Utrecht University Library
Partner in Science
Universiteit Utrecht

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den medicus

https://hdl.handle.net/1874/253653

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den Medicus.

Diss. Utrecht. 1902.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den Medicus.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

Doctor in de Rechtswetenschap

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

DR. W. L. P. A. MOLENGRAAFF,

Hoogleeraar in de Faculteit der Rechtsgeleerdheid,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAT DER UNIVERSITEIT

TEGEN DE BEDENKINGEN VAN

DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID

TE VERDEDIGEN

Vrijdag 24 October 1902, des namiddags te 4 uur,

DOOR

EDMOND WILLEM VAN DAM VAN ISSELT,

GEBOREN TE BERGEN OP ZOOM.

UTRECHT. — F. WENTZEL & Co. — 1902.

RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT
1914 1666

Aan mijne Ouders.

VOORWOORD.

Wil mij het voorrecht gunnen, Professor SIMONS, *Hooggeachte Promotor! den dank, dien ik U verschuldigd ben, ook op deze bladzijde uit te spreken. Niet alleen door Uwen raad bij de keuze van mijn onderwerp, maar voornamelijk ook door Uwe niet genoeg te waardeeren hulp en Uwen welwillenden bijstand bij de bewerking van dit proefschrift, gevoel ik mij ten zeerste aan U verplicht.*

Ook U in 't bijzonder, Hooggeleerde MR. DE LOUTER, *ben ik veel verschuldigd. Gedurende mijne gansche academische loopbaan hebt gij mij met de meeste belangstelling gevolgd. Aan den besten raad heeft het mij nimmer, en zeker niet van Uwe zijde ontbroken. Daarom voldoe ik aan eene diepgevoelde behoefte, wanneer ik U hier mijnen innigen dank aanbied.*

Ben ik vooral veel verschuldigd aan de Colleges der Hoogleeraren der Rechtsgeleerde Faculteit, zeer veel dank ik ook aan de vele goede en wijze lessen der Eere-Voorzitters van het gezelschap Antonius Matthaeus. Het zal mij eene bron van groote vreugde zijn, wanneer zij nog lange jaren getuige mogen zijn van het rijpen der vruchten, waarvan het zaad door hen met zoo milde hand werd uitgestrooid.

Ten slotte een woord tot U, vrienden en kennissen, die onze Universiteit en ons Studentencorps mij schonk. Ook van Uwe vriendschap heb ik veel geleerd. Houdt er U van overtuigd, dat zij mij, ook na mijn afscheid van onze Alma Mater, eene ware schat zal blijven.

E. W. v. D. v. I.

INHOUD.

BLADZIJDE.

INLEIDING 1

HOOFDSTUK I. De aansprakelijkheid van den medicus in 't algemeen 5

§ 1. **De wetgevingen** 5

§ 2. **De theorieën** 11

A. *a.* de theorie van het beroepsrecht; 12

b. de theorie der toestemming; het Reichsgericht 14

c. de theorie der toestemming als zedelijke plicht 19

d. de theorie van het gewoonterecht 21

e. de theorie van de noodwendigheid 32

f. de doeltheorie 34

g. de theorie der „Aerztliche Regel" 38

B. *a.* de theorie van HESS, SMIDT en van den H. R. 44

b. de theorie van STOOSS, HEIMBERGER, BINDING en NOYON . 49

c. de theorie van v. BAR 53

§ 3. **Conclusie** 55

I. Behandelen is geen mishandelen 55

II. Critiek van OPPENHEIM en VON LILIENTHAL 60

§ 4. **Aansprakelijkheid van den medicus ex artt. 307—309 Wb. v. Sr.** . . 65

§ 5. **Invloed der toestemming van den patiënt** 77

HOOFDSTUK II. De aansprakelijkheid van den verloskundige in 't bijzonder 82

§ 1. **De wetgeving** 82

§ 2. **De theorieën** 99

§ 3. **Het jus constituendum.** 110

STELLINGEN 127

INLEIDING.

Onder de patiënten, welke zich eenige jaren geleden bij Dr. IHLE, specialiteit in vrouwenziekten, te Dresden, aanmeldden, bevond zich eene dame, die, wegens voortdurende pijnen aan de maag, het wenschelijk achtte den raad van dezen bekwamen geneeskundige in te roepen.

Na een onderzoek ingesteld te hebben, meende Dr. IHLE dat hij haar slechts dan van hare pijnen kon bevrijden, wanneer zij zich aan eene kleine en geenszins gevaarlijke operatie wilde onderwerpen. Daar de dame geen bezwaar maakte, kwam zij eenige dagen later in de privaatkliniek van den geneesheer, ten einde de operatie te ondergaan.

Toen zij onder narkose gebracht was en een aanvang gemaakt was met de operatie, bleek zij niet alleen te lijden aan datgene wat Dr. IHLE zich voorgesteld had; deze ontdekte aan beide zijden van de bekkenholte gezwellen, en bovendien eene kystomateuse ontaarding van den eierstok. Hoogstgevaarlijk was hare toestand. Wat moest Dr. IHLE doen? Moest hij oogenblikkelijk overgaan tot verwijdering van den eierstok en der gezwellen of moest hij deze zeer gevaarlijke operatie vooreerst achterwege laten, ten einde de toestemming der patiënte te vragen?

Goede raad was duur, doch daar elk uitstel haren dood kon veroorzaken, besloot hij tot het eerste. Hij meende dat de dame toch zeker hare toestemming tot deze operatie zou gegeven hebben, indien hij haar medegedeeld had, dat dit de eenige wijze was om haar in het leven te houden.

Dr. IHLE was zeer gelukkig; de operatie slaagde uitnemend; de patiënte genas weldra en toen men haar vertelde

wat er met haar geschied was, bedankte zij den chirurg herhaalde malen, dat hij zoo verstandig geweest was dadelijk over te gaan tot de levensgevaarlijke operatie en niet te wachten tot hij hare toestemming verkregen had.

Betrekkelijk kort na haar vertrek meldde zij zich wederom aan, thans ten einde zich te onderwerpen aan de eerst voorgenomen, niet gevaarlijke operatie, welke uitgesteld was, wijl Dr. IHLE toen meende eerst de gezwellen en den eierstok te moeten verwijderen. Ook deze operatie gelukte en de dankbetuigingen der dame bleven evenmin uit als den vorigen keer.

Toen het evenwel aankwam op betalen, bekoelde plotseling hare oprechte genegenheid jegens den chirurg; zij weigerde de som, welke Dr. IHLE haar vroeg voor de eerst verrichte operatie, te voldoen, aangezien hij deze zonder hare toestemming ondernomen had, en bovendien eischte zij schadevergoeding wegens ondervonden mishandeling!

Dr. IHLE nam hiermede geen genoegen en bracht de zaak voor den rechter, doch ook dit baatte hem niet, want het Oberlandesgericht te Dresden, in hoogste instantie recht doende, ontzegde hem zijne vordering: hij had zonder last, ja, tegen den wil der dame geopereerd, daar zij hem alleen verzocht had de eerste operatie te verrichten. Hij had zich dus, zoo luidde het vonnis, schuldig gemaakt aan eene opzettelijke, wederrechtelijke mishandeling, waarvoor hij natuurlijk geen honorarium kon vorderen. Der patiënte werd evenwel hare vordering tot schadevergoeding evenmin toegewezen, wijl zij herhaaldelijk haren dank betuigd had.

Het Oberlandesgericht stelde na afdoening der zaak de stukken in handen van het Openbaar Ministerie, ten einde tegen Dr. IHLE eene strafvervolging wegens mishandeling aanhangig te maken, doch daar dit niet geschied is, mogen wij aannemen, dat de „Staatsanwalt" geen termen gevonden heeft, hiertoe over te gaan.

Dat het vonnis van het Dresdener Oberlandesgericht langen tijd het middelpunt der gesprekken, zoowel der me-

dische als der juridische wereld vormde, behoeft geen betoog. Er was immers niets minder beslist dan dat een medicus, die een patiënt opereert, zonder de toestemming van dezen verkregen te hebben, zich schuldig maakt aan mishandeling.

Ook reeds vroeger had het vraagstuk der strafrechtelijke aansprakelijkheid van den medicus de aandacht tot zich getrokken. Niet het minst had hiertoe aanleiding gegeven het voorval te Hamburg, waar een geneeskundige een kind had geopereerd tegen den uitdrukkelijken wil van den vader, en dientengevolge door 't Reichsgericht veroordeeld was. [1])

De uitspraak evenwel van het Dresdener Oberlandesgericht was oorzaak, dat wederom menig jurist naar de pen greep.

Zooals men uit de verschillende geschriften, die toen verschenen, kan zien, waren de schrijvers 't er in het algemeen over eens, dat een medicus, die een patiënt volgens zijn beste weten opereert, doch niet om toestemming kon vragen, aangezien de omstandigheden dit niet toelieten, behoort gevrijwaard te zijn voor eene strafrechtelijke vervolging. De gronden evenwel, die hen tot datzelfde resultaat leidden, waren geheel verschillende.

Sommigen meenden, dat een beroep op hun beroepsrecht de medici voor straf kon vrijwaren, anderen daarentegen geloofden, dat de medicus zich op noodtoestand kon beroepen, weer anderen, dat de toestemming den dader straffeloos maakte.

Dit verschil van opvatting is nu geenszins slechts van theoretische waarde. Wel komen allen, wat het hoofdbeginsel betreft, — de niet aansprakelijkheid van den behandelenden medicus voor toegebracht lichamelijk letsel, — tot dezelfde conclusie, maar de grond waarop zij dit doen, leidt in concrete gevallen tot geheel verschillende uitkomsten. Wij behoeven, om dit te doen uitkomen, slechts de aandacht te vestigen op de twee aan de praktijk ontleende gevallen, die wij hierboven vermeldden. Neemt men aan, dat de grond der straf-

1) Zie de vonnissen van de IIIe strafkamer van het Landgericht te Hamburg van 2 Februari 1894 en van den IIIen Strafsenaat van het Deutsche Reichsgericht van 31 Maart 1894. E. XXV, bl. 375 vlgg.

baarheid ligt in de toestemming, dan zal iemand, in het geval van den Dresdener chirurg, gevaar loopen met den strafrechter in aanraking te komen; kon hij zich op een beroepsrecht beroepen, dan is hem straffeloosheid verzekerd.

In het arrest van het Duitsche Reichsgericht met betrekking tot het Hamburger geval, komt de praktische beteekenis der schijnbaar theoretische twistvraag scherp uit.

Deze overweging vooral heeft ons er toe geleid, de kwestie ook voor ons recht nog eens tot een voorwerp van opzettelijk onderzoek te maken.

Reeds dertien jaar geleden geschiedde dit in de dissertatie van den heer J. W. Smidt, doch daar de omvangrijke Duitsche literatuur eerst van de latere jaren dagteekent, is hiervan in zijn werk natuurlijk niets te vinden. Bovendien wijkt onze opvatting van de zijne af. Ook nà zijn proefschrift is er dus plaats voor eene nieuwe behandeling.

Volgens ons is het den bekenden strafrechtshoogleeraar Dr. CARL STOOSS, te Weenen, gelukt, eene in elk opzicht bevredigende oplossing te vinden. Wij willen pogen aan te toonen, dat deze theorie, ook voor ons recht, de juiste is.

Bij de behandeling van de aansprakelijkheid van den verloskundige in 't bijzonder, meenden wij niet onbehandeld te mogen laten de voor den medicus zeer belangrijke vraag, of het hem vrij staat, ter redding van het leven der moeder, hare vrucht op te offeren.

Wat dit reeds herhaalde, ja tallooze malen zoowel van juridische, medische als theologische zijde besproken onderwerp betreft, zullen wij ons — voor zoover dit mogelijk is — slechts bezighouden met de juridische zijde.

Het doel, dat wij bij de bespreking van dit vraagstuk voor oogen houden, is te onderzoeken, in hoeverre onze strafwet bovenbedoelde handeling veroorlooft, om ten slotte den lezer onze meening de jure constituendo te ontvouwen.

HOOFDSTUK I.

De aansprakelijkheid van den medicus in 't algemeen.

§ 1. De wetgevingen.

Het Nederlandsche Wetboek van Strafrecht stelt in de artikelen 300 tot 305 mishandeling strafbaar en bedreigt den dader, al naar gelang der omstandigheden waaronder het feit gepleegd wordt, met gevangenisstraf, geldboete en bijkomende straffen. Deze artikelen zijn het nu, waaronder naar veler meening, de handelingen van den medicus vallen. Want zeggen zij, mishandeling is het opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel en of nu een roover een reiziger met een dolk verwondt of dat een geneesheer een zieke met een mes opereert, beide brengen opzettelijk lichamelijk letsel toe. In hoeverre deze redeneering juist is, zullen we hieronder onderzoeken.

In Duitschland treft men omtrent mishandeling ongeveer dezelfde bepalingen als in ons Wetboek aan.

Het Deutsche Reichsstrafgesetzbuch straft dengene, die „vorsätzlich einen andern körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt." Evenmin als onze wet maakt dus dit strafwetboek eene uitzondering voor den medicus die »mishandelt".

Soortgelijke bepalingen komen voor in de nieuwere Wetboeken van Italië en Bulgarije (artt. 372 vlgg. en 263 vlgg.), en in de ontwerpen voor Zwitserland en Noorwegen (art. 62 en § 228 vlgg.). In al deze wetboeken en ontwerpen ontbreekt eenig bijzonder voorschrift betreffende de aansprakelijkheid van den medicus en in die landen heeft dus de aangegeven vraag gelijk belang als in het onze. Daarentegen vertoont zij zich in eene andere gedaante voor de Oostenrijksche strafwet van 1852. Deze vordert voor de zware mishandeling, in § 152, dat de dader

heeft gehandeld „*in feindseliger Absicht*" en ook voor § 411 vgl., waar over lichte mishandeling gesproken wordt, wordt aangenomen, dat ditzelfde oogmerk, in elk geval *böser Vorsatz*, aanwezig moet zijn [1]).

