

REDACTIONELE KANTTEKINGEN

Legalisatie van abortus provocatus op medische en sociale gronden

De wenselijkheid van legalisatie van abortus provocatus op medische indicatie in enge of ruime zin is in de laatste tijd nogal eens in het nieuws. Prof. Dr. P. MUNTENDAM geeft in dit nummer als klinische les een overzicht van de betekenis van de vruchtafdrijving in onze samenleving en van veel problemen die ermee samenhangen. Hiermee schreef de sociaal-geneeskundige een „klinische” les in de klassieke vorm; hij knoopt zijn beschouwingen vast aan ervaringen bij een eigen patiënt. Aan het eind van zijn artikel bespreekt MUNTENDAM de Nederlandse wetgeving ten aanzien van abortus provocatus. Hij deelt mee dat men hier te lande niet aanstuurt op een wetswijziging waarbij voor abortus provocatus op medische indicatie door ont-heffingsbepalingen straffeloosheid wordt geregeld en hij betuigt daarmee instemming.

Uit het betoog van MUNTENDAM blijkt dat men op juridische gronden meent dat uitzonderingsbepalingen niet nodig zijn om een medicus die een abortus opwekt op grond van wetenschappelijk en beroeps-ethisch als deugdelijk aanvaarde overwegingen, straffeloosheid te verzekeren.

Om enig nader inzicht te krijgen in de regels die in ons strafrecht gelden voor abortus op medische indicatie en in de achtergronden daarvan, zal men uiteraard bij een jurist te rade moeten gaan. Wij vinden het bijzonder gelukkig dat wij in dit nummer ook een artikel kunnen plaatsen over dit onderwerp van Prof. Mr. C. J. ENSCHEDÉ. Ongetwijfeld zullen talrijke lezers de aanwezigheid van deze vreemde eend in onze bijt op grote prijs stellen. Aan het lezen van deze beschouwingen kan ook de medicus veel genoeg beleven.

REDACTIE

GENEESKUNDE EN RECHTSWETENSCHAP

Abortus op medische indicatie en strafrecht

DOOR PROF. MR. CH. J. ENSCHEDÉ TE AMSTERDAM

Inleiding

Kort geleden heeft een kring van medici mij de vraag voorgelegd of het nodig is, ter waarborging van de straffeloosheid van de abortus op medische indicatie, in de wet een schriftelijke bepaling op te nemen. Ik heb die vraag ontkennend beantwoord. Dat antwoord heb ik van een motivering voorzien, die ik — ietwat aangepast aan de eisen die een publikatie nu eenmaal stelt — thans in het licht geef, aangezien mogelijk ook anderen in de kringen van artsen en juristen voor deze vraag en dit antwoord belangstelling hebben. De juristen onder de lezers zullen in het navolgende veel vanzelfsprekends aantreffen; het stuk werd dan ook in de eerste plaats voor artsen opgesteld¹.

Beschouwing

Men kan de vraag of het nodig is ter waarborging van de straffeloosheid van de abortus op medische indicatie een schriftelijke bepaling op te nemen, bezien onder *maatschappelijk* en onder *juridisch* oogpunt.

Maatschappelijk oogpunt: Een bepaling als waarvan in de vraagstelling sprake is, komt in onze geschreven wet niet voor. De juridische leek, die de wet raadpleegt, krijgt daardoor de indruk, dat abortus ingevolge de artt. 251 bis en 295-298 van het Wetboek van Strafrecht een strafbaar feit is, ook als de abortus geschiedde op medische indicatie.

Het juridische oogpunt: Voor de vraag, of inderdaad de abortus op medische indicatie strafbaar is of niet, is uiteraard de indruk, die de juridische leek bij de lezing van de strafwet opdoet, irrelevant. Onder juridisch oogpunt krijgt de vraag deze gestalte:

— Is naar geldend recht de arts, die op grond van een medische indicatie een zwangerschap afbreekt, strafbaar?

