

Artikel Michal Wawrykiewicz

Wawrykiewicz: het “arrest” van dit Hof heeft geen rechtskracht. Moeten de artsen bang zijn? Het “arrest” van het foutief gekozen Hof is nog niet gepubliceerd of het zorgt al voor een “verlamvend effect” en angst voor straf onder artsen.

Na de publicatie zullen de opsporingsinstanties op bevel van het politieke apparaat jagen op artsen die zwangerschapsonderbrekende procedures uitvoeren en hen in staat van beschuldiging stellen. De grootste verantwoordelijkheid komt te rusten op de schouders van de artsen en daarna op die van de onafhankelijke rechtbanken, die dergelijke tenlasteleggingen van een politiek gestuurd Openbaar Ministerie onwettig kunnen achten.

Analyse van de advocaat Michał Wawrykiewicz van de vereniging “Wolne Sądy”. De eerste voorbeelden van “overijverigheid” met betrekking tot antiabortus hebben we al. De directie van het Bielański-ziekenhuis in Warschau heeft zeer fel en op een volkomen ongegronde wijze gereageerd op het op 22 oktober bekendgemaakte arrest van het zogenaamde Constitutioneel Hof. In een brief aan het hoofd van de afdeling gynaecologie en verloskunde heeft de directie geschreven dat “onverwijd overgegaan dient te worden tot het respecteren van het arrest”, met andere woorden: geen abortussen uit te voeren vanwege zogenaamde embryopathologieën. Na onrust in de media is de instructie ingetrokken tot de publicatie van het “arrest”. Ik zal proberen in het kort duidelijkheid te verschaffen ten aanzien van het juridische belang en gevolgen van deze niet kwalificeerbare uitspraak, die op donderdag werd gedaan bij het gebouw aan de Aleje Szucha¹; een omgeving die niet voor het eerst in een slecht daglicht staat.²

Het Hof dat er niet is.

Allereerst dient de juridische status van het zogenaamde vonnis te worden beoordeeld. Het orgaan met de naam Constitutioneel Hof heeft in zijn huidige vorm en samenstelling het kenmerk van een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank, waarvan sprake in Art. 188 e.v. van de Grondwet van de Republiek Polen, verloren. Aan het hoofd staat Julia Przyłębska, die door de president op gebrekkige wijze is benoemd tot het ambt van voorzitter van het Hof. In de samenstelling heeft een drietal zogenaamde plaatsvervangers plaatsgenomen (Muszyński, Piskorski i Wyrembak), oftewel personen die geen rechters bij het Constitutioneel Hof zijn, maar benoemd zijn ter invulling van reeds juist ingevulde posities. Daarom bestaat er, gelet op de landelijke wetgeving en internationale standaarden, in de rechtsgeleerdheid geen enkele twijfel omtrent het feit dat een dergelijk orgaan geen juridisch bindende vonnissen kan uitvaardigen met het gewicht van arresten of besluiten van het Constitutioneel Hof. Het gevolg van een “echt” arrest van het Constitutioneel Hof kan immers het afschaffen (derogeren) tot gevolg hebben van bepaalde wettelijke bepalingen uit het Poolse rechtssysteem, die door het Hof als ongrondwettelijk zijn verklaard.

Gdynia 4732182

Het juridische oordeel met betrekking tot de benoeming van mevrouw Przyłębska en de plaatsvervangers is geen afwijkende mening van een deel van de juristen. Het is in principe een unaniem oordeel van alle constitutioneel juristen en kenners van het staatsrecht van statuur, zowel in Polen als daarbuiten, gebaseerd op een diepgaande analyse van tientallen expertmeningen op dit vlak, afkomstig van vooraanstaande rechtsinstellingen en -organisaties in Polen alsook internationale organisaties, waaronder de Commissie van Venetië (het adviesorgaan van de Raad van Europa inzake constitutioneel recht, bestaande uit meer dan honderd rechtsgeleerden, voornamelijk professoren constitutioneel en internationaal recht uit zestig landen), de Europese Commissie, de speciale gezant van de VN, en vele andere. De opvatting met betrekking tot de juistheid van het functioneren en

¹ Noot van de vertaler: Aan de Aleje Szucha is het Pools Constitutioneel Hof gevestigd.