Hier is dus de kwestie, althans practisch, opgelost. Men kan van den medicus niet zeggen, dat hij handelt in feindseliger of böser Absicht en zoo is hij dus strafrechtelijk niet aansprakelijk. Bovendien geeft de Oostenrijksche wet eenige artikelen over de aansprakelijkheid van medici, wegens het maken van zoogenaamde kunstfouten, waarover later.

Eveneens zal zich in Frankrijk in dit opzicht geen moeilijkheid voordoen, daar en jurisprudentie en doctrine zonder eenige restrictie aannemen, dat volgens den Code Pénal de intention criminelle voor de strafbaarheid van den dader een noodzakelijk vereischte is. 't Zelfde geldt natuurlijk ook in die landen waar de Code Pénal zijnen invloed op dit punt heeft doen gelden. (België, Luxemburg, Monaco, Griekenland)

Ten slotte het Engelsche recht beschouwend, vinden wij dat de toestemming van den mishandelde de wederrechtelijkheid steeds uitsluit, uitgezonderd o. a. in de volgende gevallen:

1° toestemming tot moord of levensgevaarlijke mishandeling, behalve in geval van chirurgische operatie.

2e toestemming tot het verlies van een zintuig, van een tot verdediging bruikbaar lid of van een lid, welks verlies voortdurende lichaamszwakte ten gevolge heeft, behalve in geval van chirurgische operatie.

De toestemming, hierbij bedoeld, moet gegeven zijn door den geopereerde of door hem, onder wiens gezag deze staat, terwijl de toestemming niet noodig is in de gevallen dat de geopereerde in zulk een toestand verkeert, dat hij niet in staat is zijne toestemming te geven. [2])

1) Dr. H. Lammasch. Grundriss des Strafrechts 1899 p. 46, 47.

2) Die Strafgesetzgebung der Gegenwart van v. Liszt, Deutsche Ausgabe I pag. 625.

Verder verdienen nog onze bijzondere aandacht de bepalingen ten behoeve van den medicus gemaakt in de strafwetten van Nieuw-Zeeland en van de Goudkust. Aangezien ik de oorspronkelijke text niet in handen kon krijgen, wordt § 69 van den Criminal Code of New-Seeland (1893) hier wedergegeven, zooals deze te vinden is in „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart. [1]): »Geschützt gegen strafrechtliche Verfolgung ist, wer zum Nützen eines Anderen an demselben mit der erforderlichen Sorgfalt und dem nötigen Geschick eine nach der Lage der Sache und dem Zustande des Patienten vernünftige Operation ausführt". Zoo vindt men in dat werk [2]) ook aangeteekend omtrent de strafwetgeving van de Goudkust: „dass ferner eine Wunde oder schwere Verletzung durch die ertheilte Einwilligung nur gerechtfertigt wird, wenn es sich um einen ärztlichen Eingriff handelt".

In Engeland en koloniën schijnt men dus de chirurgische operatie op te vatten als eene niet strafbare „mishandeling."

Tot zoover over de wetgevingen der verschillende landen. Alvorens nu over te gaan tot de beschouwing der onderscheidene theorieën, wensch ik hier nog allereerst even stil te staan bij de geschiedenis der in ons wetboek voorkomende bepalingen, die, omdat ze bij onze volgende beschouwingen nog herhaaldelijk ter sprake zal komen, hier allereerst een plaats behoort te vinden.

Het Regeeringsontwerp (SMIDT II p. 449) luidde — art. 324 — »Hij, die door eenige daad aan een ander opzettelijk lichamelijk leed toebrengt of opzettelijk diens gezondheid benadeelt, wordt als schuldig aan mishandeling gestraft met enz."

De Commissie van Rapporteurs had hiertegen bedenkingen (SMIDT II, 451.) »Men betwijfelde of deze uitdrukking (opzettelijk lichamelijk leed) in de Nederl. taal geoorloofd is. Is, vroeg men, lichamelijk leed niet een contradictio in terminis, omdat leed alleen in den zin van moreele schade

1) Dl. II p. 304.
2) id. p. 348.

gebezigd wordt? Er is echter nog een ander bezwaar: hij, die opzettelijk aan een ander leed toebrengt is volstrekt niet altijd strafwaardig. Men denke aan heelkundige operaties en castigatio paterna. Het misdrijf behoort zoo uitgedrukt te worden, dat deze en dergelijke gevallen er niet in begrepen zijn. De Commissie acht daartoe het woord „mishandeling" zonder nadere omschrijving volkomen geschikt. Het begrip is voldoende bepaald en laat toch den rechter ruimte voor eene redelijke toepassing zonder gedwongen interpretatie. Het artikel zou dus moeten gelezen worden: „mishandeling wordt gestraft met" enz.

Zoo luidde dan ook 't gewijzigd ontwerp in art. 300. Naar aanleiding hiervan, sprak de heer VENING MEINESZ bij de behandeling in de Tweede Kamer (SMIDT II p. 453): „Het doet mij leed, dat ik gisteren niet aan den Minister gevraagd heb, om het artikel, betrekkelijk de mishandeling van dieren, althans voor zoover het woord mishandeling betreft, in zijn oorspronkelijke beteekenis te herstellen. De Minister heeft toen gezegd, dat het woord mishandelen daar geheel 't zelfde beteekent als volgens de vroegere redactie, het opzettelijk wreed behandelen van een dier. Ik zou den Minister wel willen vragen of men hier onder mishandeling moet verstaan opzettelijk wreed behandelen. Ik betwijfel het. Het woord mishandeling is hier in de plaats gekomen van: opzettelijk lichamelijk leed aandoen; en naar 't mij voorkomt is opzettelijk wreede behandeling en opzettelijk lichamelijk leed aandoen niet volkomen hetzelfde. Ik geef den minister daarom in overweging om, met het oog op de bepaalde beteekenis door hem aan het woord mishandelen gegeven, in dit en de volgende artikelen de woorden van 't eerste wetsontwerp te herstellen en te spreken van opzettelijk lichamelijk leed aandoen. Die woorden mogen niet fraai zijn, maar zij drukken duidelijk de bedoeling uit en zullen minder aanleiding tot misverstand geven.

De heer PATIJN, lid der Commissie van Rapporteurs antwoordde hierop: „Ik geef den geachten spreker toe,

wanneer men eenvoudig in plaats van de uitdrukking »mishandeling», die in dit artikel voorkomt, de definitie zou willen stellen die de Minister gisteren omtrent dat woord gegeven heeft, daar waar het 't dier geldt, men tot eene onjuiste interpretatie zou komen. Niet altijd toch zal opzettelijk wreede behandeling noodig zijn om mishandeling, volgens dit artikel, daar te stellen. Zullen wij echter nu terug moeten keeren tot de oude redactie van artikel 324 van het ontwerp en moeten spreken van „opzettelijk lichamelijk leed"? Men zal uit de tusschen de Regeering en de commissie gewisselde stukken kunnen zien, dat er dan zouden zijn, die er zelfs heelkundige operatiën onder begrepen. Een chirurgijn bijv. die een persoon behandelt, brengt dezen dikwijls opzettelijk leed toe, maar een leed dat tot genezing moet strekken, en dus nimmer als „mishandeling" zou kunnen worden gequalificeerd. Ik geloof dat wanneer men leest hetgeen in ons rapport staat, geen rechter aan het woord mishandeling een andere beteekenis zal hechten dan daaraan tot nog toe in de praktijk gegeven is, en ik meen derhalve dat het artikel zonder bezwaar kan blijven zoo als 't nu is.«

De minister MODDERMAN zeide: „Ik acht mij verplicht op te komen tegen de bewering alsof door het gebruik van het zelfde woord in de twee bedoelde artikelen, in verband met de toelichting gisteren door mij aan het eene artikel gegeven, moeilijkheden zouden kunnen ontstaan. In beide artikelen (254 en 300) wordt de beteekenis van het woord „mishandeling" beheerscht door dezelfde gedachte: dat het niet voldoende is dat men opzettelijk leed doet, maar daarenboven een vereischte dat dit leed doel was. Dit wordt dan ook reeds in het spraakgebruik van het dagelijksch leven erkend. Wie zijn kind kastijdt of als chirurgijn iemand eene operatie doet ondergaan, veroorzaakt een opzettelijk leed, maar wordt, daar leed daarbij geen *doel*, maar *middel* is voor een rationeel doel, niet gezegd te mishandelen. Komt deze verklaring nu niet precies overeen met hetgeen gisteren door mij gezegd werd ter toelichting van art. 254?«

Daar sprak de minister (SMIDT II p. 358) „..... het woord mishandeling is in de plaats gekomen van „opzettelijk wreede behandeling". Dit is echter geschied onder uitdrukkelijke verklaring, dat slechts verduidelijking, geenszins verandering van de bedoeling beoogd werd. De commissie meende dat het woord „mishandeling" de bedoeling nog duidelijker uitdrukte en ik heb mij bij haar wensch, om dat laatste woord te kiezen neêrgelegd. De bedoeling echter — ik herhaal het — is geheel dezelfde gebleven. Het is dus niet voldoende dat de handeling is én opzettelijk én wreed, maar zij moet zijn opzettelijk-wreed, met andere woorden het opzet moet gericht zijn op de wreedheid. Wanneer daarentegen de smart van het dier *niet doel* maar *middel* is voor een rationeel doel dan is 't artikel niet van toepassing. De vivisectie zal dus in den regel vallen buiten dit artikel. In den regel, dat wil zeggen, wanneer zij werkelijk geschiedt met een wetenschappelijk doel, door een wetenschappelijk man, binnen de grens van de behoeften der wetenschap . . .«

De geschiedenis der artikelen over mishandeling doet ons dus zien, dat het woord »mishandelen« juist gekozen is, opdat de chirurgische operatie niet onder het artikel zou vallen. Met het oog hierop, mag hier nu ten slotte even de aandacht er op gevestigd worden, dat in het door Minister CORT VAN DER LINDEN ingediende, door Minister LOEFF weder ingetrokken, ontwerp tot herziening van het Wetboek van Strafrecht, voorgesteld wordt met enkele wijzigingen terug te keeren, tot de oorspronkelijke redactie en, inplaats van enkel te spreken van »mishandeling«, deze laatste uitdrukking te behouden als qualificatie van het misdrijf, omschreven als »het opzettelijk toebrengen van pijn of lichamelijk letsel.«

De Memorie van Toelichting zeide dienaangaande: „Het woord mishandeling drukt niet een feit uit, maar is de qualificatie van een feit. Allengs heeft de jurisprudentie er toe geleid als zoodanig te qualificeeren „het opzettelijk aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn". Als deze

omschrijving aan 's wetgevers bedoeling beantwoordt, is het beter haar in de plaats te stellen van het woord „mishandeling" en dit als de qualificatie van het feit te gebruiken".

Met „'s wetgevers bedoeling" is hoogstwaarschijnlijk door den Minister bedoeld, die van den wetgever van het Wetboek, dat in 1886 werd ingevoerd. Wij gelooven niet, dat de omschrijving „het opzettelijk aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn" beantwoordt aan de bedoeling van dien wetgever. Uit de geschiedenis blijkt immers duidelijk, dat die wetgever, teneinde de chirurgische operatie niet strafbaar te stellen, de woorden: „hij die door eenige daad aan een ander opzettelijk lichamelijk leed toebrengt of opzettelijk diens gezondheid benadeelt, wordt als schuldig aan mishandeling . . ." enz. heeft veranderd in „mishandeling wordt gestraft" enz. Werd nu in ons Wetboek de redactie, in het ontwerp Cort van der Linden voorgesteld, aangenomen, dan zou daarmede de chirurgische operatie ontegenzeggelijk onder mishandeling vallen. Daarom meenen wij te mogen zeggen, dat Minister Cort van der Linden door zijne voorgestelde wijziging van artikel 300 geen stap vooruit, doch eer een stap achteruit deed.

§ 2. De Theorieën.

De theorieën, ontwikkeld ter oplossing van ons vraagstuk, laten zich splitsen in 2 groepen.

Groep *A* zegt: de genees-, heel- en verloskundige behandelingen zijn *mishandelingen*, doch er is een rechtsgrond welke de wederrechtelijkheid dier mishandelingen opheft. *Er vinden dus plaats niet-strafbare mishandelingen.*

Groep *B* zegt: de genees-, heel- en verloskundige behandelingen zijn geen mishandelingen. Men behoeft dus niet te zoeken naar een rechtsgrond, welke de wederrechtelijkheid opheft. *Er hebben dus geen mishandelingen plaats, doch behandelingen.*

Verreweg de meeste theorieën behooren tot groep *A*.

Alleen Smidt, Hess, Stooss, Heimberger, Noyon en Binding zijn aanhangers van theoriceën, welke tot groep *B* behooren. Alle theoriceën zullen hierna een voor een behandeld en aan eene korte critiek onderworpen worden.

Groep A.

a.

De theorie van het beroepsrecht.

Abegg.	Zur Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Medicinalbeamten in Goltd: Archiv 1862 p. 324—365.
Berner.	Lehrbuch 1898 p. 101.
Binding.	Handbuch 1885 I. 802, 803.
Breithaupt.	Volenti non fit injuria 1891 p. 62.
Dorbeck.	Strafr. studie over de vraag: An volenti injuria fit 1893 p. 86.
Geyer.	Grundriss 1884 p. 79.
v. Liszt.	Lehrb. 1902 p. 132.
Merkel.	Lehrb. 1889 p. 158.
Meyer.	Lehrb. 1895 p. 323.
Olshausen.	Commentar 1892 I. p. 219 II p. 815.
Oppenhoff.	Commentar 1881 § 223.
Rotering.	Die Chir. Op. in Goltd: Archiv XXX p. 179.
Schütze.	Lehrb. 1874 p. 379.

Deze schrijvers verkondigen de volgende leer: Lichamelijke mishandeling geheel volgens de regelen der medische wetenschap en ten behoeve van den patient door een medicus gepleegd, is niet wederrechtelijk; immers, de uitoefening van zijn beroep, hetwelk van staatswege erkend wordt, rechtvaardigt zijne handeling; de Staat veroorlooft den medicus de heel- genees- en verloskunde uit te oefenen; welnu, dan staat hij hem ipso jure toe die lichamelijke mishandelingen te plegen, welke de uitoefening der geneeskunde met zich brengt. De medicus kan zich, voor den rechter gedaagd, beroepen op zijn beroepsrecht. Het feit, dat hij in de uitoefening van zijn betrekking was, maakt hem straffeloos.