Zij, die de straffeloosheid op medische indicatie voorstaan, zullen bij een bevestigende beantwoording van deze vraag pleitbezorgers zijn voor een aanvulling van de wet in de zin van de vraagstelling. In het navolgende wordt als uitgangspunt genomen, dat de arts, die op grond van een medische indicatie een zwangerschap afbreekt, straffeloos behoort te zijn. Daarbij blijft voorshands de inhoud van het begrip „medische indicatie” in het midden. Of nu een bepaling als hiervoor bedoeld in onze wet moet worden opgenomen, kan alleen worden beslist op grond van kennis van het strafrechtelijke begrippenstelsel. Een uiteenzetting van de bouw van dat stelsel kan dus niet worden gemist.

Vóór de Franse revolutie wortelde een belangrijk deel van het strafrecht hier te lande in ongeschreven recht. De rechter beoordeelde aan de hand van zijn eigen zedelijke opvattingen, de traditie, vroegere rechterlijke uitspraken, Mozaïsch recht, enz., of de aan zijn beslissing onderworpen gedragingen strafwaardig waren of niet. Onder de invloed van de drang naar rechtszekerheid, die zich in het tijdvak van de Verlichting en na de Franse revolutie manifesteerde, is dit strafrechtelijk gewoonterecht afgeschaft. Zo zegt het eerste artikel van ons in 1881 vastgesteld en in 1886 ingevoerd Wetboek van Strafrecht, dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een wettelijke strafbepaling. Door deze afschaffing heeft onze wetgever zichzelf een omvangrijke wetgevende taak gesteld. Hij

moest nu uit alle denkbare onrechtmatige gedragingen die gedragingen beschrijven, die in het vervolg ook strafbaar zouden zijn.

Er is namelijk tussen onrechtmatigheid (wederrechtelijkheid) en strafbaarheid een nauw verband. „Strafbaarheid van wat niet wederrechtelijk is, zou zinloos zijn” (NOYON-LANGEMEIJER, *Het Wetboek van Strafrecht verklaard*, I⁶, bl. 11). Het strafrecht is immers een sanctierecht: het reageert met sancties (ingrepen in de persoonlijke rechten en het persoonlijk leven van de dader) op gedrag van de dader, dat een rechtsnorm schond. Het gaat daarbij steeds om normen, die hem tot een bepaald gedrag (een handelen of een nalaten) verplichtten.

Is dus enerzijds een feit alleen dan strafbaar als het ook wederrechtelijk is, anderzijds zijn er heel wat wederrechtelijke gedragingen, die niet strafbaar zijn. Een voorbeeld: wie tegen de zin van de eigenaar een fiets „leent”, handelt wederrechtelijk, ook als men overeenkomstig zijn bedoeling de fiets enkele uren later weer terugbezorgt. Zou bijvoorbeeld de eigenaar door dat tijdelijke gemis van zijn fiets schade lijden (hij zou een afspraak missen, waardoor hem een winstgevende overeenkomst is ontgaan bijvoorbeeld), dan zou de eigenaar de „lener” voor de burgerlijke rechter op grond van onrechtmatige daad kunnen dagvaarden tot schadevergoeding. Maar zulk een wederrechtelijk wegnemen van een goed, dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort, is slechts *strafbaar*, als de wegnemer bij zijn daad het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening had (zie art. 310 Sr). Wij zien dus: een niet onbelangrijk gebied van wegnemingshandelingen is wel onrechtmatig, maar niet strafbaar. Daartegenover is er geen gebied van strafbare gedragingen denkbaar dat niet ook onrechtmatig is.

De wetgever heeft aan de opdracht van art. 1 Sr nu voldaan, door de opstelling van *delictsomschrijvingen*. Voor de abortus ontwierp hij twee typen van zulke delictsomschrijvingen. Het oudste type komt voor in de artt. 295 e.v. Wetboek van Strafrecht en bevat als kernstuk het zinsdeel: „opzettelijk de afdrijving of de dood der vrucht van een vrouw veroorzaken”. In de praktijk bleek deze omschrijving niet te voldoen, omdat het bijzonder moeilijk bleek te bewijzen, dat de vrucht op het ogenblik van de daad had geleefd. Daarom voerde de wetgever in 1911 naast deze omschrijving een andere in, waarin niet het leven, zelfs niet het bestaan van de vrucht als strafbaarheidsvereiste was opgenomen: „opzettelijk een vrouw in behandeling nemen of een behandeling doen ondergaan, te kennen gevende of de verwachting opwekkende dat daardoor zwangerschap kan worden verstoord”. (art. 251 bis Sr).

