

De abortuskwestie (nogmaals) in een stroomversnelling?

1 De kranten melden, zoals zo vaak tevoren in de voorbije vijftien jaar, dat de abortuskwestie in een stroomversnelling zit, nu de gemengde commissies voor Justitie en Volksgezondheid van de Senaat zich nogmaals over een reeks voorstellen tot gedeeltelijke liberalisering van abortus buigen. Hiermee is het abortusdebat wederom in het Parlement beland, na een (al te) lange periode waarin de discussie hoofdzakelijk voor de rechtscolleges werd uitgevochten.

De standpunten zijn inmiddels voldoende bekend. In grote lijnen kunnen zij in drie categorieën worden ingedeeld:

- de voorstellen die abortus in bepaalde omstandigheden toelaatbaar willen maken, door in de wet een reeks omstandigheden te voorzien die abortus objectief gezien rechtvaardigen;
- de voorstellen die de strafbaarstelling behouden doch met toevoeging van uitdrukkelijk in de wet opgenomen verschoningsgronden;
- de radicale verwerping van elke wijziging van de huidige bepalingen uit het Strafwetboek.

Totale depenalisering wordt door niemand voorgesteld, ook niet door de indieners van de meest verregaande liberaliseringsvoorstellen. Totale, d.w.z. absolute, strafbaarheid wordt evenmin vooropgesteld, zelfs niet door de radicale tegenstanders van elke vorm van liberalisering: ook deze laatsten aanvaarden immers de rechtvaardiging van de zgn. therapeutische abortus op grond van de noodtoestand, wat thans de (enige) jurisprudentiële uitzondering op de strafbaarheid van abortus uitmaakt.

De discussie slaat dan ook niet op de al dan niet strafbaarheid van abortus, doch op de ruimte die moet of mag worden gecreëerd voor uitzonderingen op de strafbaarheid. Aangezien eenieder het erover eens is dat abortus slechts uitzonderlijk, m.a.w. enkel in geval van een noodsituatie, mag geschieden, is de discussie in wezen dan ook beperkt tot de vraag hoe breed of hoe eng het begrip 'noodsituatie' als uitzondering op de strafbaarheid moet worden opgevat en gedefinieerd. In rechtstreeks verband hiermee staat de vraag wie hierover moet beslissen, ofwel de wetgever, door een aanpassing van de Strafwet, ofwel de rechtscolleges, door, zoals thans geschiedt in de praktijk, het hanteren van de rechtsfiguur van de noodtoestand als ongeschreven rechtvaardigingsgrond.

De voorstanders van het behoud van het huidige status quo geven een minimalistische interpretatie van het begrip 'noodsituatie': abortus is slechts dan toelaatbaar indien het leven van de moeder in gevaar is. Deze interpretatie komt overeen met de traditionele zienswijze van de rechtspraak inzake de zgn. therapeutische abortus. De premisse van deze redenering is dat de rechten van de moeder en die van de ongeboren vrucht evenwaardig zijn en dat slechts in geval van acuut sterfensgevaar van de zwangere vrouw, de ongeboren vrucht mag worden opgeofferd.

Deze zienswijze, die ongetwijfeld aansluit bij die van de wetgever van 1867, wordt thans niet meer door iedereen gedeeld. Velen zijn de mening toegedaan dat

het 'belang' van de ongeboren vrucht niet evenwaardig is aan dat van de moeder, zeker niet gedurende de eerste weken na de bevruchting. Zij menen dat, naast de fysieke overlevingskansen van de moeder, ook rekening moet kunnen worden gehouden met factoren als haar gezondheid en haar fysiek en geestelijk welzijn. Hierdoor krijgt het begrip 'noodsituatie' een veel bredere betekenis dan thans in de heersende rechtspraak wordt aanvaard. Om deze reden wordt een liberalisering van de thans geldende strafbepalingen bepleit.

2 In welke mate moet de wetgever nu rekening houden met deze tweede zienswijze, die een rechtsgevoel vertolkt dat niet, of hoogstens op uiterst beperkte schaal aanwezig was in 1867?

