eerste plaats het toevoegen aan de begripsbepalingen van een definitie van de *duur van de zwangerschap*, als zijnde de tijd die een zwangerschap beslaat, uitgedrukt in het aantal dagen of weken dat de amenorroe duurt. Ten tweede wordt bij de algemene voorschriften een bepaling ingevoegd dat het ziekenhuis of de kliniek ervoor zorgdraagt dat de duur van de zwangerschap wordt vastgesteld.

Gevolgen van de tekstwijziging van het Besluit afbreking zwangerschap

De voorgestelde definitiebepaling inzake de term 'duur van de zwangerschap' heeft geen gevolgen voor het juridisch regime dat geldt voor de overtijdbehandeling. Het betreft slechts het definiëren van term, zonder dat daarbij een materiele norm wordt gegeven, en het voorschrijven van de eenheid waarin de uitkomst van de berekening, bedoeld in het voorgestelde art. 3 lid 2 Baz, moet worden uitgedrukt. Daarnaast heeft ook de invoeging van een expliciete plicht om de duur vast te stellen geen gevolgen voor de gevallen waarin en de omstandigheden waaronder OTB mag worden toegepast. Er geldt overigens ook

---

van de zwangerschap in de zin van de Waz kan worden aangemerkt. Dit brengt met zich mee dat de in die wet gestelde vereisten niet voor een overtijdbehandeling gelden en dat een overtijdbehandeling dan ook niet als onrechtmatig kan worden beschouwd op grond dat zij in strijd met die vereisten is verricht. Daarbij kan het Hof in het midden laten of bij 16 dagen over tijd zijn reeds innesteling van de bevruchte eicel in de baarmoeder heeft plaatsgevonden en behoefde het geen oordeel te geven over de vraag of dan – in medisch-biologische zin – zwangerschap bestaat.")

[3] RvS 3 mei 2006, nr. 200503100/1 ("voor het verlenen van een vergunning is het van belang in welk stadium de zwangerschap zich bevindt. Voor de overtijdbehandeling, die tot 16 dagen na de laatste menstruatie plaatsvindt, is op zichzelf geen vergunning als bedoeld in art. 2 Waz nodig.")

dat de vaststelling al in de praktijk werd gedaan (althans een poging daartoe); ook de Regering lijkt daarvan uit te gaan door aansluiting te zoeken bij de huidige praktijk.

Wordt het doel van het voorgestelde Besluit bereikt?
Daarmee wordt door middel van de voorgestelde tekstwijziging niet bereikt wat de Regering blijkens de Nota van toelichting voor ogen heeft gehad.

De Nota van toelichting bij het voorgestelde Besluit
In de Nota van toelichting (verder: Nvt) wordt gesteld dat het voorgestelde Besluit een grotere reikwijdte heeft dan de tekst aangeeft. Gelet op dit verschil lijkt het mij van belang de argumentatie van de Regering te analyseren.

Er zij hier herhaald dat de overtijdbehandeling juridisch niet valt onder de Waz en daarmee niet onder de Baz. Dit blijkt ook uit de volgende passages in de Nvt:

> "Samengevat wordt met dit besluit benadrukt dat de zorgvuldigheidseisen die op grond van de Waz zijn gesteld materieel [mijn onderstreping, *BS*] gelden voor de overtijdbehandeling. [...] Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is ingegaan op de status van de overtijdbehandeling. Uiteindelijk heeft de overtijdbehandeling een andere status gekregen dan minder vroege zwangerschapsafbrekingen, welke tot op de dag van vandaag geldt en met de wijziging van dit besluit ook niet verandert. De toenmalige Minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne kwam in 1980 tot de conclusie dat de overtijdbehandeling niet door het wetsvoorstel werd bestreken. [...] Door de verantwoordelijke bewindspersonen is steeds het standpunt ingenomen dat de overtijdbehandeling, ondanks verbeterde zwangerschapstesten, niet als abortus in de zin van de Waz dient te worden beschouwd. Ook de Hoge Raad heeft dit in 1995 bevestigd." (p. 3, Nvt)

De Regering stelt dan:

> "Teneinde te bereiken dat deze zorgvuldigheid [d.w.z. de zorgvuldigheid waartoe de Waz verplicht, *BS*] wordt betracht, ongeacht de duur van de zwangerschap, is het juridisch niet strikt noodzakelijk [mijn onderstreping, *BS*] om de Waz zelf te wijzigen. Weliswaar valt de overtijdbehandeling strikt genomen buiten de reikwijdte van de Waz, maar feitelijk en materieel functioneert zij wel geheel binnen dat kader met uitzondering van de beraadtermijn." (p. 5, Nvt)

De Regering stelt verder:

> "Mede gelet op de uitwerking van de eerder genoemde afspraak uit het coalitieakkoord is het daarom van belang, met het oog op de waarborging van de kwaliteit en zorgvuldigheid van de overtijdbehandeling, vast te stellen dat de zorgvuldigheidseisen die op grond van de Waz

> gelden, feitelijk ook in acht worden genomen met betrekking tot de overtijdbehandeling." (p. 5, Nvt)

Nadat kort is uitgelegd welke eisen in de Waz worden gesteld, concludeert de Regering:

> "Om te bereiken dat bij de besluitvorming inzake de overtijdbehandeling voldoende zorgvuldigheid in acht wordt genomen, hoeft de wet daarom niet te worden aangepast, en kan voor de uitvoering van het coalitieakkoord worden volstaan met de wijziging van het Besluit afbreking zwangerschap. Hierin wordt immers zeker gesteld dat het ziekenhuis of de kliniek de zorgvuldigheidseisen genoemd in artikel 5 van de Waz, de eisen met betrekking tot hulpverlening en besluitvorming, respecteert." (p. 5, Nvt)

Ik meen dat die conclusie onjuist is en dat daarbij een misleidende argumentatie wordt gebruikt. Immers, de uitsluiting van de overtijdbehandeling ten aanzien van de reikwijdte van de Waz is vastgelegd in de wetgeschiedenis bij die wet. Ook de Nederlandse rechter heeft dat aanvaard. Als de wetgever derhalve wil waarborgen dat het regime, in de vorm van de zorgvuldigheidseisen, van de Waz bij de OTB wordt toegepast, dan zal dat in de Waz moeten worden opgenomen. Op dit punt wordt ook een wettechnisch probleem zichtbaar: de OTB is nooit als uitzondering in de Waz opgenomen. Dat doet echter niet af aan het feit dat de wetgeschiedenis ertoe dwingt die bepalingen niet op de OTB van toepassing te laten zijn. Daar kan aan worden toegevoegd dat volstrekt onduidelijk is waarom een verplicht onderzoek ter berekening automatisch zal leiden tot waarborging van de Waz-normen op de OTB.

De kern van de fout in de argumentatie kan worden gevonden in de volgende passage:

> "Hierin wordt immers zeker gesteld dat het ziekenhuis of de kliniek de zorgvuldigheidseisen genoemd in artikel 5 van de Waz, de eisen met betrekking tot hulpverlening en besluitvorming, respecteert."

Dat is te breed gesteld. De eisen met betrekking tot hulpverlening en besluitvorming moeten worden gerespecteerd ten aanzien van handelingen die onder de Waz vallen en dat geldt nu juist niet voor de OTB blijkens de wetsgeschiedenis. Anders gezegd: de regeling garandeert niet dat de eisen met betrekking tot hulpverlening en besluitvorming worden gerespecteerd ten aanzien van alle handelingen in de genoemde instellingen. De centrale fout moet gevonden worden in de werking van de opmerkingen omtrent de beperking van de term 'afbreking van zwangerschap'. Zoals eerder uiteengezet, heeft die invloed op de formele reikwijdte van het begrip en betreft het niet een opmerking die slechts weergeeft wat de toepassing in de praktijk zal zijn. De Regering lijkt hierbij onder andere aansluiting te hebben gezocht bij een advies van M.L. Vos en prof. F. van Wijmen van de Universiteit Maastricht. Ook in dat advies wordt de formele betekenis van de opmerkingen in de wetgeschiedenis mis-

kend. Dit terwijl het advies zich wel mede baseert op de uitspraak van de Hoge Raad waarin werd gesteld: "Blijkens de wetsgeschiedenis wordt overtijdbehandeling niet als afbreking van zwangerschap in de zin van de Waz aangemerkt [mijn onderstreping, *BS*]." Samengevat: de Hoge Raad stelt vast dat, gelet op de wetsgeschiedenis, de OTB geen maatregel is die de Waz beoogde te normeren.