Bij de opstelling van de delictsomschrijvingen — en dat geldt voor de onderhavige zo goed als voor alle andere delictsomschrijvingen, die de wetgever in het Wetboek van Strafrecht en elders in de wetten heeft neergelegd — streeft de wetgever een zodanige formulering na, dat hij die met zijn gedrag zo'n delictsomschrijving heeft vervuld, als regel ook wel wederrechtelijk heeft gehandeld, terwijl hem bovendien

als regel ook wel voor zijn gedrag een verwijt gemaakt kan worden. Wil de dader strafbaar zijn, dan moeten namelijk deze drie voorwaarden zijn vervuld:

— de gedraging moet zijn gesteld onder zodanige omstandigheden, dat alle elementen van de in de wet opgenomen delictsomschrijving voorhanden zijn;

— de gedraging moet wederrechtelijk zijn;

— de dader moet schuld hebben, dat wil zeggen: hem moet een verwijt kunnen worden gemaakt van hetgeen hij heeft gedaan.

De tweede en de derde voorwaarde nu zijn meestal wel, maar niet altijd voorhanden met het vervuld zijn van de delictsomschrijving. Dat komt, omdat een wetgever nu eenmaal niet in staat is een uitputtende en voor alle omstandigheden passende omschrijving te geven van de omstandigheden, die de wederrechtelijkheid of de verwijtbaarheid vormen dan wel wegnemen.

Een voorbeeld: volgens art. 287 Sr is strafbaar wegens doodslag hij, die „opzettelijk een ander van het leven berooft”. Opzettelijk handelt hij, die weet, dat van zijn handelen de dood van de ander een waarschijnlijk gevolg is. Zéker kan men immers, strikt genomen, nooit van bepaalde gevolgen zijn. Meer dan deze wetenschap is voor opzet niet vereist: het is bepaald niet zo, dat alleen doodslag pleegt hij, die de dood van een ander wil. Nu zal in verreweg de meeste gevallen hij, die opzettelijk een ander van het leven berooft, daarmee wel een onrechtmatige gedraging stellen en bovendien verwijt moeten aanvaarden voor hetgeen hij deed. Maar toch is dat niet áltijd het geval.

De soldaat, die in de oorlog tijdens het gevecht de vijand doodt, vervult de delictsomschrijving en toch is wat hij deed niet wederrechtelijk: hij deed zijn plicht. Maar van het wegvallen van deze wederrechtelijkheid is in art. 287 niets te lezen. Zo zijn gevallen denkbaar, waarin de arts een levensgevaarlijke operatie uitvoert onder omstandigheden, die maken dat de delictsomschrijving is vervuld. Dat zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn, wanneer de operatie grote kans heeft een dodelijke afloop te versnellen, maar toch altijd nog een kleine kans biedt op genezing, terwijl niet opereren zeker tot de dood zal leiden, zij het na langere tijd. Als echter die operatie is toegepast in overeenstemming met datgene, wat daaromtrent in de medische wetenschap is neergelegd naar algemeen erkende regelen, dan heeft de medicus niets anders gedaan dan van hem bij een goede beroepsuitoefening mocht worden verwacht. „Wegvallen van de wederrechtelijkheid bij een feit, dat alle bestanddelen van een delictsomschrijving vertoont, zal . . . langs deze weg betekenis kunnen hebben, dat de rechter ontslag van rechtsvervolging zou moeten uitspreken op grond van nietstrafbaarheid van het feit, wanneer hij meent ernstig rekening te moeten houden met bijzondere omstandigheden, die in het licht van een geschreven of ongeschreven rechtsregel het feit als rechtens wenselijk doen voorkomen ondanks deszelfs strijd met een verbodsbepaling”. (NOYON-LANGEMEIJER, I⁶, bl. 11/12).