Een belangrijk gegeven hierbij is dat dit veranderd rechtsgevoel zich maatschappelijk gezien duidelijk manifesteert in de vorm van afwijkend feitelijk gedrag, waarbij de Strafwet op grote schaal wordt overtreden. Volgens – uiteraard officieuze – cijfers wordt het aantal clandestiene abortussen immers ergens tussen tien- en dertigduizend gevallen per jaar geraamd. De kloof tussen rechtsnorm en afwijkend feitelijk gedrag is dus bijzonder groot. Voorstanders van liberalisering zien alleen hierin al, afgezien van meer fundamentele overwegingen, een argument voor de aanpassing van de strafbepalingen inzake abortus.

In een recente bijdrage in het *Rechtskundig Weekblad* betwist F. Van Neste s.j. dit argument door erop te wijzen dat 'de kloof tussen strafwet en feitelijk gedrag i.v.m. fundamentele waarden, rechtsethisch nooit op zichzelf een voldoende reden is om de strafwet aan te passen, laat staan op te heffen'.¹ Op het eerste gezicht klinkt deze stelling overtuigend. Niemand zal inderdaad voorstellen om b.v. in het licht van het grote aantal diefstallen (afwijkend feitelijk gedrag), de bestaande rechtsnorm (nl. de art. 461 e.v. Sw.) te veranderen of af te schaffen.

Het verschil met abortus ligt echter hierin dat bij abortus het afwijkend feitelijk gedrag gepaard gaat met een fundamentele invraagstelling van de legitimiteit van de rechtsnorm: het is de norm zelf die wordt gecontesteerd, niet enkel door de overtreders zelf, doch tevens door een deel van de openbare opinie. Dat de norm zelf ter discussie staat is precies de oorzaak van het afwijkend feitelijk gedrag en daardoor meteen de kern van het probleem. Daardoor onderscheidt het abortusprobleem zich o.i. van de door prof. Van Neste onderscheiden situatie. De aanpassing van de Strafwet beoogt niet deze laatste te doen aansluiten bij het afwijkend feitelijk gedrag, doch strekt ertoe de norm in overeenstemming te brengen met een rechtsgevoel dat in ruime kringen binnen de bevolking verspreid is.

Dit rechtsgevoel staat lijnrecht tegenover dat van degenen die voor het behoud van de bestaande strafbaarstellingen zijn. T.a.v. abortus kan men dus moeilijk spreken van een 'algemeen rechtsgevoel' (in de veronderstelling dat zo'n gevoel in minder controversiële aangelegenheden al zou bestaan); daarvoor zijn de meningen te sterk verdeeld. Dit gegeven is kenmerkend voor de toenemende complexiteit van onze hedendaagse maatschappij. In een ideologisch, politiek en filosofisch sterk gedifferentieerde samenleving wordt het echter steeds moeilijker regels te bepalen die de vertolking zijn van het rechtsgevoel van de 'gemiddelde burger'.

1. VAN NESTE, F., 'Het abortus-dossier, anno 1989', R.W., 1988-89, 869.

De taak van de (straf)wetgever is dan ook bijzonder delicaat: bij het legifereren in strafrechtelijke aangelegenheden zal hij er zich immers voor moeten hoeden gedragingen te bestraffen die slechts door een deel van de bevolking als strafwaardig worden beschouwd. In een pluralistische maatschappij is het immers ondenkbaar dat de ethische normen van een bepaalde groep via het strafrecht aan de hele bevolking worden opgedrongen.

Zo zal niemand er b.v. aan denken echtscheiding of anticonceptie te bestraffen, hoewel deze in principe volgens de katholieke moraal nog steeds niet zijn toegelaten (cf., voor het laatste, de encycliek *Humanae Vitae*). Anderzijds verhindert de afwezigheid van strafrechtelijk afdwingbare normen de leden van een gemeenschap met een eigen ethische code niet zich conform deze code te gedragen. Zij hebben trouwens steeds de mogelijkheid tot de invoering van aparte sancties, die enkel gelden t.a.v. de leden van de groep (cf. de beslissing van de Spaanse bisschoppen, geneesheren die abortus uitvoeren te excommuniceren, nadat de Spaanse wetgever abortus had geliberaliseerd).²

Bij het legifereren op strafrechtelijk gebied zal de wetgever tevens rekening moeten houden met het subsidiariteitsbeginsel: 'la loi ne doit etabler que les peines strictement et evidemment necessaires' (art. 8 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)). Of bestraffing strikt genomen en klaarblijkelijk noodzakelijk is hangt af van een reeks factoren, waaronder het 'fundamenteel' karakter van de waarde die door de Strafwet beschermd wordt en het sociale nut van de strafbepaling.