² Noot van de vertaler: Aan de Aleje Szucha was in de Tweede Wereldoorlog het hoofdkwartier van de Duitse Sicherheitsdienst en Sicherheitspolizei.

wijzen van arresten door het huidige Constitutioneel Hof wordt in feite uitsluitend gehuldigd in regeringskringen en een aantal hen wisselend steunende juristen. In deze context is het de moeite waard de befaamde uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 12 maart 2019 aan te halen inzake Astradsson tegen IJsland, waarin het Straatsburgse hof bepaalde dat een onjuiste samenstelling van een rechtbank tot gevolg heeft dat de rechtbank niet geacht wordt gegrond te zijn op de wet en dat zijn vonnissen niet als rechtsgeldig beschouwd kunnen worden, waardoor deze kunnen worden aangevochten. In het geval van het PiS-Hof is de zaak helder, zelfs binair te noemen en bestaat er dienaangaande geen enkele twijfel.

Protesten 4732379

Het Arrest dat er niet is. Het probleem betreft echter zowel de wijze waarop de gebrekkige verklaringen uitgevaardigd door het Constitutioneel Hof kunnen worden aangevochten als de feitelijke gevolgen van de dwingende tenuitvoerlegging van deze “arresten” door de overheidsdiensten, in het bijzonder door het Openbaar Ministerie. In de onderhavige situatie dient uiteraard verwacht te worden dat het betreffende “arrest” inzake het abortusrecht binnenkort gepubliceerd zal worden en de opsporingsdiensten op bevel van het overheidsapparaat artsen die zwangerschapsbeëindigende ingrepen uitvoeren zullen achtervolgen en in staat van beschuldiging zullen stellen.

Aangezien deze zogenaamde arresten, gewezen door het orgaan aan de Aleje Szucha om de hierboven geschetste redenen niet de kenmerken van arresten van het Constitutioneel Hof hebben, worden ze door juristen het vaakst omschreven als sententiae non existens, ofwel niet bestaande arresten. Ze maken daarom ook geen deel uit van de rechtsorde.

Wanneer ze, zoals in dit geval, bepaalde wettelijke bepalingen ongrondwettelijk verklaren (hetgeen normaal gesproken uitsluiting van deze bepalingen uit het rechtssysteem tot gevolg zou hebben), dan dienen ze te worden behandeld alsof ze niet bestaan en de daarmee afgeschafte wettelijke bepalingen nog steeds van kracht zouden zijn.

Indien dit toegepast wordt op de voor ons interessante zaak, wordt conform de verklaring van 22 oktober van dit jaar (foutief Arrest van het Constitutioneel Hof genoemd) de wettelijke bepaling uit Art. 4a, lid 1, sub 2 van de wet uit 1993 inzake Familieplanning, Bescherming van de Menselijke Foetus en de Toelaatbaarheid van het Afbreken van de Zwangerschap (de wet die het zogenaamde “abortuscompromis” bevat) ongrondwettelijk verklaard, gelet op het feit dat de bepaling de in de grondwet vervatte bescherming van het leven en menselijke waardigheid (Art. 38 jo, art 30) overtreedt. De ongrondwettelijk verklaarde wettelijke bepaling bevat één van de in de wet opgenomen redenen voor een toegestane zwangerschapsbeëindiging, dat wil zeggen een hoge mate van waarschijnlijkheid van een zware en onomkeerbare invaliditeit van de foetus dan wel een ongeneeslijke, voor de foetus levensbedreigende ziekte. De aanname dat de wettelijke bepaling ongrondwettelijk is betekent, zoals ik hierboven al uiteen heb gezet, de uitsluiting ervan uit de wet.

De bepalingen uit het Pools Wetboek van Strafrecht inzake de strafbaarstelling van abortus (Art. 152 en volgende) bepalen in het bijzonder dat de afbreking van de zwangerschap door een arts in overtreding van de wet inzake Familieplanning enz. gestraft wordt met een gevangenisstraf tot 3 jaar en indien het kind in staat kon worden geacht zelfstandig te kunnen overleven buiten het lichaam van de dragende vrouw (d.w.z. na de 28e week van de zwangerschap), met een gevangenisstraf van tot zelfs 8 jaar.

Protest 4732311

Opgemerkt dient te worden dat de vrouw in geen enkel geval strafrechtelijke verantwoordelijkheid draagt. De verantwoordelijke is de arts of hij die de vrouw helpt of aanzet de zwangerschap te beëindigen op een wijze die de wettelijke bepaling overtreedt. De helpende persoon kan bijvoorbeeld degene zijn die informatie deelt met betrekking tot waar de abortus uitgevoerd kan worden of

bijvoorbeeld iemand die de abortus financiert. Een persoon die aanzet kan eenieder zijn die invloed heeft op de beslissing van de vrouw. Daarbij is het van belang dat volgens de Poolse wet deze personen tevens in Polen strafrechtelijk verantwoordelijk zijn wanneer de ingreep uitgevoerd wordt in het buitenland waar het uitvoeren ervan legaal is. Met andere woorden: het Openbaar Ministerie kan de helpende of aanzettende persoon vervolgen.