Daarnaast is, zoals gesteld, de argumentatie ook misleidend. Ten aanzien van de structuur van de regeling heb ik al uiteengezet dat de Waz niet los kan worden gezien van art. 296 Sr. Een redelijke wetsuitleg brengt met zich dat de terminologie gebruikt in één en hetzelfde wetsvoorstel in beginsel gelijk moet worden geïnterpreteerd. Geenszins blijkt uit de wetgeschiedenis dat het afbreken van de zwangerschap in de Waz smaller moet worden geïnterpreteerd (namelijk met uitsluiting van de OTB) dan art. 296 Sr (met insluiting van de OTB). Kortom, het wetsvoorstel moet in zijn geheel worden gelezen en de gebruikte terminologie eenduidig geïnterpreteerd. Ik meen daarom dat de regeling voor abortus in zijn geheel (art. 296 Sr, de Waz en de Baz) OTB uitsluit. Het feit dat de praktijk bij toepassing van OTB de normen van de Waz wel hanteert doet aan die conclusie niet af.

Art. 296 Sr

Voor art. 296 Sr geldt voorts het volgende. De kernvraag hier is of de OTB onder het afbreken van zwangerschap valt in de zin van art. 296 Sr. De Regering tracht hier, door het beleid te veranderen, de inhoud van de strafbaarstelling te wijzigen. Dat is echter niet mogelijk. Wanneer een geval bij de strafrechter aanhangig zou worden gemaakt, zou deze het afbreken van de zwangerschap interpreteren aan de hand van de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis (naast anderen). Een Nota van toelichting bij een besluit kan in die in de wet gebruikte term geen verandering brengen, tenzij daartoe specifiek een bevoegdheid is gedelegeerd aan de Regering: daarvan is hier geen sprake. Kort en goed: de Nvt zou geen rechtsbron zijn voor de interpretatie van de delictsbestanddelen van art. 296 Sr.

In art. 296 Sr wordt gesproken van: "dat daardoor de zwangerschap kan (mijn onderstreping, *BS*) worden afgebroken". Daardoor lijkt een bredere reikwijdte te bestaan voor de strafrechtelijke bepaling dan voor de Waz. Ik meen dat die strafrechtelijk bepaling beperkt moet worden gelezen. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat het artikel bedoeld was als strafrechtelijk handhavingsmechanisme en de wet beoogde te normen de handelingen die waren *gericht* op afbreking van de zwangerschap. Aan de strafwet op dit punt en de Waz moet dus dezelfde reikwijdte worden gegeven.

Vaststellen zwangerschap

Ik merk overigens ook op dat het voorgestelde Besluit lijkt te menen dat momenteel een zwangerschap zonder enig probleem kan worden vastgesteld. Dat is niet het geval. En daarnaast kan ook de duur daarvan nog niet exact worden bepaald.

Conclusie

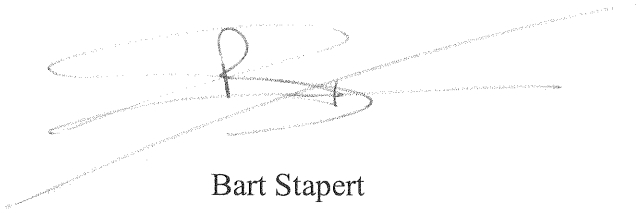
1. De tekst van het voorgestelde Besluit brengt geen wijziging aan in het juridisch regime dat geldt voor OTB.

2. De toelichting op de wijziging is onjuist. Via het voorgestelde Besluit kan geen juridische waarborg worden vastgelegd. Dit zal in de wet moeten gebeuren, aangezien de uitsluiting van de OTB in de jaren '80 ook tijdens de behandeling van de wet werd gesteld.

3. De toelichting op de wijziging is misleidend. Art. 296 Sr omvat niet de OTB. De Waz en art. 296 Sr hebben dezelfde reikwijdte.

Hopelijk heb ik u hiermee voldoende geadviseerd. Voor nadere vragen kunt u mij bereiken op bovenstaand kantoornummer of mobiel: 06-46238708.

Met vriendelijke groet,



Bart Stapert