3 Zoals hoger aangestipt wordt de door de strafbepalingen inzake abortus beschermde waarde, met name de bescherming van de ongeboren vrucht, niet meer door iedereen als even fundamenteel ervaren als in 1867, ten tijde van de opstelling van het Strafwetboek.

Dit is echter geen nieuw fenomeen: ook in 1867 had zich m.b.t. deze strafbaarstelling reeds een essentiële waardenverschuiving voorgedaan in vergelijking met de Code pénal van 1810. Waar in het Napoleontisch Strafwetboek abortus nog onder de levensdelicten was gerangschikt, heeft de wetgever van 1867 er een familiedelict van gemaakt: abortus is thans immers opgenomen, niet in het hoofdstuk over de levensdelicten, maar helemaal vooraan in Titel VII van Boek II die de Misdaden en Wanbedrijven tegen de orde der familie en de openbare zedelijkheid opsomt. Roger Dalcq schrijft in dit verband: 'La finalité de notre législation était moins le respect de la vie que le souhait de voir naître beaucoup d'enfants'.³

Velen zien in deze finaliteit nog steeds een argument voor de handhaving van de thans bestaande strafbaarstellingen: een gedeeltelijke liberalisering zou de denataliteit verder in de hand werken en een ernstige demografische weerslag hebben. Dit zou o.m. blijken uit de geboortestatistieken van de landen die hun strafwetgeving onlangs hebben geliberaliseerd.

De rechtsethische vraag die zich hierbij stelt is of dit argument, zo het al werkelijk door de cijfers wordt bevestigd, een rol mag spelen in het verder in stand houden van een absoluut geformuleerde strafbaarstelling die niet meer, zoals in 1867,

2. De Standaard, 1 juli 1985.

3. DALCQ, R., 'Reflexions au sujet de l'avortement', J.T., 1986, 165.

door een ruime sociale consensus wordt geschraagd. Is het rechtsethisch verantwoord omwille van het 'algemeen belang', nl. het instandhouden van een bepaald bevolkingspeil, een zwangere vrouw die, wegens een noodsituatie de zwangerschap niet wenst te voldragen, onder strafbedreiging te verplichten zulks te doen? Deze vraag kan o.i. niet anders dan ontkennend beantwoord worden.

4 Meer fundamenteel is echter de vraag of de ongeboren vrucht juridisch dezelfde bescherming verdient als de moeder. De tegenstanders van liberalisering geven hierop een positief antwoord: volgens hen gaat het in wezen om het 'recht op leven' van de ongeboren vrucht, dat evenwaardig is aan het 'recht op leven' van de moeder. Deze belangenafweging sluit aan bij de heersende rechtspraak inzake de therapeutische abortus, die in het kader van de toepassing van de rechtsfiguur van de noodtoestand, traditioneel het 'leven' van de moeder afweegt tegenover dat van de ongeboren vrucht, en enkel in acuut stervensgevaar van de moeder tot noodtoestand besluit.

Deze zienswijze is echter niet zo vanzelfsprekend als zij op het eerste gezicht lijkt. Om te weten of, *hic et nunc*, de ongeboren vrucht onder de bescherming der bepalingen die het 'recht op leven' garanderen (b.v. art. 2 E.V.R.M.) valt, moet immers eerst worden uitgemaakt vanaf welk ogenblik het 'leven' begint en of er, juridisch gezien, sprake kan zijn van leven in de zin van voornoemde bepalingen. Waar 'begint' immers het menselijk leven: bij de vorming van de foetus, van de embryo, of nog vroeger bij het samentreffen van zaadcel en eicel of zelfs daarvoor nog, als zaad- en eicel nog niet zijn verenigd? Is, extreem gesteld en tot in het absurde doorgetrokken, anticonceptie geen aanslag tegen het 'leven in wording'?