Tegen deze theorie zijn eenige bezwaren in te brengen. Vooreerst is 't onbegrijpelijk, hoe Duitschers een beroepsrecht voor den Duitschen medicus kunnen aannemen. Dat wij, Nederlanders, van zulk een beroepsrecht spreken is nog te begrijpen, daar de wet van 1 Juni 1865 St. n°. 60 in art 1 spreekt: Uitoefening der geneeskunst, waaronder de wet het verleenen van genees-, heel- of verloskundigen raad of bijstand als bedrijf verstaat, is alleen geoorloofd aan diegenen, wien de bevoegdheid daartoe volgens de wet is toegekend.

In Duitschland daarentegen bestaat zulk een bepaling niet; daar mag een ieder de geneeskunde uitoefenen. Een beroepsrecht zooals de Nederlandsche medici dat hebben — het recht om een bepaald beroep uit te oefenen — kent men in Duitschland dus niet.

Vatten wij 't beroepsrecht aldus op, dan zal in Nederland iemand, die de geneeskunst volkomen meester is, maar niet tot de praktijk is toegelaten, en die mij, als ik ziek ben, tegen loon pleegt te genezen, strafbaar zijn wegens *mishandeling*. Had ik een geneeskundige gehad, die wel toegelaten was, en mij op precies dezelfde wijze genezen had, dan zou deze *niet* strafbaar zijn wegens *mishandeling*. Stel u bij voorbeeld het geval, dat men hier te lande, wanneer een zeker soort operatie verricht moet worden, een Duitsch professor laat overkomen, (hier niet tot de praktijk toegelaten, noch ex art. 1, noch ex art. 2 der bovengenoemde wet) dan is, al loopen zulke operaties nog zoo goed af, die geleerde aesculaap strafbaar wegens mishandeling. Had een tot de praktijk toegelaten Nederlander die operatie verricht, dan zou hij niet wegens mishandeling strafbaar zijn.

Doch ook al neemt men met vele Duitschers aan, dat men onder 't beroepsrecht moet verstaan de uitoefening der geneeskunde, onafhankelijk van de toelating door den Staat, zoodat iedereen gedekt is, als hij zijnen patiënt volgens de regelen der medische wetenschap behandelt, ook dan is voor ons geldend recht deze theorie niet de ware.

Waar namelijk in de wederrechtelijkheid iets gezien

moet worden, dat in elke handeling, welke beantwoordt aan een, in ons Wetboek van Strafrecht als misdrijf omschreven feit van zelf aanwezig is, daar kan de wederrechtelijkheid niet wegvallen in andere gevallen dan in die, welke door de wet vermeld zijn. [1]) Immers, aangezien de wet strafbaar stelt mishandeling, moord, doodslag, enz. verklaart zij deze handelingen eo ipso wederrechtelijk. Alleen wanneer de wetgever dat anders wil, wanneer hij zelf gebruik maakt van zijne bevoegdheid om uitzonderingen te maken, is de handeling niet wederrechtelijk.

VAN HAMEL p. 243 meent, dat de wet van 1 Juni 1865 St. no. 60 den medicus toestaat de genees- heel- en verloskunde uit te oefenen en dat derhalve een beroep op deze wet hem straffeloosheid bezorgt.

Vergeet Prof. v. HAMEL hier wellicht niet, dat ondanks het den medicus toegestaan is de geneeskunde uit te oefenen hij toch onderworpen blijft aan ons Wetboek van Strafrecht?

Men ziet, dat de bezwaren, welke deze theorie dus voor ons recht met zich brengt, 't onmogelijk maken aan te nemen, dat een medicus door een beroep op 't beroepsrecht voor eene strafrechtelijke vervolging gevrijwaard zou zijn.

b.

De toestemmingstheorie.

Al dadelijk bij het lezen van het opschrift zal men begrijpen, dat hier de zeer moeilijke vraag: «An volenti injuria fit«, ter sprake gebracht zal worden.

't Ligt buiten 't bestek van dezen arbeid, tot in bijzonderheden over deze veelbesproken, lastige kwestie af te dalen, doch ik wil er op wijzen, dat de schrijvers, welke zich in het vraagstuk verdiept hebben, te splitsen zijn in drie categorieën. Er zijn namelijk schrijvers die bij de delicten van mishandeling het „volenti non fit injuria" onvoorwaardelijk willen toepassen. De tweede categorie schrijvers is juist van de tegenovergestelde meening. Huns inziens blijft mishandeling strafbaar ook al geeft de mishandelde zijn toestemming. De

1) Aldus ook v. Hamel, Inl. tot de studie v. h. Ned. Sr. p, 213, p. 243.

derde groep eindelijk onderscheidt zware en lichte mishandeling: bij lichte mishandeling maakt de toestemming des mishandelden den dader straffeloos, bij zware mishandeling evenwel blijft deze ondanks de toestemming strafbaar. Ziehier een overzicht van de drie groepen.

1. *Volenti non fit injuria*, wordt verdedigd door:

Binding.	Handbuch I. 722.
v. Hippel.	Zeitschr. f. d. Ges. Sr. Wiss XII 917.
Heimberger.	Strafrecht und medizin p. 12.
Kessler.	Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung 1874 p. 72.
Kronecker.	Gerichtssaal XXXV p. 219.
Olshausen.	Commentar § 223.
Ortmann.	In Goltd. Archiv f. Sr. XXV. p. 119.
Rödenbeck.	Zweikampf p. 49.
"	Gerichtssaal XXXVII p. 140.
Uhlmann.	" XXXVII p. 557.
v. Wächter.	" XX p. 1.
Zimmerman.	" XXIX p. 441.

2. *Volenti fit injuria*, wordt verdedigd door:

Hälschner.	Das Gem. D. Sr. I. 471.
Hepp.	Theorie der Zurechnung p. 56, 60.
Geyer.	In Holz. Hb. d. Sr. III p. 555.
v. Liszt.	Lehrb. p. 183 noot 6 en 299.
Merckel.	In Holz. Rechtslexikon II. p. 546.
Noyon.	Het Wb. v. Sr. verklaard I. p. 25.
Oppenhoff.	Commentar § 223.
Rudorff.	Commentar § 223.
Schaper.	In Holz. Handb. des Strafr. II. 129.

3. *Volenti non fit injuria bij lichte mishandeling.*
Volenti fit injuria „ *zware* „
wordt verdedigd door:

Dorbeck.	Strafr. studie: An volenti fit injuria p. 75, 76.
Frank.	Das Str. G. B. für das D. R. p. 17 Abschnitt II.
Merkel.	Lehrbuch p. 170.
Meyer.	Lehrbuch p. 472.
Oppenheim.	Zeitschrift f. Schweizer Sr. VI p. 344.

't Is hier niet de plaats te onderzoeken, welke dier drie groepen schrijvers nu de juiste meening verkondigt. Waar bij zulk een groot aantal strafrechtsgeleerden zulk een verschil van meening heerscht, de kwestie dus zóó dubieus is, is het gevaarlijk de toestemming aan te nemen als grondslag voor de straffeloosheid van den medicus. Prof. HEIMBERGER, zelf van meening, dat door de toestemming de strafbaarheid wegvalt, zegt [1]): „So sehr ich nun der Ansicht huldige dass nach geltendem Strafrecht die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit ausschliesse, so finde ich doch, dass diese Auffassung nicht genügt, um dem nach den Regeln der Wissenschaft gebotenen und vorgenommenen ärztlichen Eingriff, wenn er als Körperverletzung angesehen wird, überall dort straflosigkeit oder doch geringere Strafbarkeit zu garantieren, wo man solche mit Grund erwarten darf." Zoo ziet men, dat zelfs de aanhangers der theorie „volenti non fit injuria" weigeren op dezen grond alleen de niet-strafbaarheid van den medicus aan te nemen.

Zeer vreemd is het dan ook — en in Duitschland is er ook niet weinig oppositie tegen — dat het Reichsgericht juist op grondslag van het volenti non fit injuria de straf feloosheid van den medicus heeft aangenomen [2]) hoewel het overigens bij mishandeling het volenti non fit injuria heeft verworpen. Waarom alleen voor den medicus eene afwijkende meening wordt verkondigd, is een raadsel. Ik wil trachten hieronder te verklaren, waarom de toestemmingstheorie niet de juiste kan zijn.

In 't geval dat men de meening is toegedaan „et volenti quidem fit injuria" kan men met deze theorie de straffeloosheid van den medicus niet verklaren.

In 't geval dat men de meening der schrijvers, onder 3 vermeld, aanhangt, zal 't al erg moeilijk en betwistbaar zijn aan te duiden, waar de juiste grens tusschen lichte en zware

1) t. a. p. pag. 12.

2) Entsch. d. R. G. in Strafsachen Bd: XXV p. 375.

mishandeling moet worden getrokken. Denk b.v. aan eene operatie, levensgevaarlijk, doch waarbij de operateur slechts een sneedje van één centimeter lengte behoeft te geven. Is dit zware of lichte mishandeling?

In 't geval dat men de theorie „volenti non fit injuria" aanhangt, komt men in de knel bij die gevallen, waarin de toestemming niet te verkrijgen is.

Ter opheldering eenige voorbeelden van gevallen, waarin de medicus de toestemming van den patient niet heeft verkregen en waarin men zeker kan zijn, dat een rechter hem niet gaarne zou veroordeelen wegens mishandeling: Een persoon heeft zijnen geneesheer de toestemming gegeven tot eene kleine operatie. Nadat deze den patient onder narkose heeft gebracht en aan 't opereeren is gegaan, ontdekt hij inwendig een gezwel. Wil hij den patient in 't leven houden, dan moet hij het oogenblikkelijk wegnemen, en dit is eene levensgevaarlijke operatie. Om toestemming vragen kan hij niet; en al kon hij hem wederom bij kennis brengen, dan zou de zieke toch niet op normale wijze zijn wil kunnen bepalen. Is nu een operateur, die zulk eene levensgevaarlijke operatie onderneemt, te straffen wegens mishandeling? Neen, zal men antwoorden, men mag in dit geval de toestemming van den patient praesumeeren. Ik wil hun, die dit antwoord geven gaarne toegeven, dat in dit geval de patient allerwaarschijnlijkst zijn toestemming gegeven zou hebben.

Maar denk u nu eens, dat geconstateerd werd, dat 's mans beide beenen afgezet moesten worden, of dat zijn tong afgesneden moest worden, zou het dan niet hoogst dubieus zijn of hij zijn toestemming gegeven zou hebben. 't Kan best zijn, dat hij den dood boven zulk een ongelukkig leven had verkozen. Sterker nog: een adspirant-zelfmoordenaar een pistool op zijn borst richtend, verwondt zich wel, doch treft zich niet doodelijk. Hij ligt reeds bewusteloos. Een toegesneld medicus laat hem vervoeren en opereert hem ten einde den kogel te verwijderen. Na heel veel zorg slaagt hij er in den levensmoedene te redden. Mag men in dit geval

de toestemming praesumeeren? Mij dunkt, ware hij bij kennis geweest, hij zou nogmaals het pistool op zich afgeschoten hebben en geneeskundige hulp geweigerd hebben. Volgens de opvatting van de aanhangers dezer theorie evenwel zou de medicus veroordeeld moeten worden wegens mishandeling.

Ja zelfs kan zich 't geval voor doen, dat de toestemming uitdrukkelijk geweigerd is en dat alsdan eene veroordeeling wegens mishandeling toch niet denkbaar is. Haal u b.v. voor den geest het geval dat een geneesheer bij eene kleinzeerige en erg zenuwachtige dame geroepen wordt; zij heeft een gezwel, dat haar erg zeer doet. Er zal in gesneden moeten worden. O neen dokter! dat nooit, dan liever mijn leven lang pijn lijden. De dokter evenwel, een zeer verstandig man, geeft de dame onverhoeds een jaap. Ze gilt wel van pijn en angst, doch een oogenblik later overlaadt zij hem met dankbetuigingen. Uit een juridisch oogpunt beschouwd had de dokter nu, volgens de aanhangers der toestemmingstheorie, wegens mishandeling in de gevangenis kunnen komen.

Voor eene niet geringe moeielijkheid zou ook een medicus zich geplaatst zien, wanneer hij voor de operatie van een minderjarige wel de toestemming van den vader of voogd had verkregen, doch niet die van den patiënt zelve. Mag hij dan tot de operatie overgegaan? Zou een medicus, die onder deze omstandigheden opereerde, straffeloos moeten blijven?

Thans nog een andere bedenking, ontleend aan C. STOOSS [1]). Hij zegt: „Wenn die chirurgische operation und andere ärztliche Handlungen *Körperverletzungen* sind und wenn eine Körperverletzung die *mit Einwilligung des Verletzten* begangen wird keine Strafbarkeit des Thäters begründet, so ist alles was der Arzt mit Zustimmung des Patiënten an ihm vornimmt nicht strafbar, mag es *sachlich* auch noch so verfehlt sein." Volkomen juist, m. i. Wanneer een dokter een operatie onderneemt, die in 't geheel niet behoefde plaats te hebben,

---

1) Chir. Operation und ärztl. Behandl. pag. 94—95.

kan hij nooit gestraft worden, indien de geopereerde zijn toestemming had gegeven, want mishandeling met toestemming is volgens deze theorie niet strafbaar.

STOOSS eindigt de bespreking dezer theorie dan ook met de woorden: „Die Theorie führt daher zu Ergebnissen, die mit der *Vernunft* und mit der *Gerechtigkeit unvereinbar* sind."

---

c.

De theorie der toestemming als zedelijke plicht.

Hälschner: System des Preussischen Strafrechts 1858 I p. 237.
Id. Das gemeine Deutsche Strafrecht 1881 I p. 471.