De wetgever van 1881/1886 stond op een legalistisch standpunt. Hij ging in beginsel uit van de gedachte,

dat het gehele strafrecht behoorde te zijn neergelegd in geschreven strafwetten. De wetgever heeft dan ook, ten einde op de „te ruime” delictsomschrijvingen de nodige correctie door de rechter mogelijk te maken, in het strafwetboek opgenomen een aantal *algemeene strafuitsluitingsgronden* zoals ontoerekenbaarheid wegens krankzinnigheid, overmacht, noodweer. Men vindt die strafuitsluitingsgronden in art. 37 en de artt. 40 t/m 43 Sr. Die strafuitsluitingsgronden zijn ofwel rechtvaardigingsgronden: zij leiden ertoe dat de wederrechtelijkheid ontbreekt, ondanks het vervuld zijn van de delictsomschrijving; ofwel schulduitsluitingsgronden: zij leiden ertoe, dat de schuld ontbreekt ondanks het vervuld zijn van de delictsomschrijving. Intussen zijn de opvattingen gewijzigd. Het legalistisch uitgangspunt is *gehandhaafd* voorzover het betreft de gronden van *strafbaarheid*: de regel van art. 1 Sr. wordt onverminderd gehandhaafd. Maar daar, waar het gaat om gronden tot *vrijstelling van straf* heeft onze rechtspraak buiten de geschreven strafwet strafuitsluitingsgronden aanvaard. Twee arresten zijn in dit verband van belang:

1. HR 14 februari 1916, NJ 1916. 681². De algemene politie-verordening verbood de verkoop van verdunde melk. Een melkhandelaar stuurde zijn knecht de wijk in met een bus verdunde melk. De knecht verkocht de melk. De vraag rees nu: is de knecht strafbaar? Vast stond, dat de knecht de delictsomschrijving had vervuld: hij had verdunde melk verkocht. De HR oordeelde, dat hij desalniettemin niet strafbaar was wegens afwezigheid van schuld. Men kon de knecht niet verwijten, dat hij niet wist, dat de melk verdund was, omdat de knecht niet geacht kan worden gerechtigd te zijn geweest te onderzoeken of aan de melk, die zijn patroon hem opdroeg af te leveren, iets was toegevoegd.

2. De HR 20 februari 1933, NJ 1933. 918. Er heerste in het Gooi mond- en klauwzeer. Volgens de Veewet was het verboden en strafbaar gezond vee in verdachte toestand te brengen. De veearts van de modelboerderij Oud-Bussum bracht gezonde, droogstaande koeien in een besmette stal. Hij deed dit, zo voerde hij aan, omdat hij in Utrecht had geleerd, dat droogstaande koeien, besmet met mond- en klauwzeer, een goede kans hadden de epidemie te overleven. De veearts stond terecht wegens overtreding van de Veewet. Hij had de delictsomschrijving vervuld. Nochtans oordeelde de HR hem niet strafbaar. De rechter overwoog daarbij:

— dat de veearts, die, naar juist wetenschappelijk inzicht, in het welbegrepen belang van vee, op dat vee een zekere behandeling toepast, zich niet schuldig maakt aan een strafbare gedraging;

— dat niet kan worden aangenomen, dat volgens genoemd artikel zou kunnen worden gestraft de veearts, die bij het toepassen van een zekere behandeling van dat aan zijn zorg toevertrouwde vee, handelt niet slechts volgens hetgeen naar eigen inzicht geoorloofd en wetenschappelijk aangewezen is, doch ook volgens in zijn wetenschap algemeen als juist erkende richtsnoeren, en die daarbij, ook alweer volgens algemeen

erkend deskundig inzicht, door voorkoming van ernstig lijden, het heil van het in verdachte toestand gebrachte vee bevordert.

Kortom: de veearts, die handelde overeenkomstig een wetenschappelijk gefundeerde veterinaire indicatie, deed wat *wenselijk* was en is dus straffeloos, hoewel hij de delictsomschrijving heeft vervuld. Die strafeloosheid berust niet op afwezigheid van schuld, maar berust op afwezigheid van de wederrechtelijkheid.