Dit staat uiteraard los van de ethische normen die op dit punt kunnen bestaan. Bij onstentenis van een eenduidig wetenschappelijk antwoord op deze vragen kan een stellingname in deze problematiek moeilijk op iets anders berusten dan op een ethisch waardeoordeel. Men moet er zich echter voor hoeden dit waardeoordeel voor een waarheidsoordeel te nemen dat dan als uitgangspunt voor een juridisch-normatieve constructie wordt gebruikt. Juridisch is het begrip immers nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Zelfs de Commissie van Straatsburg heeft tot nog toe een uitspraak over de vraag of het recht op leven in art. 2 ook de ongeboren vrucht beschermt steeds ontweken.⁴

Men kan zich de belangenafweging tussen moeder en ongeboren vrucht dan ook anders voorstellen dan thans in de heersende rechtspraak het geval is. Men zou zich een ruimere interpretatie van het begrip noodtoestand kunnen indenken waarbij ook niet enkel naar de fysieke overlevingskansen van de moeder gekeken wordt, doch tevens rekening wordt gehouden met haar algemene gezondheidstoestand en de sociaalpsychologische implicaties van een ongewenste zwangerschap op de vrouw in kwestie.

5 Hoe moet de wetgever te werk gaan bij de beoordeling van dit waardenconflict? In zijn hogervermeld artikel gaat prof. Van Neste hiervoor te rade bij de op-

4. X/ Ver. Koninkrijk, klacht nr. 8416/78, E.C.R.M., 13 mei 1980 (onontv.), zie DE BLOIS, M., 'Abortus en art. 2 van de Europese Conventie voor de Rechten van de mens', Ned. Juristenblad, 1981, 140-150 en de reactie van J.T.K. BOS, *ibid.*, 438-439.

lossing die prof. Van Gerven heeft voorgesteld voor de zgn. problemen van het 'derde situatie-type', nl. de aanwezigheid van belangrijke waardenconflicten die voor het eerst of ingevolge het in vraag stellen van gevestigde waarden zijn ontstaan. In dergelijke gevallen moet het formuleren van algemene regels, waarbij een fundamentele waarde boven een andere wordt verkozen, zoveel mogelijk worden uitgesteld. Dit uitstel dient te geschieden teneinde aan de lagere rechtbanken de kans te geven om in individuele gevallen, d.w.z. op pragmatische basis, oplossingen uit te werken.⁵

De rechtbanken hebben inmiddels deze kans gehad; na de tijdelijke 'wapenstilstand' gedurende de jaren zeventig, waarbij abortus, in afwachting van een stellingname van de wetgever, niet werd vervolgd, worden sedert het begin van de jaren tachtig in sommige arrondissementen opnieuw vervolgingen ingesteld en hebben de rechtscolleges dus de gelegenheid gekregen voor de dag te komen met pragmatische oplossingen. Zoals bekend hebben de ingestelde vervolgingen, voor zover zij ontvankelijk waren, op een geval na (de vrijspraak van dr. Amy en cons. wegens onoverwinnelijke dwaling)⁶ tot veroordeling geleid, zij het in het merendeel van de gevallen slechts tot principiële straffen. Pogingen van de lagere rechtscolleges om de rechtsfiguur van de noodtoestand op een evolutieve wijze te interpreteren door bij de beoordeling van het waardenconflict ook rekening te houden met de ruimere noodsituatie waarin de moeder zich bevond (het meest bekende voorbeeld hiervan is het vonnis van de Correctionele Rechtbank van Gent van 12 februari 1988, waarin een groot aantal vrouwen en artsen werden vrijgesproken⁷) vonden geen gehoor bij de Hoven van Beroep.

Hebben de rechtbanken de gegeven kans ook benut? Van Neste meent van niet. Volgens hem zijn de door de rechtbanken uitgewerkte oplossingen onvoldoende rijp gebleken om bijdragen voor een wijze beleidskeuze te bieden; hij ergert zich hierbij over het Gentse vonnis omwille van de brede interpretatie die aan het begrip 'noodsituatie' wordt gegeven en vindt dat het om een krasse, ondoordachte uitspraak gaat die het sereen klimaat heeft gestoord.⁸

Mij komt het daarentegen voor dat de betrokken rechtspraak precies een moedige en geïnspireerde poging tot pragmatische oplossing van het waardenconflict van het 'derde situatie-type' is. Moedig omdat de principiële stellingname niet werd ontweken. Geïnspireerd omdat werd getracht de rechtsfiguur van de noodtoestand op een evolutieve manier te interpreteren die aansluiting zoekt bij een veranderd rechtsgevoel waarin het waardenconflict anders wordt aan gevoeld dan in 1867 het geval was.