„Verletzung der körperlichen Integrität ist strafbar. Damit steht nicht im Widerspruche, dass der vom Arzte zum Zwecke der Heilung verübte Eingriff in die Integrität des Körpers vermöge der Einwilligung des Kranken berechtigt und straflos ist. Weil es für den Kranken sittliche Pflicht ist zum Zwecke der Erhaltung seines Lebens sich solcher Behandlung zu unterwerfen, ist er berechtigt einzuwilligen und dem Arzte das Recht ihrer Vornahme zu übertragen". Aldus Hälschner op pag. 471 van zijn Deutsches Strafrecht. Wanneer hij in zijn Preussisches Strafrecht zegt: „Die Einwilligung kann den rechtsverletzenden Charakter der Gesundheitsbeschädigung nicht aufheben, weil sie unsittlich und darum unberecht ist, und gerade deshalb ist sie eine unberechte, wofern sie nicht unsittlich, sondern sittlich gerechtfertigt und gefordert ist. Als eine solche erscheint sie, wenn der kunstgemässe Eingriff in die Integrität des Körpers durch den Arzt notwendig wird, um das Leben und Dasein der Persönlichkeit selbst zu erhalten und darum wird durch die in solchem Falle sittlich und rechtlich gerechtfertigte Einwilligung selbst die gefährlichste chirurgische Operation straflos, wenn sie nicht etwa aus anderer Rücksicht, als ärztliche

Künstfehler strafbar ist", dan mag men aannemen, dat hij twee soorten mishandeling onderscheidt:

a. mishandeling welke ondanks de toestemming strafbaar blijft (gewoon geval);

b. mishandeling welke door de toestemming straffeloos wordt.

Onder *b.* begrijpt Hälschner nu de „mishandeling" door den medicus, die een zieke opereert enz. en wel „omdat het de zedelijke plicht van den patiënt is om toe te stemmen." 't Is volgens hem eene noodwendige mishandeling; zij geschiedt alleen in 't belang van den patiënt; daarom rust op dezen de zedelijke plicht om zich de mishandeling te laten welgevallen. Bij dit soort mishandeling nu heft de toestemming de strafbaarheid op.

Nu laat zich de vraag stellen: waarom meent Hälschner, dat het alleen bij mishandelingen door eenen *medicus* gepleegd, de zedelijke plicht van den mishandelde is om toe te stemmen? Kan 't ook bij mishandelingen niet door een medicus gepleegd, niet de zedelijke plicht zijn om toe te stemmen? Het is, dunkt mij, ook de zedelijke plicht van een straatjongen, die ergens de ruiten ingeworpen heeft, toe te stemmen in eene flinke afranseling. In dit geval zou Hälschner nu ook moeten zeggen, dat de toestemming de mishandeling straffeloos maakte; toch mag ten zeerste betwijfeld worden of hij dit zou willen onderschrijven.

De moeielijkheden, die zich voordoen in geval de toestemming van den patiënt niet te verkrijgen is, zijn ook hier onoplosbaar.

Hälschner's groote fout is deze, dat hij over het geheel de kwestie meer bekijkt van het standpunt van den patiënt dan wel van dat van den medicus. Dit is m. i. verkeerd: we zoeken niet, waarom de patiënt zich behoort te onderwerpen aan de behandeling van den medicus, doch we zoeken er naar, waarom de medicus niet strafbaar is. Dit heeft Hälschner niet kunnen oplossen.

d.

De theorie van het gewoonterecht.

L. Oppenheim. Das aerztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden 1892.

H. Wolf, Die Strafrechtliche Haftbarkeit der Aerzte.Erlanger Diss. 1896.

v. Angerer. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, in 't Münchener Med. Wochenschrift no. 11 14 Maart 1899, p. 354.

In zijne rede, gehouden op 17 Juni 1892, ter gelegenheid der aanvaarding van het professoraat in het strafrecht te Bazel, geeft Dr. L. OPPENHEIM te kennen, dat de theoriëen, welke tot op dien datum over de niet-strafbaarheid van de geneeskundige behandeling verkondigd zijn, hem niet voldoen.

Daarom zal hij er naar zoeken een geheel anderen weg in te slaan: Hij zegt [1]): »Lange bevor es staatliche Einrichtungen zur Ausbilding von Aerzten gab, war eine Heilkunde vorhanden. Lange bevor es zu einer staatlichen Prüfung und Approbation von Aerzten kam, gab es Aerzte. Aerztliche Eingriffe am Menschen wurden vorgenommen von jeher, die kleineren und unbedeutenderen von jedermann, die grösseren von besonderen Kunstverständigen.

Wahrscheinlich wurden von Aerzten und nicht-Aerzten solche Eingriffe vorgenommen, lange bevor es geschriebene Rechtssätze über die Strafbarkeit der Körperverletzung gab.

Nie hat ein Arzt, nie had ein Patiënt, nie hat das Publikum, nie haben die Juristen oder die gesetzgebenden Faktoren an der Berechtigung ärztlicher Eingriffe gezweifelt. Wie vor vielen tausend Jahren schon werden auch noch heute unter der Herrschaft der Strafgesetze tagtäglich unzählige Eingriffe dieser Art vorgenommen.

Nur *ein* Unterschied herrscht zwischen früher und jetzt: Die Eingriffe sind heutzutage viel mannigfaltiger, tiefer, küh-

1) t. a. p. pag. 16 en 17.

ner und schwerer als früher, weil eben das heutige ärztliche Wissen und Können ein anderes ist als das von ehemals.

Aber in der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Eingriffe hat sich nichts geändert. Zwar unsere *Gesetze schweigen* sich darüber aus. Aber *thatsächlich* werden die ärztlichen Eingriffe heute ebenso ungestört vorgenommen wie seit undenklichen Zeiten. . . . . .

Wenn aber die Dinge so liegen, dann brauchen wir zur Erklärung der Thatsache, dass ärztliche Eingriffe berechtigt sind, nicht Konstructionen zu Hülfe zu rufen, welche den Lebenserscheinungen nicht gerecht werden. Die Thatsache erklärt sich juristisch vielmehr aus sich selbst: sie ist eine solche des Gewohnheitsrechts. . . . . .

Wanneer nu Oppenheim op deze wijze heeft aangetoond, dat niet het geschreven, doch het gewoonterecht de rechtsbron voor de straffeloosheid van de handelingen van den geneeskundige is, zegt hij [1]) . . . . . dann muss ich auch noch untersuchen und feststellen, wie weit die Quelle ein Recht zu ärztlichen Eingriffen gibt, was das konstituirende Moment dieses Rechtes und welche die Bedingungen sind, unter welchen es vorhanden ist.

Die Methode, welche bei dieser Untersuchung und Feststellung einzuhalten ist, ergibt sich aus der Thatsache, dass eben Gewohnheitsrecht das Objekt der Untersuchung ist.

. . . . . .

Diese Untersuchung ergibt nun sofort das wichtige Resultat dass es unmöglich ist, ein für allemal festzustellen, welche einzelnen Eingriffe der Arzt und wie er sie vornehmen dürfe. Die Beobachtung der stets fortschreitenden medizinischen Wissenschaft und des damit im Einklang stehenden ärztlichen Wirkens zeigt vielmehr, dass stets neue Eingriffe berechtigt werden und früher berechtigt gewesene — man denke z. B. an den Aderlass bei fribrösen Krankheiten oder die körperliche Züchtigung Geisteskranker nach dem System

---

1) t. a. p. 18, 19, 20.

des Traitement moral von Leuret — ihre Berechtigung verlieren.

Gewohnheitsrechtlich steht nur zweierlei fest: erstens, dass körperliche Eingriffe an Kranken und Gesunden zu ärztlichen Zwecken überhaupt berechtigt sind; zweitens dass neben den ärztlichen Zweck noch weitere Bedingungen in den einzelnen Fällen vorliegen müssen, wenn der Eingriff ein berechtigter sein soll.

Der ärztliche Zweck ist das Gewohnheitsrechtliche Fundament des Rechtes zum ärztlichen Eingriff, das dieses Recht constituirende Moment.

Die neben dem Zweck erforderlichen Bedingungen sind bei den verschiedenen ärztlichen Zwecken und bei den einzelnen Eingriffen verschiedene, können auch durch Fortschritte der medizinischen Wissenschaft und durch einen Wechsel in der Rechtsüberzeugung des Volkes sich verändern, müssen aber jeweils — so verlangt es das Gewohnheitsrecht — vor liegen, wenn der Eingriff trotz seines ärztlichen Zweckes nicht unberecht sein soll.

Die ärztlichen Zwecken geben eben nicht unbedingt, sondern nur bedingt gewohnheitsrechtlich die Befugniss zu Eingriffen an Menschen."

Nadat Oppenheim nu als ärztliche Zwecke opgenoemd heeft[1]):

1°. Heilung von Krankheiten.

2°. Linderung von Krankheiten.

3°. Vorbeugung von Krankheiten.

4°. Korrektur entstellender körperlicher Mängel.

5°. Geburtshülfe also eventuell, wo erforderlich, auch Abtreibung und Perforation.

6°. Das Experiment an Kranken zu ihrer Heilung, an Gesunden und Kranken behufs Fortbildung des ärztlichen Wissens und Könnens,

---

1) t. a. p. pag. 20.

begint hij elk van die zes Zwecke met de »Bedingungen« te bespreken.

Hij geeft dus voor elk geval den regel met hare uitzonderingen.

1. **Genezing van ziekten** (in 't algemeen).

REGEL [1]) Niemand braucht sich, wenn er volljährig und geistesgesund ist, Eingriffen zwecks Heilung gegen seinen Willen zu unterziehen.

UITZ. Wer auf eine von einem schweren Unglücksfall betroffene Person stösst kann . . . . . sofort ohne Einwilligung und selbst gegen den direkt ausgesprochenen Willen des Kranken alle diejenigen körperlichen Eingriffe sofort vornehmen, welche zur Beseitigung der momentanen Gefahr erforderlich sind.

Voor operatiën [2])

a) in 't algemeen.

Jede operation so gross oder so geringfügig sie sein mag, erfordert die spezielle Einwilligung des zu operirenden als Bedingung.

b) Voor levensgevaarlijke operatiën.

α. Handelt es sich um ein lebensgefährliches Leiden und lässt die lebensgefährliche Operation Heilung erwarten, so besteht das Recht zu ihrer Vornahme dann, wenn erstens keine andere bessere und ungefährlichere Heilmethode vorhanden ist, zweitens dem Patienten die volle Gefahr des Eingriffes vorher zum Bewusstsein gebracht wird und drittens, so weit möglich,alle Vorsichtsmassregeln zur Beseitigung der durch die Operation selbst erzeugten Lebensgefahr getroffen werden.

β. [3]) Die Zweite Gruppe bilden Fälle, wo es sich

1) t. a. p. pag. 21.
2) » pag. 22.
3) » pag. 23.

um eine in kurzer Frist sicher tötliche Krankheit handelt, aber auch vom operativen Eingriff der Tod zu erwarten ist. Hier fragt es sich, ob der Arzt überhaupt und eventuell wann er zu einem solchen Eingriffe berechtigt ist?

Nach der von der Rechtsüberzeugung des Volkes gedeckten Uebung besonnener Aerzte kann wohl der Grundsatz formulirt werden: Der Arzt hat in solchen Fällen das Recht zu einem den Tod wahrscheinlich herbeiführenden Eingriff, wenn erstens auf Grund seiner medezinisch-wissenschaftlichen Ueberzeugung eine — wenn auch noch so geringe — Möglichkeit vorhanden ist, dem Patienten das Leben zu erhalten oder zu verlängern, und zweitens wenn der Patient trotz der Kenntniss der geringen Chancen der Operation in dieselbe einwilligt.

γ.[1]) Nicht lebensgefährliche Leiden, welche durch lebensgefährliche Behandlung beseitigt werden sollen, dürfen keinesfalls objektiv und subjectiv unbedeutend und derart sein, dass sie durch eine ungefährliche Kurmethode geheilt werden können. — Ist aber das Leiden, wenn auch nicht lebensgefährlich, so doch objektiv bedeutend oder wenigstens subjektiv dem Leidenden sehr empfindlich, so sind lebensgefährliche Operationen gewisser Art zu seiner Beseitigung zulässig.

Voor interne geneeskunde.

a. Oppenheim meent, dat juist in tegenstelling met operaties, waar steeds de speciale toestemming noodig is, voor het toedienen van geneesmiddelen in den regel geen toestemming noodig is: doch ook hierop is een uitzondering en wel wanneer levensgevaarlijke medicijnen moeten worden in-

1) t. a. p. pag. 24.

genomen. Hiervoor is, volgens Oppenheim, toestemming van den patient noodig.

b. Wat in geval, dat nieuwe middelen worden toegediend, waarvan de resultaten onbekend zijn? [1])

»Wenn ein glaubwürdiger zuverlässiger Arzt auf Grundwissenschaftlicher Ueberlegung und nötigen Falls nach Versuchen an Thieren und eventuell auch an Menschen, zu der Ueberzeugung kommt, ein Mittel sei ein Heilmittel, so hat er das Recht, es vorderhand anzuwenden, bis ihn nicht seine eigene oder fremde Erfahrung von der Schädlichkeit des Mittels überzeugt."

c. Oppenheim meent, dat verder alle soorten van middelen geoorloofd zijn; behalve die, welke bestaan in eene onzedelijke handeling: Zoo mag geen medicus eenen zenuwlijder met de zweep slaan, al schijnt dit den dokter een goed geneesmiddel toe.

Transfusio en Transplantatio.

Op de vraag wanneer deze „Eingriffe an Gesunden" gerechtvaardigd zijn, geeft Oppenheim ten antwoord: [2])

„Der Arzt ist zu solchen Eingriffe an Gesunden berechtigt, wenn erstens die betr. Person ihre Einwilligung gibt, zweitens dem Gesunden durch den Eingriff voraussichtlich kein dauernder Schaden an der Gesundheit entsteht, und drittens das dem Gesunden durch den Eingriff zugefügte Uebel erheblich geringer ist als das Uebel des Kranken, welches geheilt werden soll.