Volledigheidshalve zij opgemerkt, dat de HR zich in de zaak tegen de veearts impliciet op het standpunt gesteld heeft, dat de wet voor dit geval niet zelf met zoveel woorden een strafuitsluitingsgrond heeft aangewezen. Daarmee heeft de HR hier de overmacht, die immers wel in de wet voorkomt, als grond van strafuitsluiting voor dit geval geëlimineerd.

In dit verband dient te worden opgemerkt, dat de term „strafbaar feit” meerduidelig is. Er is geen enkel bezwaar tegen om te zeggen: de delictsomschrijvingen omschrijven de strafbare feiten, maar men bedenke dat zo'n strafbaar feit pas . . . strafbaar! is, wanneer ook de wederrechtelijkheid aanwezig is. Eigenlijk nog één stap verder: de term „strafbaar feit” als zodanig is niet onbedenklijk. Niet het feit is vatbaar voor straf, is strafbaar, maar hoogstens de dader. De term „strafbaar feit” is eigenlijk een ellips voor: feit, naar aanleiding waarvan op de dader straf mag worden toegepast (indien de wederrechtelijkheid en de schuld vaststaan).

De slotsom lijkt duidelijk: naar geldend recht pleegt de arts, die op medische indicatie een zwangerschap afbreekt, geen strafbaar feit; hij moge een delictsomschrijving hebben vervuld, maar, omdat hij deed wat wenselijk was, valt de wederrechtelijkheid ondanks het vervuld zijn van een delictsomschrijving weg.

Het hierboven ontwikkelde inzicht in het strafrechtelijk begrippensysteem leidt tot de slotsom, dat een bepaling als waarvan de vraagstelling spreekt, niet nodig is. Zo'n bepaling zou zelfs verwarrend zijn en ook uit anderen hoofde niet gewenst. Zodra men immers zou gaan trachten het begrip „medische indicatie” in een geschreven wettelijke bepaling nader te omschrijven, voert men in dat begrippenstelsel een element in, dat remmend kan werken op de ontwikkeling van dat begrip „medische indicatie”. Wij raken hiermee aan het zo straks voorlopig terzijde gelaten punt, dat de term uit den aard der zaak geen onveranderlijke betekenis heeft. Vanuit juridisch oogpunt is daartegen geen bezwaar. Het juridische begrippenstelsel is juist opgebouwd uit termen, die niet zozeer definities zijn als wel typering. Zij zijn dus voorzien van betekenissen, die in hun kerngebieden duidelijk en ondubbelzinnig zijn, maar die, hoe verder zij zich van de kern verwijderen, voor verandering en ontwikkeling vatbaar zijn. De jurist tracht, ondanks deze betekenisveranderingen, die begrippen tot elkander in vrij vast gestructureerde, logische relaties te handhaven, tot het ogenblik, dat die betekenisverschuivingen hem nopen tot een herziening van die structuur. Door deze methode waar-

borgt hij, dat het rechtsstelsel met de culturele ontwikkeling kan meegroeien.

Het lijkt geen twijfel dat het begrip „medische indicatie” nu een andere en ruimere betekenis heeft dan bijvoorbeeld in de tachtiger jaren van de vorige eeuw. Maar dat neemt niet weg, dat het binnen het juridische stelsel op overeenkomstige wijze kan functioneren.

In hoeverre kan het feit, dat in andere landen, met name in Duitsland en in Engeland, gedacht wordt over wetgeving ter waarborging van de strafvrijheid van de abortus op medische indicatie van invloed zijn op onze Nederlandse situatie?

Wat Duitsland betreft, dient te worden bedacht, dat er verschil is tussen de positie van het Duitse en van het Nederlandse Openbaar Ministerie. Zowel in Duitsland als in Nederland staat de strafrechter in het algemeen in die zin onder de negatieve controle van het Openbaar Ministerie, dat de rechter geen enkele strafzaak kan entameren, die hem niet door het Openbaar Ministerie is voorgelegd. De vrijheid om van een vervolging af te zien, is echter voor het Nederlandse Openbaar Ministerie groter dan voor het Duitse. Naar Duits recht heeft het Openbaar Ministerie in het algemeen de plicht om te vervolgen — wij bezigen hier begrippen uit het Nederlandse recht die het Duitse zó niet kent — als het kan bewijzen dat een delictsomschrijving is vervuld. Naar Nederlands recht mag het Openbaar Ministerie, ook als de zaak bewijsbaar is, om redenen van algemeen belang van vervolging afzien.