Vanaf wanneer zijn deze strafrechtelijke bepalingen verbindend, even geheel theoretisch aannemend dat dit inderdaad een rechtsgeldig arrest van het Constitutioneel Hof was? Om rechtsgevolg te hebben dient een arrest van het Constitutioneel Hof niet alleen bekend te worden gemaakt op een zitting, maar ook gepubliceerd, normaal gesproken in het Poolse Staatsblad. De arresten van het Constitutioneel Hof dienen op grond van de Grondwet (Art. 190, lid 2) onverwijld gepubliceerd te worden. Pas dan kunnen ze in werking treden. Daarbij heeft niemand het recht een dergelijke publicatie te weigeren of om welke reden dan ook op te houden. Uiteraard is hier de hele tijd sprake van theoretische beginselen met betrekking tot de arresten van een normaal en juist werkend Constitutioneel Hof. Verantwoordelijke voor de publicatie is het hoofd van de Ministerraad, een dergelijke bekendmaking is verplicht en dient onverwijld te geschieden.

Indien we met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor zwangerschapsonderbreking dus in theorie aannemen dat het arrest van het Constitutioneel Hof bindend is, zal de wijziging in het strafrecht pas plaatsvinden op het moment van publicatie van het "arrest" in het Staatsblad. Het is dus in geen geval mogelijk strafrechtelijk aansprakelijk te zijn vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wettelijke bepaling in de wet inzake Familieplanning (pas dan wordt de mogelijkheid uit het Poolse Wetboek van Strafrecht tot strafbaarheid in gang gezet). Overeenkomstig het rechtsbeginsel *nullum crimen sin lege* (geen misdrijf zonder wet), dat zowel in de Poolse Grondwet is opgenomen (Art. 42) als in het Poolse Wetboek van Strafrecht (Art. 1), kan een feit alleen strafrechtelijke aansprakelijkheid tot gevolg hebben wanneer dit verboden en strafbaar was op grond van een wettelijke bepaling die van kracht was op het moment van het begaan van dit feit. Voorlopig kent het Poolse strafrecht geen strafrechtelijke aansprakelijkheid in gevallen van abortus om embryopathologische redenen. En het is niet mogelijk iemand aansprakelijk te stellen voor daden gepleegd vóór de inwerkingtreding van nieuwe bepalingen.

Angst en verlamdend effect.

De reactie van het ziekenhuis in Warschau en andere medische instellingen die gestopt zijn met het uitvoeren van ingrepen en patiënten ontslaan die in aanmerking komen voor het ondergaan van een zwangerschapsonderbreking is, zelfs wanneer ze het "arrest" willen respecteren, zeker prematuur. Het toont echter wel het verlamdende effect en angst voor de politiek ondergeschikte opsporingsdiensten.

Indien het "arrest" van het Constitutioneel Hof in het Staatsblad wordt gepubliceerd en een arts over zal gaan tot een zwangerschapsonderbrekende ingreep of iemand een vrouw helpt of haar daartoe aanzet, kan men met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid verwachten, dat het Openbaar Ministerie, de politieke wens uitvoerend en zonder acht te hebben voor het gebrek aan juridische betekenis van het "arrest" van het Constitutioneel Hof, deze personen zal opsporen en vervolgen.

Bij de behandeling van een dergelijke zaak kan de rechtbank – en ik ben ervan overtuigd dat die dat ook zal doen – onderzoeken of een dergelijk "arrest", dat de wet heeft gewijzigd en drastisch het bereik van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het uitvoeren van een abortus heeft verbreed, een arrest is van het Constitutioneel Hof waaraan de rechtbank gebonden is. Indien de rechtbank besluit dat dit niet zo is, dan kan er uiteraard geen sprake zijn van welke strafrechtelijke verantwoordelijkheid of straf dan ook.

De rechtbank kan zich in een dergelijke situatie (een tenlastelegging op grond van door een "arrest" van het Constitutioneel Hof gewijzigde wettelijke bepaling) tevens wenden tot Hof van Justitie van de

Europese Unie (HvJ-EU) in Luxemburg met een prejudiciële vraag (oftewel een rechtsvraag voor het wijzen van een vonnis) omtrent een beoordeling van de status van het “arrest” van het Constitutioneel Hof in het licht van het unierecht en daarbij tegelijkertijd de status van het Constitutioneel Hof zelf als een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank naar de standaarden van het verdrag.