2. Verzachting van het lijden.

a. Alles wat gezegd is over de genezing moet ook hier gelden. „Selbst lebensgefährliche Eingriffe müssen be-

1) t. a. p. pag. 25.
2) " pag. 27.

hufs Linderung von Krankheiten eventuell als berechtigt angesehen werden, wenn die Grösse des Leidens ihnen entspricht. [1])

b. Ein Recht zur Anwendung solcher (narkotischer) Mittel besteht nur dann, wenn ueberhaupt eine Schmerzlinderung oder ein anderer ärztlicher Zweck erreicht werden soll. [2])

c. Zwecks sog: Euthanasie (der Erleichterung des Sterbens unrettbar Kranker, welche in grossen körperlichen Qualen ihren Lebensrest verbringen) dürfen narkotische Mittel angewendet werden, trotzdem sie möglicherweise oder gar wahrscheinlich den Tod beschleunigen. [3])

3. Inenting. [3])

Deze is geoorloofd uit kracht van het gewoonterecht of geboden door de wet.

4. Verbetering van lichaamsgebreken, enz. [4])

Leichte Eingriffe sind stets, und schwere dann berechtigt, wenn der zu beseitigende Mangel ein grosser und der erforderliche schwere Eingriff trotz seiner Gefahr bei kunstgerechter Vornahme zumeist nicht zu dauerndem Siechtum oder zum Tod fü hrt.

5. Verloskundige hulp. [5])

Die Mutter hat das Recht der Wahl (zwischen Perforation und Kaiserschnitt).

Will sie leben auf Kosten ihrer Frucht, so hat der Arzt das Recht zur Abtreibung und eventuell zur Perforation des Kindes. Will Sie das Leben ihrer Frucht erhalten wis-

---

1) t. a. p. pag. 28.
2) t. a. p. pag. 29.
3) t. a. p. pag. 31.
4) t. a. p. pag. 32.
5) t. a. p. pag. 33.

sen, so hat der Arzt das Recht zur Vornahme des Kaiserschnittes an der Mutter . . . . Trifft sie eine Wahl so ist derjenige ärztliche Zweck, welchen sie gewählt hat, für den Arzt massgebend und zu den erforderlichen Eingriff . . . . gewohnheitsrechtlich berechtigend. (Zie hierover verder Hoofdstuk II.

6. **Proefnemingen** (Experiment).

»Treten wir nun an die Beobachtung ärztlicher Experimente heran, so zeigt sich vor Allem, dass vielfach sogar gefährliche Experimente an Personen, die ihre Einwilligung dazu nicht gegeben haben, gemacht werden. Dieser Thatsache gegenüber ist zu betonen, dass keine Rechtsueberzeugung im Volke vorhanden ist, welche eine solche Uebung deckt.

Darum darf niemals eine Person, mag sie gesund oder krank, heilbar krank oder rettungslos dem Tod verfallen, mag sie selbst zum Tod verurteilt sein und ihre Hinrichtung bevorstehen — niemals darf sie ohne ihre Einwilligung zum Gegenstand von Experimenten gemacht werden."

Daarna onderscheidt OPPENHEIM twee soorten experiment.

1⁰ dat, welk dient om in een bepaald geval te weten te komen, welken invloed eene behandeling op een zekere ziekte heeft,

2⁰ dat, welk uit een zuiver theoretisch-wetenschappelijk oogpunt ondernomen wordt.

Over het eerste experiment geeft OPPENHEIM de volgende beschouwing: [2])

Experimentelle Eingriffe an Kranken, welche den Zweck haben, zu erforschen, ob ihre Krankheit durch den betr. Eingriff geheilt oder gelindert werden kann, sind dann berechtigt, wenn erstens der Patient oder sein gesetzlicher Vertreter seine Zustimmung gibt, zweitens wenn auf Grund medizinisch-wissenschaftlicher Ueberzeugung die Möglichkeit

---

1) t. a. p. pag. 34.
2) t. a. p. pag. 36.

des Gelingens des Experimentes gegeben ist, und endlich drittens wenn die durch das Experiment erzeugte Gefahr in keinem Missverhältniss steht zu der eventuell zu heilenden oder lindernden Krankheit."

Wat nu de tweede groep betreft: wederom gaat OPPENHEIM deze splitsen in tweeën, en wel A. proefnemingen op gezonden, B. proefnemingen op zieken. Dit onderscheid maakt hij, omdat de rechtsovertuiging des volks slechts wil, dat die onderzoekingen in zeer beperkte mate plaats vinden. Over de eerste onderafdeeling zegt hij dan: Die Rechtsüberzeugung des Volkes wird niemals experimentelle Eingriffe an gesunden Menschen, auch wenn sie einwilligen, decken durch welche diese Menschen einer grossen Gefahr ausgesetzt werden. [1])

Omtrent het experiment op zieken laat OPPENHEIM zich niet duidelijk uit: hij kan hoogstwaarschijnlijk geen regel geven. Hij is van meening, dat wanneer men op eene onaangetaste plaats van het lichaam van een kankerlijder andere kankerbacillen overplant, om te zien of kanker besmettelijk is, de medicus, ingeval toestemming gegeven is, straffeloos behoort te blijven.

Ten slotte onderzoekt OPPENHEIM nog, wie de geneeskunde mogen uitoefenen, doch dat onderwerp behoort hier niet thuis.

Zeer verdienstelijk mag men m. i. deze uiteenzetting van OPPENHEIM noemen. Zorgvuldig heeft hij alle geneeskundige behandelingen één voor één besproken en daarbij aangewezen den gedragsregel, welke de geneeskundigen daarbij plegen te volgen. „Plegen te volgen" noemt OPPENHEIM het, doch zou het niet beter zijn te zeggen: „*veelal* volgen". Want men moet toch toegeven, dat vele medici die regels niet volgen.

Zoo zullen sommige verloskundigen b.v. de keuze tusschen perforatie en keizersnede aan de vrouw overlaten;

---

1) t. a. p. pag. 38.

andere geenszins [1]). Ook mag ten zeerste betwijfeld worden of vele medici hetzelfde onderscheid maken tusschen de operaties, als OPPENHEIM.

Het moge wellicht wenschelijk zijn, dat een medicus de door OPPENHEIM gegevene regelen tot leidraad neemt, ik ben er evenwel van overtuigd, dat de meeste medici hen voor 't eerst aldus neêrgeschreven zien. En dat noemt OPPENHEIM dan „gewoonterecht" d. w. z. het ongeschreven recht, waarvoor geen bepaalde tijd van invoering aan te wijzen is en toch evenals het geschreven recht wordt uitgeoefend; „'t zijn de regelen van doen en laten, die door de bijzondere personen bij hun handelingen geregeld worden in acht genomen, ofschoon ze door geen wet zijn voorgeschreven" [2]).

Wanneer nu de eene medicus de regels, door OPPENHEIM gegeven, wél volgt, de andere niet, mag men dan die regelen gewoonterecht noemen? Het gewoonterecht is het onge-

---

1) O.a. Essers. Perforatie of keizersnede. Ac. pr. Leiden 1889 Stelling II. Pinard. „Du soi-disant fréticide thérapeutique: Leçon faite à la clinique Baudelocque „Peut-on admettre, que la mère puisse refuser de laisser pratiquer sur elle une opération qui seule permettra l'extraction de son enfant vivant, invoquant le danger éventuel de cette opération et sous le prétexte qu'en laissant tuer l'enfant elle courra moins de danger"... „l'Accoucheur, dit il, n'a le droit, ni moralement, ni légalement, ni scientifiquement, de pratiquer l'embryotomie sur l'enfant vivant. Vergel. Maurès, Étude sur la Responsabilité professionelle et légale du Médecin, Agen 1900 pag. 67.

Treub (Aerztliche Rundschau No. 12, 1900) zegt in zijn opstel „Zur Indikation des Kaiserschnittes": „Zur Perforation des lebenden Kindes meine ich dass man sich jetzt, in der Klinik kaum je mehr entschliessen darf. Selbst wenn, wie im V Fall, die Patientin schon infisiert ins Spital kommt, erachte ich die mutwillige Aufopferung des kräftig lebenden Kindes für unerlaubt und ich ziehe die Konsequenz so weit, dass ich der Kreissenden, oder ihrer Familie, in der Frage auch keine Stimme mehr gebe. Die Frau vertraut sich mir an, damit ich die Geburt beende, und so ist es Sache zwischen mir und meinem Gewissen, wie ich meiner Aufgabe gerecht werden soll."

In juist tegenovergestelden zin een opstel getiteld: „Quelle conduite doit tenir l'accoucheur en présence d'une femme en travail dont le bassin est rétréci?" in La semaine médicale van 23 October 1901.

2) Hamaker. Dictaat Encyclopaedie.

schreven recht, dat in de rechtsovertuiging des volks is doorgedrongen; dit kan men toch werkelijk niet zeggen van de regels door OPPENHEIM gegeven. Uit overtreding van gewoonterecht kunnen acties voortvloeien. Zoo kan bijvoorbeeld uit het niet nakomen van zijne verplichtingen door den beklemden meijer eene rechtsvordering tegen dezen ingesteld worden (art. 1654 B. W.) Ik geloof evenwel niet, dat eene vrouw eene rechtsvordering met goed gevolg zou kunnen instellen tegen een medicus, omdat hij haar niet de keus had gelaten tusschen perforatie en keizersnede, doch eigendunkelijk tot de perforatie was overgegaan.

Nergens in de jurisprudentie vindt men dan ook bewijzen, dat deze rechtsregelen inderdaad door het gerecht in acht genomen zijn.

Neen, in plaats van in de rechtsovertuiging des volks te zijn ingeworteld, lijken mij vele der bovengenoemde regelen phantaisie van OPPENHEIM. Hij zou gaarne zien, dat de medici deze regelen in acht namen — ik vereenig mij hier gaarne mee, reden waarom zij vrij uitvoerig vermeld zijn — maar het gaat niet aan te zeggen, dat dit gewoonterecht is.

Er valt bovendien nog een bezwaar tegen OPPENHEIM'S theorie in 't midden te brengen.

OPPENHEIM ziet namelijk in de geneeskundige behandeling eene mishandeling, welke op grond van de gewoonte niet gestraft wordt. Maar is OPPENHEIM dan vergeten, dat gewoonte in het strafrecht niet in aanmerking komt? Hij heeft deze tegenkanting verwacht, en tracht die dan ook op pag. 18 te weêrleggen met de woorden: . . . .

„An dieser Behauptung ist gerade so viel wahr, dass durch Gewohnheitsrecht ebenso wenig wie durch Analogie eine gesetzlich straflose zu einer strafbaren Handlung werden kann, so lange der wertvolle Satz Rechtens bleibt: keine Strafe ohne Strafgesetz.

In sofern aber jene Behauptung weiter geht — und dem Gewohnheitsrecht auch nach anderen Seiten hin im Strafrecht den Weg verlegen will, ist sie ohne jede positiv

rechtliche Grundlage und erzeugt eine Ohnmacht der Rechtssprechung und Rechtswissenschaft, welche den Wagen der Gerechtigkeit in seinem stolzen Lauf zum Einhalten zwingen muss."

OPPENHEIM vergeet evenwel dat, waar de wet strafbaar stelt hem, die mishandelt — zonder uitzondering dus, een ieder die mishandelt — men toch op grond van het gewoonterecht geen uitzondering mag maken. Waarvoor dienen dan onze bepalingen over noodweer, ambtelijk bevel enz.; die had men dan ook zeer gevoeglijk weg kunnen laten en zeggen: ja, er is een regel van het gewoonterecht »nood breekt wet" enz. Neen, het is onjuist, om op een in de wet strafbaar gesteld feit, op grond van het gewoonterecht eene uitzondering te maken.

Het zij nogmaals herhaald: OPPENHEIM's regelen mogen een goeden raad inhouden voor de medici, rechtsregelen zijn het niet, evenmin van het gewoonterecht, als van het geschreven recht. [1])

---

c

De Theorie van de noodwendigheid der handeling.

H. Dietrich. Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, Diss. Fulda 1896.

»Nicht der ärztliche Zweck allein vermag freilich die Rechtmässigkeit der ärztlichen Eingriffe herzustellen; die Thatsache, dass die ärztlichen Eingriffe geeignete Mittel zur Erreichung gewisser den gesetzlichen Intentionen paralleler Zwecke sind, genügt durchaus nicht. Wenn morgen die Möglichkeit unwiderleglich dargethan würde, ohne die bisherigen Eingriffe Wunden und Krankheiten ebenso sicher, so schnell und vollständig zu heilen, mit einem Schlage würden

1) Aldus ook Stooss t. a. p. 102. Heimberger, Strafrecht und Medizin München 1899 pag. 16. 17.

alle die bisherigen Eingriffe zu verbotenen werden. Einstweilen kann der Arzt keine Wunder thun; er muss, um die schon vorhandene Wunde zu heilen, neue Wunden verursachen, muss, um das eine Uebel zu entfernen oder fernzuhalten, notwendigerweise ein anderes Uebel schaffen, und darum weil dieses künstlich geschaffene Uebel notwendig und das kleinere im Verhältniss zu dem andern ist, darum und nur darum ist es erlaubt.

Der Grund, weshalb das Gesetz die ärztlichen Eingriffe nicht verbieten kann und nicht verbietet, weshalb sie erlaubt und rechtmässig sind, ist mithin die leidige Thatsache, dass sie, selbst Uebel, zur Fernhaltung und Beseitigung grösserer Uebel zur Verwirklichung solcher Zwecke, die das Gesetz selber im Auge hat, notwendig sind." [1])

DIETRICH besluit zijne opvatting met: . . . . . vielmehr sind die ärztlichen Eingriffe um deswillen erlaubt, *weil sie die geringeren Uebel und notwendigen Mittel zur Bannung solcher Uebel sind, deren Nichteintritt das Gesetz selber anstrebt.* [2])

DIETRICH is dus van gevoelen, dat de geneeskundige behandeling daarom geoorloofd is, omdat de medicus den patient, dien hij genezen wil, *moet* „mishandelen". De *noodzakelijkheid* is het dus, die de mishandeling vanwege den medicus straffeloos maakt.