De indruk bestaat, dat ons Openbaar Ministerie juist in de gevallen waarom het hier gaat, van deze bevoegdheid een prudent gebruik maakt. Het aantal vervolgingen van artsen ter zake van abortus, waarbij een beroep op medische indicatie is gedaan, is onbekend; de indruk bestaat intussen, dat het sedert 1886 bepaald geen groot getal is.

Ook ten opzichte van een vergelijking met Engeland is voorzichtigheid geboden. De dogmatiek van het Engelse strafrecht is minder ver en minder fijn ontwikkeld dan die van het Nederlandse strafrecht. Dat brengt mede, dat in het Engelse recht eerder behoefte zal bestaan aan het scheppen van speciale strafuitsluitingsgronden voor speciale gevallen. Bovendien speelt mogelijk hierbij nog de omstandigheid een rol, dat de Engelse wetgever rekening moet houden met de eigenaardigheden van het juryproces. Daarnaast dient nog bedacht dat de in ons recht ver doorgevoerde scheiding tussen privaat- en strafrecht in het Engelse recht veel minder scherp is; dat brengt mee, dat de bevoegdheid tot het aanspannen van een strafproces in Engeland niet uitsluitend is voorbehouden aan de overheid.

De vraag rijst nog, in hoeverre de wetgever er goed aan heeft gedaan, een strafverzwaring te verbinden aan het feit, dat de dader geneeskundige, enz. is (art. 298 Sr). Daarbij dient bedacht dat art. 298 Sr uitsluitend het ter beschikking van de rechter staande

strafmaximum verhoogt. Het verplicht de rechter niet, aan een arts op grond van het enkele feit dat hij arts is, een hogere straf op te leggen dan aan een ander. In het bijzonder blijven de door de wet op het feit gestelde strafminima voor artsen gelijk aan die voor andere verdachten.

In hoeverre wordt de hier gegeven opvatting door de schrijvers gedeeld? Het standpunt van Minister MODDERMAN is duidelijk door het volgende citaat uit SMIDT, II³: In het O.R.O.² voor de huidige artt. 296 en 297 was op de strafbaarheid van het opzettelijk plegen van abortus door een ander dan de vrouw zelf een uitzondering gemaakt, luidende „behalve in geval van levensgevaar voor de vrouw of de vrucht” omdat toepassing van art. 41 Sr in deze gevallen gewrongen werd geacht. Minister MODDERMAN heeft deze exceptie geschrapt met de volgende gronden:

„1. de reserve is volstrekt overbodig. Is het ooit bij iemand „opgekomen om art. 309 Code Pénal van toepassing te achten „op den chirurgijn die eene operatie verricht of op den Is- „raëlitischen besnijder? Als een letterknecht de toepasselijk- „heid beweerd had op grond dat in dat artikel, geheel in 't „algemeen, van „*faire des blessures*” sprake is, dan zou de „jurist, gedachtig aan het „*scire leges, non est verba tenere „sed vim ac potestatem*” zelfs geen antwoord hebben noodig „gekeurd.

„In 't algemeen is de genees-, heel- en verloskundige vol- „komen gedekt, zoo dikwerf hij handelt naar de regelen „zijner kunst. Toestemming van den patiënt is nóch altijd „noodig — de patiënt is wellicht bewusteloos; — nóch op „zichzelve voldoende — de chirurgijn die een gezond jong „man op zijn verzoek een been afzette om hem van de militie „vrij te maken, zou strafbaar zijn. Bij de beantwoording der „vraag of inderdaad naar de regelen der kunst gehandeld is, „heeft men 1°. zich te verplaatsen op het tijdstip waarop „gehandeld wordt. Het is mogelijk dat eene operatie *ex post* „*facto* blijkt niet noodig geweest te zijn; toch is de medicus „volkomen gedekt, indien hij slechts — en dat kunnen de „vakgenooten beoordeelen — goede redenen had haar „noodig of wenschelijk te achten; 2°. geen specialen maar „een algemeenen maatstaf te gebruiken. Men mag van den „medicus niet vorderen dat hij wete datgene wat de eerste „specialiteit in het vak zou hebben geweten. Alleen dan valt „zijne kunstfout onder 't begrip „culpa”, „*si ignorabat quod „omnes medici sciunt*”, bv. als hij (zooals eenmaal te „Rotterdam is voorgekomen) de uithangende uterus voor „een gezwel aanziet en dien afsnijdt.