Dat zal mogelijk zijn, aangezien het “arrest” van het Constitutioneel Hof een rechtscheppend karakter heeft en van de beoordeling of deze al dan niet geacht moet worden te bestaan de rechtsgrond afhangt voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor zwangerschapsonderbreking. Een prejudiciële vraag is een rechtsvraag aan het HvJ-EU inzake de interpretatie van het Europese recht, die gesteld kan worden door elke Poolse rechtbank. Overeenkomstig Art. 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is wanneer een zaak bij de hoogste instantie komt (in dit geval dus het Hooggerechtshof uit hoofde van cassatie) een dergelijke instantie zelfs verplicht de vraag door te sturen naar Luxemburg, wanneer die instantie twijfels heeft omtrent de status van het huidige Constitutioneel Hof en zijn arresten. De uitspraak van het HvJ-EU kan in een dergelijke zaak absoluut baanbrekend zijn wanneer deze bepaalt dat het momenteel aan Aleje Szucha functionerende orgaan geen kenmerken van een onafhankelijke rechtbank heeft en zijn zogenaamde arresten als niet bestaand gezien dienen te worden.

4732148

Het scenario dat de zaak van het “arrest” van het Constitutioneel Hof binnenkort op de rol in Luxemburg komt is zeer waarschijnlijk. Ook omdat het kort geleden door het Europees Parlement aanvaarde rapport inzake de rechtsstaat in Polen aanbevelingen bevat voor de Europese Commissie voor het beginnen van een zogenaamde inbreukprocedure met betrekking tot het Poolse Constitutioneel Hof. Het parlement merkt namelijk op dat de bepalingen die de inrichting van het Constitutioneel Hof in de jaren 2015-2016 gewijzigd hebben alsook de opzet en de wijze van functioneren van het Constitutioneel Hof het recht van de Europese Unie hebben overtreden.

Na het hier besproken “arrest” van 22 oktober en de maatschappelijke reactie die sinds een aantal dagen zichtbaar is op de straten van de Poolse steden, heeft de Europese Commissie een zeer sterk argument gekregen om zich met een dergelijke klacht te wenden tot het HvJ-EU. Dat zal een procedure worden die analoog is aan de zaak met betrekking tot Puzsca Białowieska of het verwijderen van de rechters bij het Hooggerechtshof. In het kader van een dergelijke procedure kan het Luxemburgse Hof op verzoek van de Europese Commissie een direct werkzame maatregel toepassen, in de praktijk resulterend in de staking van de werking van het besproken “arrest” van het Constitutioneel Hof. Het doen van een dergelijke finale uitspraak, waarin de Poolse voorschriften betreffende het Constitutioneel Hof als niet in overeenstemming met de beginselen van een effectieve rechtsbescherming en daarmee het recht van iedere EU-burger op een onafhankelijke, onpartijdige rechtbank beschouwd worden, zou tot gevolg hebben dat deze bepalingen, en daarmee alle activiteiten van het Constitutioneel Hof vanaf het moment van zijn politieke overname in 2016, als *non existens* beschouwd moeten worden.

Tevens kan niet worden uitgesloten dat indien een persoon in staat van beschuldiging gesteld wordt voor het overtreden van de wettelijke abortusbepalingen, deze zich wendt tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg met een verzoek tot het nemen van een voorlopige maatregel (*interim measure*) op grond van Art. 3 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens inhoudende het verbod op een onmenselijke behandeling, of dat deze persoon een verzoek indient bij het Mensenrechtencomité van de VN voor het bieden van bescherming analoog hieraan, op grond van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van de VN.

Er bestaan een aantal wegen en rechtsmiddelen. Zeker is dat vroeg of laat de onrechtmatige activiteiten van het Constitutioneel Hof in de periode 2016-2020 effectief juridisch zullen worden aangevochten en elke vrees omtrent effectieve straffen in verband met het “arrest” van 22 oktober

en het uitvoeren van ingrepen van zwangerschapsonderbrekingen vanwege embryopathologieën weggenomen zal worden.

Tot die tijd moeten artsen allereerst rekening houden met het welzijn en de veiligheid van de vrouw en zich bij het nemen van beslissingen laten leiden door de tot op heden geldende wettelijke bepalingen. Dat is hun ethische plicht, ondanks het feit dat hun het gevaar van een onrechtmatige toepassing door de overheid van het onderdrukingsapparaat en pogingen hen strafrechtelijke sancties op te leggen boven het hoofd hangt.