Onmogelijk kan deze oplossing eene juiste zijn. Wanneer mishandelingen door den geneeskundige toegelaten worden, dan moeten zij hun rechtvaardiging vinden in een rechtsvoorschrift, hetzij van het geschreven, hetzij van het gewoonterecht. Zoo meende OPPENHEIM, dat de niet-strafbaarheid van den medicus haren grond vond in een voorschrift van het gewoonterecht, de andere schrijvers zochten de straffeloosheid in een voorschrift van het geschreven recht; zij meenden, dat de wet mishandelingen, waartoe de mishandelde

1) t. a. p. pag. 59.
2) t. a. p. pag. 66.

zijn toestemming had gegeven, straffeloos liet; of dat de wet een beroep op het beroepsrecht toeliet enz. Doch volgens DIETRICH zijn „mishandelingen" vanwege den medicus geoorloofd, omdat ze noodwendig zijn. Ware hij verder gegaan en had hij dan bij voorbeeld gezegd: omdat de handeling noodzakelijk is, kan de medicus zich beroepen op noodtoestand, òf had hij beweerd, omdat de handeling noodzakelijk is, kan hij zich beroepen op 't gewoonterecht; en had hij daarbij aangetoond, dat het gewoonterecht een regel kende, die den medicus op grond van de noodzakelijkheid straffeloos liet, dan had DIETRICH ten minste een grondslag aan zijne bewering gegeven. Nu hangt deze m.i. vrijwel in de lucht.[1])

---

f.

De theorie van het doel der handeling.

v. Lilienthal: „Die Pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht (in der Festgabe der Heidelberger Juristischen Facultät für E. J. Bekker, 1899.)

Ook VON LILIENTHAL ziet in de behandeling door den medicus eene mishandeling, doch eene niet wederrechterlijke. „Der Zweck des ärztlichen Handelns", het doel waarmede de behandeling verricht wordt, doet de wederrechtelijkheid wegvallen; maar alleen dan, wanneer de geneeskundige behandeling geschied is onder verkregen (of te veronderstellen) toestemming van den mishandelde. Men houde dus wel in 't oog het onderscheid tusschen deze opvatting en die van J. W. SMIDT, die, zooals men later zien zal, meent dat er alleen mishandeling is, wanneer aanwezig is 't oogmerk om pijn, verminking enz.

---

1) Eene kritiek in dezen zin kan men ook vinden bij Stooss pag. 104—105 en bij v. Lilienthal: Die Pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht, pag. 35.

te veroorzaken. Er kan dus bij de behandeling van zieken geen sprake zijn van mishandeling. De geneeskundige behandeling valt niet onder 't bereik van artikel 300 Sr. Daarentegen zegt VON LILIENTHAL: er is wel mishandeling, doch 't doel, waarmede ze geschiedt, doet de wederrechtelijkheid wegvallen m.a.w. maakt deze mishandeling tot eene niet strafbare.

VON LILIENTHAL'S brochure is dan ook eene bijdrage tot de leer der wederrechtelijkheid. Omtrent deze leer, waarover onder de juristen nog zooveel gediscussieerd wordt en waaromtrent nog zooveel onzekerheid heerscht, verkondigt deze strafrechtsgeleerde de meening, dat er nog andere gronden zijn, welke de wederrechtelijkheid opheffen dan die, welke in de wet ipsis verbis opgenoemd zijn. Onder die nu niet opgesomde telt VON LILIENTHAL „der ärztliche Zweck".

Als bewijs, dat door de „ärztliche Zweck" de wederrechtelijkheid opgeheven wordt, wijst hij op de universiteitsklinieken, de ziekenhuizen, enz. Dit levert evenwel nog geen afdoend bewijs voor de omstandigheid, dat de mishandeling niet wederrechtelijk is, maar wel een bewijs voor 't feit, dat de Staat, die in zijn gestichten de uitoefening der geneeskunde toelaat, ja zelfs gestichten opricht, in de geneeskundige behandeling geen mishandeling ziet.

Wij zullen hierop vooreerst niet verder ingaan, doch een ander bezwaar tegen v. Lilienthal's theorie, door Heimberger [1]) aangevoerd, onder oogen nemen. Ik wees er reeds op, dat ook de toestemming in v. Lilienthal's leer eene rol speelt. Zoo leest men bij hem [2]): „Wie man diese Streitfrage entscheiden mag der allgemeine Grundsatz, dass eine nicht unsittliche Einwilligung die Vornahme der Handlung zu einer nicht rechtswidrigen macht, bleibt bestehen und trifft für alle zu Heilzwecken unternommenen Operationen zu". Nu stoot von Lilienthal op dezelfde moeilijkheden, waarop ik gewezen heb bij 't leveren eener kritiek op de zoogenaamde

1) t. a. p. pag. 22, 23.
2) t. a. p. pag. 30, 31.

toestemmingstheorie. Hij weet namelijk geen raad met het geval, dat er geen toestemming te krijgen is, zooals bij bewusteloosheid of bij krankzinnigen en kleine kinderen. Voor deze gevallen nu zegt von Lilienthal: „der Zweck der ärztlichen Handlung" heft de wederrechtelijkheid op. In het algemeen is dus de toestemming *grondslag*, der ärztliche Zweck *voorwaarde* voor de niet-strafbaarheid.

Nu schijnt von Lilienthal vergeten te zijn, dat hij ook gezegd heeft: „Aerztliche Handlungen sind durch ihren Zweck vor Strafe geschützt, dürfen aber nicht gegen den Willen des Behandelten vorgenommen werden".

Hier is dus „der Zweck" de *grondslag*, de toestemming, de *voorwaarde*. Zoo even was 't juist anders om. Hoe is dit nu te rijmen?

In dit laatste geval (de toestemming is eene *voorwaarde*) weet von Lilienthal nu weer geen raad met de gevallen, waarin de toestemming niet te krijgen is. In tegenstelling met het eerste geval (toestemming is *grondslag*), lost hij de moeilijkheid nu op door te zeggen: men mag in die gevallen, waarin de toestemming niet te krijgen is, deze praesumeeren. Nu stelt Heimberger de vraag: Waarom is nu zulk een praesumptie wel geoorloofd, wanneer de toestemming *voorwaarde* is, en waarom is die praesumptie niet geoorloofd, wanneer de toestemming *grondslag* van de straffeloos heid der handeling is? Waarom moet in dit laatste geval in plaats van de toestemming „der Zweck des ärztlichen Handelns" komen?

Von Lilienthal zou hierop hebben kunnen antwoorden (hij heeft het niet gedaan): Wanneer de toestemming *voorwaarde* is, hecht ik aan haar niet zoo veel gewicht als wanneer zij *grondslag* is: daarom meen ik de toestemming wel te mogen praesumeeren in het eerste geval, niet in het tweede geval; alsdan is het noodzakelijk, dat „der ärztliche Zweck" in plaats van de toestemming treedt.

Doch met deze verdediging zou von Lilienthal nog niet geheel en al hebben kunnen volstaan, want het blijft alsdan

nog altijd een open vraag, waarom of hij nu eens de, toestemming als *grondslag* en het doel als *voorwaarde*, dan weer het doel als *grondslag* en de toestemming als *voorwaarde* voor de niet strafbaarheid neemt.

Ik hoop, dat het thans den lezer duidelijk zal zijn, dat von Lilienthal zich aan twee verwarringen schuldig gemaakt heeft.

1°. Neemt hij beurtelings de toestemming en het doel als *grondslag* en *voorwaarde* voor de niet strafbaarheid van de handeling.

2°. Lost hij, als er geen toestemming te krijgen is, de moeilijkheid op, door ingeval dat toestemming *grondslag* is, het doel in haar plaats te laten treden, en, ingeval de toestemming voorwaarde is, de toestemming te praesumeeren.

Als men nu vraagt, waarom von Lilienthal er niet toe overgaat om óf de toestemming óf het doel van de handeling als *grondslag* voor de straffeloosheid aan te nemen, dan geloof ik uit zijn geschrift op te mogen maken, dat de toestemming z. i. niet de grondslag van alle geneeskundige handelingen kan zijn. Zoo bijv. van de perforatie.

Zijn verwijt aan STOOSS, dat deze niet *één* grondslag geeft voor de straffeloosheid van alle medische handelingen, kan VON LILIENTHAL dus tot zich zelf richten [1]).

Deze heeft zich bovendien nog schuldig gemaakt aan verwarring der door hem genoemde grondslagen en voorwaarden der niet-strafbaarheid van de door den medicus verrichte handelingen.

---

1) Zooals men later zal zien, ziet STOOSS in de chirurgische operatie geen mishandeling; daarentegen neemt hij het gewoonterecht aan als grondslag voor de niet-strafbaarheid der perforatie.

g.

De theorie van de „Aerztliche Regel".

R. Schmidt. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. — Jena 1900.

Reeds voor het openslaan van SCHMIDT'S werk kan men zien, dat de schrijver behoort tot hen, die de operatie beschouwen als eene mishandeling, welke uit hoofde eener de wederrechtelijkheid opheffende oorzaak niet strafbaar is. Immers hij noemt zijne brochure: „Ein Beitrag zur Lehre der Straf- und Schuldausschliessungsgründe". Hij begint met er op te wijzen, dat de meeste schrijvers zich hebben schuldig gemaakt niet alleen aan eene verwarring der lex lata en der lex ferenda — wat niet te ontkennen valt — maar, dat zij ook geheel willekeurig te veel aandacht geschonken hebben aan de belangen hetzij van de medici, hetzij van 't publiek, dat zich van hunne hulp bedient. Daarom zal SCHMIDT een anderen weg inslaan bij 't zoeken van de oplossing: »Man stelle ganz offen die rechtspolitische, die gesetzgeberische Frage voran. Man betrachte zunächst die rücksichtswürdigen Interessen, frage dann, welche Anforderungen an rechtlichen Schutz sie stellen müssen. Hierauf wird man mit mehr Vorurteilslosigkeit auf das geltende Recht zurückkommen können." [1])

SCHMIDT waarschuwt er voor toch vooral niet de belangen van medicus of van patiënt te veel op den voorgrond te plaatsen. Zij moeten eer tegen elkaar opwegen. Daarmede acht hij dan de taak des wetgevers aangegeven [2]): „Gewiss muss in erster Linie ein Rechtsgrund gefunden werden, der die normale Berufsthätigkeit des handelnden Arztes in ihren verletzenden Folgen vor dem Strafrichter bewahrt. Aber wir sehen jetzt, dass das nur der eine Teil der Aufgabe

1) t. a. p. pag. 2.
2) t. a. p. pag. 6.

und zwar der wesentlich theoretische ist. Der andere, praktisch wichtigere besteht darin, die Grenze zu ziehen, die dem Arzt ermöglicht, seinen Beruf unbehelligt auszuüben und seine Kenntniss und Kunst zu verwerten, ohne doch dem Missbrauch des Berufs Thür und Thor zu öffnen."

Deze grenzen wil Schmidt duidelijk getrokken zien. Men kan ze niet overlaten aan het gezonde, menschelijk verstand of aan 't arbitrium van den rechter. Neen, men moet zekerheid hebben en deze is alleen te krijgen door eene stellige wetsbepaling. Deze wetsbepaling, welke een rechter geen vrijheid bij zijn oordeel laat, moet den medicus zeggen: „tot hier en niet verder!" „Der Arzt [1]) muss gegen üble Folgen einer Berufshandlung, die sich aus dem rechten Gebrauche des Berufs ergiebt, geschutzt werden — andererseits muss der Uebergriff über den Beruf unterdrückt werden. Es ist zu vermitteln zwischen Berufsfreiheit und individuellem Wohl. Hiermit verbindet sich aber — was von vornherein weniger in Augen fällt — das Bedürfnis, das beiden beteiligten Interessenkreisen gemeinsam ist, das Interesse, welches man als das der Rechtssicherheit bezeichnen kann. Gleichviel in welchen Umstand man die Grenze zwischen freien Berufsgebrauch und Berufsmissbrauch verlegt, diese Grenze muss eine grundsätzliche, objektiv erkennbare sein, damit schon ehe es zu einen Konflikt kommt, der ärztliche Stand wie das hilfesuchende Publikum sicher berechnen könne, welche Eingriffe unbesorgt zu wagen, welche Eingriffe schlimmstenfalls zu gewärtigen sind.

Hierna begint SCHMIDT in Hoofdstuk II te spreken over: „die Gefahr einer Bevorzügung der Interessen des Patienten." Hij wijst er in dat hoofdstuk op, waarom men de toestemmingstheorie zóóveel hooger stelt dan de beroepsrechttheorie dat de eerste de laatste vervangen heeft. Als oorzaak hiervan wijst hij aan, dat bij de eerste theorie de grenzen, waarvan hij in 't eerste hoofdstuk sprak, zooveel juister getrokken zijn. De jurisprudentie in Duitschland baseert zich dan ook

1) t. a. p. pag. 7.

in deze kwestie geheel op de toestemming. Daarna zegt hij op pag. 11: „An dem Vergleich aller genannter Fälle zeigt sich nun aber die Bedeutung der angewendeten Regel, falls wir nicht nur eines oder einige der beteiligten Interessen ins Auge fassen, sondern alle. Sie trägt dem Bedürfnis des Kranken insofern Rechnung, als sie diesem die freie Willensbestimmung sichert, sich nur dem Arzt seiner Wahl und nur soweit er dessen Eingriff billigt, anzuvertrauen. Sie kommt auch dem Bedürfniss der Rechtssicherheit entgegen, insofern sie eine scharfe, bequem für alle Beteiligten erkennbare Grenze zieht. Aber sie enthüllt sich sofort als theoretisch wie praktisch unzulänglich, wenn man, wie man muss, die freie Berufsenthaltung des Arztes als selbständiges Interesse anerkennt, das mittelbar insofern es das ärztliche Verantwortlichkeitsgefühl und die ärztliche Energie steigert, auch der Gesamtheit der Einzelnen wieder zu Gute kommt."

Eindelijk toont hij aan de theoretische en practische tekortkomingen der toestemmingstheorie en komt tot het resultaat: de toestemmingstheorie houdt te veel rekening met het belang van den patiënt, te weinig met dat van den medicus.