„Ook bepaaldelijk wat de juridieke appreciatie der han- „delingen van den accoucheur aangaat, bestaat tusschen „medici en juristen geen verschil. Als conflict bestaat (op „goede gronden vermoed wordt) tusschen 't belang van de „moeder en dat van de vrucht, dan gaat 't belang van de „moeder voor en weet de medicus wat hem te doen staat. „Uit niets hoegenaamd is gebleken dat hier te lande de wet- „gever met zijne door hare algemeenheid altijd gebrekkige „formules moet tusschen beide treden, hetzij om de medici „te beschermen tegen de juristen, hetzij om de maatschappij „te beschermen tegen de medici. - - -

„2. Voor elke vraag die de wetgever noodeloos wil op- „lossen, doet hij altijd tallooze andere ontstaan. Werd de „bestreden *reserve* weder in het wetboek gebracht, dan „zullen de vragen en moeilijkheden nauwelijks te overzien „zijn.”

Een duidelijk standpunt: abortus op medische indicatie is straffeloos. Dat MODDERMAN aan dat begrip „medische indicatie” een andere inhoud gaf dan wij thans doen, is een gevolg van de evolutie van de opvattingen in de kringen der medici. Terecht oordeelde reeds MODDERMAN die daarvoor maatgevend, gelijk uit vorenstaand citaat blijkt.

G. A. VAN HAMEL⁴, W. ZEVENBERGEN⁵, SIMONS-POMPE⁶ en VALKHOFF⁷ huldigen opvattingen, die met de zienswijze van MODDERMAN niet stroken; voor de straffeloosheid van de abortus op medische indicatie lijken ze mij allen, de een wat uitgesprokener dan de ander, een bijzondere wettelijke basis nodig te oordelen. Maar de beschouwingen van deze schrijvers — ook die van VALKHOFF, naar men mag aannemen — stammen van vóór het zo straks behandelde veeartsenarrest, waarin de Hoge Raad voor het eerst het bestaan van een zg. *buitenwettelijke* rechtvaardigingsgrond heeft erkend. In zekere zin kan men zeggen, dat MODDERMAN een standpunt heeft verdedigd, dat eerst in 1933 in onze rechtspraak onomstreden op de voorgrond is getreden.

POMPE schrijft in zijn eigen *Handboek*, vijfde druk, 1959, bl. 113, dat afzonderlijke behandeling van straffeloosheid bij de uitoefening van het beroep (van medicus) in het algemeen overbodig is. „Voor gevallen waarin de wettelijke omschrijving niet zou baten, helpt art. 40 Sr, of analogische uitbreiding der strafuitsluitingsgronden van de artt. 40 tot 43 . . .” POMPE lijkt zich dus bij MODDERMAN aan te sluiten.

De weinige rechtspraak over ons onderwerp wordt o.a. door VAN HATTUM⁸ besproken. Het gaat hier om twee vonnissen van de Rb Amsterdam, die beide de *sociale* indicatie ongeoorloofd oordelen. Zo Rb Amsterdam 20 jan. 1949, NJ 1949, no. 596: geneeskundige gronden zijn alleen aanwezig als de operatie volstrekt noodzakelijk is ter rechtstreekse beveiliging van de lichamelijke of geestelijke gezondheid der vrouw. Rb Amsterdam, 26 maart 1953, NJ 1953, no. 377: het wettelijk beschermde belang mag niet worden opgeofferd aan het persoonlijk inzicht van de medicus in de levensdoeleinden van zijn patiënten en in de mogelijkheid of de wenselijkheid van het nastreven of bereiken ervan. De beoordeling van deze waarden behoort geenszins tot de specifiek medische taak. In een noot wordt nog aangehaald Rb Amsterdam 5 febr. 1942, NJ 1942, no. 244, waarin een vrouwenarts en een narcotiseur worden ontslagen van rechtsvervolging, die op grond van een psychiatrisch attest („Mej. X verkeert in een zeer ernstige overspanningstoestand met direct suicidegevaar. Er is hier ongetwijfeld een indicatie tot het afbreken der graviditeit”) de zwangerschap van een 18-jarige hadden verbroken, op overweging „dat naar het oordeel der Rb verstoring der zwangerschap door een vrouwenarts op grond van een medische indicatie, als boven omschreven, gerechtvaardigd is, tenzij uit bepaalde omstandigheden zou blijken dat die vrouwenarts wist of had moeten begrijpen dat aan de indicatie geen waarde mocht worden gehecht”.