Juridisch gezien bestaat hiertegen o.i. geen bezwaar: als over een bepaalde strafbaarstelling een grote maatschappelijke controverse bestaat is een restrictieve toepassing van de (door een deel van de bevolking als ethisch onaanvaardbaar beschouwde) Strafwet verantwoord en zelfs aangewezen. Een brede toepassing van een rechtvaardigende rechtsfiguur zoals de noodtoestand lijkt mij in deze context op haar plaats. Als de lagere rechtbanken de noodtoestand enkel op de traditione-

5. L.c., 866.

6. Brussel, 30 juni 1983, J.T., 1983, 522.

7. Corr. Gent, 12 februari 1988, T.G.R., 1988, 30-41.

8. L.c., 866-867.

le manier zouden mogen interpreteren, zoals dit de voorbije honderd jaar is geschied, welke is dan de zin van een uitstel van wetgevende oplossing voor het waardenconflict van het 'derde situatie-type', tenzij het nog verder verdagen van een bespreking ten gronde in het Parlement, waar de bespreking thuishoort?

Uiteraard komt het niet aan de rechtbanken toe een algemene oplossing aan het probleem van de zwangerschapsafbreking te geven. De toepassing van de rechtsfiguur van de noodtoestand is in dergelijke gevallen niet meer dan een lapmiddel om situaties op te lossen waarin, wegens het stilzitten van de wetgever, het probleem aan de rechterlijke macht wordt doorgespeeld.

6 De bal is thans in het kamp van het Parlement. Een moeilijke vraag is in welke mate de parlementsleden zich bij de stemming mogen laten leiden door hun persoonlijke ethische standpunten, en in welke mate met de standpunten van andersdenkenden moet rekening worden gehouden. Van Neste zegt hierover dat politici die in geweten overtuigd zijn dat de huidige strafbaarstellingen moeten gehandhaafd blijven zich niet mogen laten chanteren door de overweging dat zij moeten rekening houden met een (andersluidende) mening die onder de bevolking min of meer ruim verspreid is. De politicus mag volgens hem zijn geweten geen geweld aandoen in naam van de vrijheid van mening.⁹

Het valt o.i. te betwijfelen of de politicus die bij de stemming de mening van andersdenkenden in aanmerking neemt zijn geweten geweld aandoet. Moet men niet eerder stellen dat deze politicus er terecht voor terugdeinst zijn eigen mening, via een erga omnes geldende Strafwet, aan andersdenkenden op te dringen? Hoewel in strafrechtelijke aangelegenheden geen bijzondere meerderheden vereist zijn, betekent dit niet dat strafwetten zich niet van andere wetten onderscheiden; het eigen aan strafwetten is niet alleen dat zij ongewenst sociaal gedrag met strafsancities bedreigen en bestraffen maar ook dat het geheel aan strafprocessuele dwangmiddelen t.a.v. betrokken gedrag daardoor van toepassing wordt. Om die reden grijpen strafwetten op een veel meer diepgaande wijze in het leven van de burger in dan andere wetten. Vandaar dat strafwetten enkel gedragingen zouden mogen be-teugelen die door een ruim deel van de bevolking als strafwaardig worden aangevoeld.

Sommige tegenstanders van liberalisering schijnen hiermee rekening te houden. Zo heeft senator F. Aerts in de gemengde commissie voor Justitie en Volksgezondheid de vraag gesteld of abortus wel een nationale aangelegenheid is: hij wees hierbij op de nauwe banden tussen ethiek en cultuur en op de verschillen die er desbetreffende tussen de gemeenschappen kunnen bestaan.¹⁰ Als men bereid is rekening te houden met de verschillen *tussen* de gemeenschappen, waarom dan niet met de verschillen *binnen* eenzelfde gemeenschap? Het valt te verhoppen dat de parlementsleden dit bij de beraadslaging en de stemming voor ogen zullen houden.

Chris Van den Wijngaert
15 maart 1989

9. L.c., 869.

10. De Standaard, 23 februari 1989. Het voorstel om de behandeling van de abortusvoorstellen uit te stellen tot het Arbitragehof uitspraak heeft gedaan over een prejudiciële vraag i.v.m. een Decreet van de Franse Gemeenschap dat abortus in bepaalde omstandigheden zou toelaten, werd verworpen.