In het volgende Hoofdstuk [1]): „Die Gefahr einer Bevorzügung des ärztlichen Interesses" kent SCHMIDT aan OPPENHEIM de verdienste toe, meer dan tot nog toe 't geval was, gelet te hebben op het belang der medici. (Zie hierboven hoe OPPENHEIM de in het gewoonterecht erkende „Zweck des ärztlichen Regels" als grond voor de niet-strafbaarheid van den medicus aanneemt). SCHMIDT gelooft evenwel, dat OPPENHEIM door de uitzonderingen, die hij op zijne regels maakt, het doel mist. Bovendien oppert hij de bezwaren, welke reeds hierboven vermeld zijn. Dan komt de schrijver aan de theorie van STOOSS. Daar deze theorie eerst hierna zal behandeld worden, zullen de weinige aanmerkingen op haar gemaakt, daar vermeld worden, waar zij uitvoeriger wordt uiteengezet.

---

1) t. a. p. pag. 14.

Als SCHMIDT in Hoofdstuk IV [1]) zich afvraagt, in welke richting de oplossing gezocht moet worden, dan zegt hij, dat hij, in plaats van met STOOSS mede te gaan, het meer zal zoeken in de redenen welke de wederrechtelijkheid uitsluiten. Hij vindt het te oppervlakkig om te zeggen dat het doel, waarmede de handeling verricht is, de niet-strafbaarheid van den medicus bewerkt. Dan laat zich immers de vraag stellen, wiens doel het is, dat de handeling rechtvaardigt. Zoo hebben VON LILIENTHAL en OPPENHEIM het doel van den handelenden persoon voor oogen; de medicus is h. i. niet strafbaar, omdat hij de bedoeling had te genezen. SCHMIDT vindt echter dat dit er niets toe afdoet. De arts, die eene op zich zelf noodwendige operatie verricht, in de vaste overtuiging, dat deze toch geen resultaat zal hebben, doch alleen om de bloedverwanten te bevredigen is z. i. niet strafbaar. Het komt er niet op aan of de handeling alleen den behandelde tot nut strekte, 't is slechts de vraag of zij, objectief, de *maatschappij* (die Gesamtheit) voldeed.

Evenmin als iemand, die door struikroovers aangevallen is en zich tevergeefs weert, doch juist bijtijds door de politie ontzet wordt, gestraft wordt voor de stokslagen, die hij zijnen aanranders toebracht, evenmin wordt de medicus gestraft voor eene operatie, die den patient niet baatte. „Der Rechtfertigungsgrund solcher Verletzungen beruht in Wahrheit darin, dass sie objectiv geeignet sind, den der Gesellschaft wünschenswerten Erfolg — vulgo Zweck — herbeizuführen: darin, dass sie nach den Regeln der Erfahrung im durchschnittlichen, wahrscheinlichen Verlauf, einen nützlichen Erfolg erwarten lassen." [2])

Uit dezen grond nu meent de schrijver de grenzen van de niet-strafbare handeling te kunnen afleiden. Evenals bij noodweer de verdediging noodzakelijk moet zijn, — deze grens trekt de wet zelve — zoo moet bij het ingrijpen door

1) t. a. p. pag. 25.
2) t. a. p. pag. 27.

den geneeskundige de handeling ook noodzakelijk zijn. Hij zegt op pag. 27: „Wir können fixieren: die Erwägung der beteiligten Interessen verlangt die rechtliche Annerkennung eines Strafausschliessungsgrundes, den wir das Recht der ärztliche Hilfe nennen können. Er bedeutet das Recht zur Vornahme derjenige Eingriffe in Freiheit, Ehre, Körperintegrität, eventuell sogar in das Leben, die nach der medizinischen Erfahrung zur Heilung, Schmerzlinderung, Untersuchung etc. erforderlich und angemessen sind."

Na eenige uitweidingen hierover dringt SCHMIDT er ten slotte op aan om na de §§ 53 en 54 van 't Deutsche Reichsstrafgesetzbuch (noodweer en noodtoestand) op te nemen een § die ongeveer zal behooren te luiden [1]): „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch die Notwendigkeit ärztlicher Hilfe geboten war.

Derjenige, welcher zugezogen wird um eine Person ärztliche Hilfe zu leisten, ist, solange diese Person oder deren gesetzlicher Vertreter der Behandlung nicht widerspricht, zu allen Eingriffen berechtigt, welche zur Erhaltung ihres Lebens oder ihrer Gesundheit (nach Massgabe der Regeln der ärztlichen Wissenschaft) erforderlich sind. Die Ueberschreitung der berechtigten Hilfe ist nicht strafbar, wenn der Arzt über deren Grenzen hinausgegangen ist, weil er infolge der begleitenden Umstände die ärztlichen Regeln nicht erkennen konnte, (oder wenn die behandelte Person in den Eingriff einwilligte)".

Tot zoover de jure constituendo, want in het daarop volgende hoofdstuk behandelt SCHIMDT „die ärtzliche Regel als Grundlage des Strafausschliessungsgrundes im geltenden Recht". [2])

Hier tracht hij naar geldend recht de straffeloosheid van den medicus te verklaren en dan vindt hij troost in 't gewoonterecht (OPPENHEIM). Hij beroept zich op de Carolina, waar

1) t. a. p. pag. 37.

2) t. a. p. pag. 38.

in art 134 staat [1]): „so eyn ärzt aus unfleiss oder unkunst vund doch vnfürsetzlich jemandt met seiner artzenei tödtet, erfündt sich dann durch die gelerten und verstendigen der artzenei, dass er die ärtzenei leichtfertiglich vnd verwegenlich missbraucht oder sich vngegründter vnzulessiger artzenei, die jm nit geziembt hat, vnverstanden vnd damit ejnem zum todt vrsach geben —." Hieruit leiden de schrijvers af, dat indien de arts een „zulässige artzenei" voorschrijft, hij niet strafrechtelijk verantwoordelijk is. Verder haalt hij eenige citaten aan van REMUS (1594) en LEYSER (± 1750), waarop SCHMIDT overgaat tot eene zeer breedvoerige uiteenzetting der beteekenis van de „ärztliche Regel" als grond voor opheffing der wederrechtelijkheid, om ten slotte nog een woord te wijden aan den invloed van de toestemming van den patient op het oordeel over den medicus. De toestemming, hoewel geen grondslag voor de straffeloosheid, kan toch bij de beoordeeling van de daden van den medicus van gewicht zijn. Als hij zijn meening daarover uiteengezet heeft, schrijft hij [2]): „Soweit der Thatbestad der Körperverletzung in Erregung subjektiven Missbehagens besteht, wird er durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen; soweit er dagegen in äusserer oder innerer regelwidriger Veränderung der Körperbeschaffenheit besteht, ist die Einwilligung des Verletzten gleichgültig".

SCHMIDTS werk komt mij zeer verdienstelijk voor. Vooral het gedeelte, waarin hij zijn meening de jure constituendo uitspreekt, is bijzonder zorgvuldig behandeld. Evenwel kan zijn opvatting, noch die de jure constituendo, noch die de jure constituto, mij voldoen. Zijn doel is, een theorie te vinden, waarbij noch te veel de belangen van den medicus, noch te veel die van den patient op den voorgrond treden; ze moeten tegen elkaar opwegen. Omdat dit niet 't geval is bij

1) t. a. p. pag. 40.
2) t. a. p. pag. 56.

de vorige besprokene theorieën, keurt hij deze af. Maar moeten wij dan niet bij *zijn* opvatting tot de conclusie komen, dat hij te veel het belang van den medicus in 't oog gehouden heeft? Heeft iemand om een oogenschijnlijk niets beduidende ongesteldheid een dokter laten roepen dan kan deze zonder toestemming overgaan tot de zwaarste operaties, als hij zich maar houdt aan de regelen der medische wetenschap.

Is dit nu niet als eene bevoordeeling der belangen van den medicus te beschouwen? Op deze wijze wordt het belang van den patient immers schromelijk op den achtergrond gedrongen. Het doel, waarnaar SCHMIDT bij de bewerking van zijne brochure streefde, heeft hij dus niet bereikt.

Behalve dat we ons niet kunnen vereenigen met de opvatting als zoude de medische behandeling mishandeling zijn, ook indien wij er eene mishandeling in zagen, mogen wij geenszins toegeven, dat het gewoonterecht de bron van een »Strafausschliessungsgrund" kan zijn.

Reeds vroeger — bij de bespreking van het beroepsrecht — hebben wij er op gewezen, dat alléén de in de wet genoemde rechtsgronden de wederrechtelijkheid opheffen, en ook is reeds aangetoond — bij de critiek op OPPENHEIM — dat de gewoonte in ons strafrecht onbekend is.

Wat verder betreft Schmidt's betoog de lege ferenda: zagen wij inderdaad in de geneeskundige behandeling eene mishandeling, dan zou zijn voorstel om een »Strafausschliessungsgrund", in den vorm door hem gegeven, in de wet op te nemen, ons niet zoo onaannemelijk voorkomen.

Wij zien evenwel in de behandeling geen mishandeling en daarom kan ook zijn voorstel de lege ferenda ons evenmin bevredigen als zijn betoog de lege lata.

Groep B.

Thans zijn wij genaderd tot de bespreking van die theorieën, welke verkondigen, dat de chirurgische operatie

geen mishandeling is. 't Komt ons wenschelijk voor, ook deze groep te splitsen. In de eerste plaats zullen dan besproken worden de theorie van HESS, van J. W. SMIDT en van den Hoogen Raad; daarna de theorie van STOOSS, HEIMBERGER, NOYON en BINDING. HESS c. s. zien in de chirurgische operatie geen mishandeling, wijl het vereischte opzet niet aanwezig is, STOOSS daarentegen verkondigt de meening, dat de chirurgische operatie objectief geen mishandeling is.

---

a.

Theorie van Hess, Smidt en den Hoogen Raad.

A. Hess, Die Ehre und die Beleidigung des § 185. Str. G. B. Hamburg 1891.
J. W. Smidt, Vrije uitoefening der geneesk. en het Wb. v. Sr. Diss. Leiden 1889.
H. R. Arrest van 10 Februari 1902 W. 7723.

HESS is de eerste geweest, die in zijn bovengemeld werk de meening verkondigd heeft, dat de handelingen der medici niet onder § 185 vallen: „Der Fall der chirurgische Operation ist bei der Betrachtung des Satzes „Volenti non fit injuria" vollkommen auszuscheiden. Denn der Arzt verletzt nicht den Körper des Kranken, macht sich keiner Körperverletzung nach irgend einer Richtung schuldig, denn Verletzen ist *βλάπτειν* d. h. schädigen. Nicht jede Veränderung ist Schädigung, nicht die Veränderung im guten Sinn. Bessern, operiren, heilen ist daher nicht Schädigung, nicht Verletzung. Wer das beschädigte Dach meines Hauses wider meinen Willen repariert, beschädigt mein Dach nicht. Und ebenso schädigt, verletzt der Arzt meinen Körper nicht, wenn er ihn gesund macht. Die Operation verdient daher nicht einmal den Namen Körperverletzung. Höchstens könnte man sagen, dass der Arzt eine bestimmte Stelle des Körpers, nicht aber, dass er den Körper als lebendes Ganzes betrachtet, als Organismus verletzt. Wir können es daher nicht billigen, wenn man die Straflosigkeit der Aerzte durch ein Be-

rufsrecht derselben erklärt hat. Nicht der Beruf ist es, der den Arzt straflos macht, sondern sein Wille, mich nicht zu schädigen. Heilen darf mich ein jeder, auch dessen Beruf nicht in Heilen besteht. Ja, auch wer mich wider meinen Willen heilt, macht sich keiner Körperverletzung schuldig. Ob er sich hierdurch eines andern Delicts, z. B. einer Freiheitsberaubung, schuldig macht, ist eine andere Frage".

Wat is dus volgens HESS de reden, waarom behandeling geen mishandeling is? Het feit, dat de chirurg niet den *wil* heeft den patiënt te mishandelen. De *wil* om te mishandelen ontbreekt. Een dergelijke opvatting verkondigt ook SMIDT, bij wien zich de jurisprudentie van den H. R. aansluit.

Op pag. 10 zijner reeds door mij geciteerde dissertatie zegt SMIDT: „Daar men in de Tweede Kamer der Staten-Generaal den animus laedendi als element wenschte opgenomen te zien, opdat heelkundige operatiën en castigatio paterna niet onder de bepalingen zouden kunnen begrepen worden, werd voorgesteld eenvoudig te lezen: „mishandeling wordt gestraft met" enz. en deze wijziging door den minister overgenomen. Dit was het doel der wijziging, en men mag niet tegen de bedoeling in, interpreteeren, daar ze ook zeer juist door het woord *mis*handelen wordt uitgedrukt. Een bepaald oogmerk (materieel opzet) is hier noodig, terwijl volgens de bepalingen van het ontwerp formeel opzet voldoende was.

De elementen van het misdrijf zijn dus:

1e toebrengen van lichamelijk letsel.

2e het oogmerk om pijn, verminking enz. te veroorzaken".

Daar nu de chirurg niet het oogmerk heeft om pijn of verminking te voroorzaken, valt volgens SMIDT de opereerende chirurg niet onder de strafbepalingen over mishandeling.

Jurisprudentie bestaat er ten onzent over dit vraagstuk nog niet, doch er is wel een arrest van den H. R. [1]), waaruit

---

1) 10 Febr. 1902, W. 7723.

wij iets omtrent ons vraagstuk kunnen opmaken. De H. R. heeft namelijk te beoordeelen gehad of een onderwijzer, die een jongen om bestwil, naar hij zeide, met een klomp om de ooren sloeg, strafbaar is wegens mishandeling. Hij overwoog in dat arrest: . . . . . „dat nu wel tot het wezen van mishandeling, volgens het taaleigen en de verklaring van art 300 Sr. in de vergadering der Tweede Kamer van 4 Nov. 1880 van regeeringswege gegeven, behoort, dat het opzet zij gericht op het toebrengen van lichamelijk letsel, of het veroorzaken van pijn als doel, niet als middel tot bereiking van een ander geoorloofd doel, als hoedanig het binnen de grenzen der noodzakelijkheid beperkte kastijden van een kind door ouders of onderwijzers in aanmerking kan komen . . . . . enz."