Tenslotte: wij wezen er reeds op, dat in ons land het aantal vervolgingen van artsen ter zake van abortus, waarbij een beroep op medische indicatie werd gedaan, vermoedelijk niet groot is. Een andere vraag is hoe het Openbaar Ministerie zijn bevoegdheid om in bepaalde gevallen vervolging achterwege te laten, zal hebben te gebruiken. Dit punt is van belang omdat het O.M. op de strafrechter negatieve controle uitoefent: de strafrechter kan alleen dan een zaak entameren, wanneer die door het O.M. aan hem is voorgelegd. Uitgaande nu van de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om van vervolging om redenen aan het algemeen belang ontleend af te zien, kan men, grof gezegd, het aantal abortus-gevallen indelen in drie groepen:

- de gevallen, die zonder twijfel crimineel zijn;
- de gevallen, die zonder twijfel steunen op een medische indicatie;
- de gevallen, waarin twijfel mogelijk is.

Het is evenzeer duidelijk, dat het Openbaar Ministerie de eerste groep gevallen zal willen en mogen vervolgen, als dat het de tweede groep gevallen buiten vervolging zal laten. Hoe staat het met de derde groep van gevallen? Het Openbaar Ministerie zal verstandig doen in deze twijfelgevallen van vervolging af te zien. Gelet op de weinige jurisprudentie, die zich sinds 1886 heeft gevormd, lijkt het waarschijnlijk, dat het Openbaar Ministerie deze gedragslijn inderdaad volgt. Onder die omstandigheden blijkt er, uit pragmatisch oogpunt reeds, weinig reden om te komen tot wetswijziging.

Het lijkt eerder van belang, te zoeken naar wegen ten einde de betrokken artsen door voorlichting omtrent de juridische positie gelegenheid te geven tot een verantwoorde afweging van de bij de gevraagde abortus op het spel staande belangen en ten einde die artsen op die wijze tevens te redden uit gewetensnood. Publikatie van deze beschouwingen in een medisch en in een juridisch tijdschrift kan daartoe wellicht bijdragen.

Noten:

¹Mr. G. E. LANGEMEIJER was zo vriendelijk het door mij ontworpen antwoord na te zien en te voorzien van kanttekeningen, waarmee ik dankbaar mijn voordeel heb gedaan. Niettemin blijft de volledige verantwoordelijkheid voor dat stuk en voor de thans daaruit afgeleide publikatie bij mij berusten.

²HR betekent: Hoge Raad; NJ betekent: Nederlandse Jurisprudentie; Rb betekent: Rechtbank; O.R.O. betekent: Oorspronkelijk Regerings Ontwerp.

³pp. 443 e.v.

⁴G. A. VAN HAMEL/J. V. VAN DIJCK, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandsche Strafrecht*, 1927⁴, pp. 255 e.v.

⁵W. ZEVENBERGEN, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht I*, 1924, pp. 125 e.v.

⁶D. SIMONS/W. P. J. POMPE, *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht*, I⁶, 1937, pp. 297 e.v.

⁷J. VALKHOFF, *Abortus provocatus en Strafwet*, 1933, pp. 118 e.v.

⁸J. M. VAN BEMMELLEN/W. F. C. VAN HATTUM, *Hand- en leerboek van het Nederlandsche Strafrecht II*, 1954, pp. 209 e.v. Amsterdam, juni 1966