Uit dit arrest mogen wij dus opmaken, dat de H. R. omtrent mishandeling dezelfde opvatting huldigt, als de heer SMIDT. Kreeg de H. R. te oordeelen over een chirurg, vervolgd, omdat hij een patiënt geopereerd had, dan zou de H. R. dezen hoogstwaarschijnlijk van rechtsvervolging ontslaan, omdat beklaagde niet het opzet had, dat volgens de jurisprudentie in opgemeld arrest nedergelegd vereischt is.

Met deze opvatting kunnen wij ons evenwel niet vereenigen en daarom willen wij trachten den lezer aan te toonen het bezwaar, dat ons noopt haar te verwerpen.

De H. R. zegt, dat zoodra het toebrengen van letsel geen doel is, doch slechts middel ter bereiking van een geoorloofd doel, er geen sprake is van opzet: ergo geen mishandeling. Nu oppert zich in de eerste plaats de vraag wat een geoorloofd doel is. Ik weet wel, dat er aan geen geoorloofd doel te denken valt, wanneer een struikroover een landheer mishandelt, ten einde hem zijn horloge en zijn geld te ontnemen en dat het binnen zekere grenzen slaan van een jongen op school, wanneer deze erg onoplettend is, wel een geoorloofd doel is, doch er zijn van die twijfelachtige tusschengevallen. Zoo zou men er over kunnen twisten of het geoorloofd is, dat een papa-acrobaat zijn zoontje slaat,

teneinde hem tot eenen Hercules op te leiden. Hebben we hier een geoorloofd doel?

Consequent doorredeneerend zou de H. R., wanneer hij alleen dan mishandeling wil strafbaar stellen, als mishandeling doel en geen middel tot bereiking van een geoorloofd doel is, een onderwijzer, die een onoplettend jongetje met een schoen om de ooren slaat en hem daarbij verwondt, zoodat het bloed er uit loopt, niet wegens mishandeling kunnen straffen. Hier zag de H. R. wel in, dat dit onredelijk was en zeide: „de mishandeling moet binnen beperkte grenzen blijven". Hier mede breekt hij nu zijn eigen theorie eenigermate af, en bovendien maakt de H. R. die restrictie propio motu. Op welken grond heeft hij 't recht, die restrictie te maken? [1])

In de tweede plaats zullen wij nog eens moeten onderzoeken of SMIDT en de H. R. zich niet hebben schuldig gemaakt aan verwarring tusschen *oogmerk* en *motief*. Wanneer een onderwijzer een onoplettenden jongen slaat, dan doet hij dit opzettelijk. Hij heeft 't opzet dien jongen te slaan. Zijn oogmerk, zegt SMIDT, is er op gericht dien jongen te doen opletten. Is dit wel juist? Mij dunkt, dat het oogmerk er opgericht is, dien jongen pijn te doen. Hij weet immers, dat pijn het eenige middel is om den jongen „er bij" te houden; zag hij dit niet in, dan zou hij niet slaan. Het *oogmerk* van de *opzettelijke* handeling was dus, den jongen *pijn te doen*. Maar *waarom* wilde hij dien jongen pijn doen, m. a. w. wat was het *motief* van die handeling? Het motief van die handeling was, „den jongen bij het werk te houden". Nu stel ik de vraag, of het motief van eene handeling in ons strafrecht wel in aanmerking komt voor de strafbaarheid en dan zal men moeten antwoorden: neen. Hier kan dus slechts geconsta-

---

1) Bij dierenmishandeling maakt de H. R. deze restrictie niet. Het is eene vaste jurisprudentie van den H. R. dat men, indien het opzet slechts niet op wreedheid is gericht, een dier mag afranselen zoo hard men wil. De tallooze pogingen om deze ook m. i. onjuiste jurisprudentie gewijzigd te krijgen, hebben nog steeds schipbreuk geleden.

teerd worden, dat èn Minister MODDERMAN èn SMIDT en de H. R. *oogmerk* en *motief* verward hebben.

Dit is dan ook de reden, waarom ik niet met de boven uiteengezette opvatting kan meêgaan.

---

b.

De theorie van Stooss.

Carl Stooss.	Chirurgische Operation und ärztliche Behandl. Berlin '98.
Joseph Heimberger.	Strafrecht und Medizin. München 1899.
J. Thiersch.	Sind chirurgische Operationen und operative Eingriffe körperliche Misshandlungen im strafrechtlichen Sinne? in het Aerztliches Vereinsblatt 1894 No. 285. (Een uittreksel van dit opstel is afgedrukt in het werk van Stooss pag. 126 vlg.)
T. J. Noyon.	Het Wetboek van Strafrecht verklaard. Groningen 1896.
K. Binding.	Lehrbuch des Gem. D. Strafr. Besonderer Teil Bd. 1 Leipzig 1902.
F. v. Kitzinger.	Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, in der Gerichtssaal Bd. LV p. 87.
R. Frank.	Das Str. G. B. für das D. Reich. Leipzig 1897 p. 259.

DR. CARL STOOSS is de meening toegedaan, dat geneeskundig behandelen geen mishandelen is, niet omdat het vereischte opzet ontbreekt, doch omdat beide handelingen objectief van elkander verschillen. STOOSS ziet in de mishandeling eene slechte handeling, eine üble Handlung. De chirurgische operatie nu is geen slechte handeling, het is eene handeling, die aangewend wordt ter genezing. Dit is de hoofdgedachte, waarop de verdere uitwerking der theorie steunt.

Deze opvatting vinden wij ook terug bij NOYON. Op blz. 3 en 4 van Deel I lezen wij: «. . . . . de opererende medicus is onstrafbaar, niet omdat hij geen opzet tot de verrichte daad had, maar omdat naar art. 300 en volgende dat opzet niet op een strafbaar feit gericht was. Immers hij mishandelt niet, wanneer hij in eenig gezwollen lichaamsdeel snijdt om het te genezen . . . . . .

Evenzoo brengt de medicus geen zwaar lichamelijk letsel toe, wanneer hij een been afzet om het lichaam te behouden of de gezondheid te bevorderen. Aan het lichaam kan geen letsel worden toegebracht, wanneer ten nutte van het geheel een deel wordt weggenomen; integendeel, dan wordt aan het lichaam een bestaand letsel ontnomen . . . . .»

Minder duidelijk is Binding. Hoewel deze schrijver, die in zijn Handbuch [1]) nog de meening verkondigde, dat in de chirurgische operatie eene niet-strafbare mishandeling moest gezien worden, zich zeer beslist tegen de theorie van STOOSS uitlaat, gelooven wij toch uit zijn woorden te mogen opmaken, dat beiden op hetzelfde standpunt staan.

Binding schijnt STOOSS niet begrepen te hebben. In § 15 van zijn boven geciteerd werk leest men: «Nun trägt das Rechtsgut der Gesundheit zwei Merkmale an sich, deren eines ihm ganz singulär ist, während es das Zweite mit andern Rechtsgütern, z. B. den Objekten des Eigentums, teilt.

a. Es ist mit dem Rechtsgute des Lebens eigentümlich verkoppelt . . . . .

. . . . . Die Fortdauer eines bestimmten Maasses der Gesundheit ist notwendige Voraussetzung des Lebens.

Soll dies Maass nicht unterschritten, also die Ursache zum Tode nicht gesetzt werden, so sind häufig tiefe Eingriffe in die körperliche Integrität mit der Folge dauernder Schmälerung derselben, etwa dauernder Verstümmelung, dauernder Beeinträchtigung der Sprache, der Verdauung, der notwendige Kaufpreis für die Lebenserhaltung.

---

1) Handbuch des Strafrechts pag. 802.

Das gewonnene Leben ist nach der Auffassung des Rechtes jenen Kaufpreis voll wert! Recht und Rechtgenossen loben den Retter!

b. Die Gesundheit ist ferner ein Rechtsgut, das grosser Minderung wie Steigerung fähig ist, und dessen Wiederherstellung oder Steigerung oder Sicherung im Bestande vielfach nur durch vorübergehende, Schmerzen-erregende oder gesundheitsstörende Eingriffe bewirkt werden kann. Aehnlich vermag ja auch eine Sache oft nur durch isolirt betrachtet schädlichen Eingriff wieder reparirt zu werden. Bei diesem Verhältnisse der Gesundheit zum Leben und dem der gestörten zur wiederher- oder sichergestellten Gesundheit ist es für das Recht ganz selbstverständlich, dass die maassvolle Opferung des niederen zur Erhaltung des höheren Gutes nicht verboten werden kann: Das zur Erreichung eines rechtlich anerkannten Zweckes Notwendige ist als solches stets unverboten — wenn nicht gar erlaubt: so lautet ein Satz des ungeschriebenen Rechts, auf den an den verschiedensten Stellen der Rechtsordnung stösst, wer solche Sätze überhaupt zu finden weiss. Da die Handlung nur als Zweckhandlung unverboten ist, bleibt eine beabsichtigte Misshandlung Delikt, auch wenn sie einen Heilerfolg bewirkt haben sollte.

Da der Kranke solcher Handlungen an sich selbst meist nicht mächtig ist, müssen sie dritten Personen unverboten sein..... Sie gehört zu den Handlungen, deren Notwendigkeit ihre Freigabe trotz sehr grossen Gefahr-Risikos nötig macht."

Zooals reeds gezegd is, is BINDING verre van duidelijk. Zoo wijzen de beweringen: „Die ärztliche Tätigkeit ward stets als Ganzes betrachtet, und der fatale Teil einfach von der Heilbehandlung konsumirt. Die angemessene Aktion des Arztes bildet nach Volks- und Rechts-

Anschauung in der Tat keine Unterart der Gesundheitsverletzung, sondern ihr Gegenteil: sie ist grundsätzlich Gesundheitsmehrung," en verder „Unverboten ist also jeder zur Rettung des Lebens oder der Gesundheit bestimmte, zweckdienliche, maassvolle Eingriff, — einerlei, wer ihn macht, einerlei, ob er den bezweckten Erfolg erreicht oder nicht . . . . . In demselben Augenblick aber, wo der Eingriff nicht mehr als dem Heilzwecke dienlich oder als nicht mehr maassvoll betrachtet werden kann, ändert er seine Natur vollständig: er hört auf Teil einer unverbotenen Handlung zu sein und wird als verbotene Körperverletzung oder Tötung selbständig," ondubbelzinnig op de theorie van STOOSS, doch men kan niet alleen tusschen de régels doorlezen, dat Binding ook op grond van het gewoonterecht zijn bewering tracht te staven, maar er zijn zelfs uitdrukkelijke uitspraken, die daarop wijzen; zoo b.v. de reeds geciteerde zin: »Das zur Erreichung eines rechtlich anerkannten Zweckes notwendige ist also stets unverboten: so lautet ein Satz des ungeschriebenen Rechts . . .«

Al mag BINDING dus niet geheel en al op één lijn gesteld worden met STOOSS, in hoofdzaak verkondigen beide schrijvers dezelfde theorie.

Het hoofdargument, dat tegen deze theorie is aangevoerd, luidt: Stooss verwart einddoel en opzet. De chirurg heeft wel 't opzet om te mishandelen, doch het einddoel, waarnaar hij streeft, is eene genezing; m.a.w. de chirurg geneest *door middel* van eene mishandeling. Dit argument wordt schitterend weerlegd door het betoog, dat de genezing ééne ondeelbare handeling is. Evenmin als men kan zeggen, dat een arts, die een zieke door middel van eene vergiftige drank geneest, zich schuldig maakt aan eene opzettelijke benadeeling der gezondheid, evenmin kan men verdedigen,

dat een chirurg, die zijn patient door middel van eene operatie van den dood redt, zich schuldig maakt aan mishandeling.

Deze theorie, welke door ons als de juiste beschouwd wordt, zal in den breede uiteengezet en verdedigd worden in § 3 van dit hoofdstuk.

c

De theorie van v. Bar.

L. v. Bar. Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, in der Gerichtsaal, Band XL, p. 81—112.

Evenals ik, vindt ook VON BAR, dat de door STOOSS en HEIMBERGER verkondigde meening, als zoude behandeling geen mishandeling zijn, „am meisten dem natürlichen Gefühle entspricht." [1]) Ook hij weerlegt de bewering van VON LILIENTHAL c. s., dat STOOSS einddoel en opzet verwart. Ook hij toont evenals HEIMBERGER aan, dat niet de behandeling het middel der genezing is, doch dat behandelen genezen is, dat de behandeling niet gesplitst behoort te worden, doch dat het ééne handeling is. Is v. BAR het dus in zooverre met STOOSS c. s. eens, dat behandelen geen mishandelen is, er is, volgens hem, door STOOSS één ding over het hoofd gezien, en dit is de reden, waarom zijn theorie zoo weinig aanhang heeft.

VON BAR'S betoog komt op het volgende neer. Al zijn ook operaties door de medische wetenschap gerechtvaardigd en al zijn ze ook volgens de regelen der medische wetenschap verricht, ze kunnen toch aller onaangenaamste gevolgen hebben voor het verdere leven van den behandelde; zoo b. v. de operatie, waarbij de beide beenen worden afgezet. Men mag veronderstellen, dat het niet een ieders wensch is, zoo verminkt voort te leven.

Alleen de persoon, die de operatie moet ondergaan, kan beslissen of het beter is, zich aan de operatie te onderwerpen of

1) t. a. p. pag. 91.

dat het beter is, met de kwaal voort te blijven leven. Hij alleen kan dus beslissen of de medicus, die de behandeling verricht, eene goede handeling daarmede verricht of dat hij mishandelt. De patiënt, niemand anders, beslist of de behandeling hem goed doet of niet. Daarom hecht VON BAR *veel meer* gewicht aan de *toestemming* van den patiënt, want door de toestemming geeft deze te kennen of er eene behandeling plaats zal hebben. Wanneer de patiënt geen toestemming gegeven heeft, is er eene mishandeling. „Es gibt also keine Heilbehandlung ohne Zustimming des Behandelten." [1])

Dit thema verder uitwerkende, komt v. BAR tot de conclusie [2]): „Die mit Zustimmung des Betroffenen zum Zwecke der Heilung und nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft für rathsam erklärte und nach den Regeln eben dieser Wissenschaft auch richtig ausgeführte Operation ist keine Körperverletzung im Sinne des Gesetzes, auch wenn eine dauernde Verstümmelung die Folge sein sollte — nicht weil die Rechtswidrigkeit wegen eines besonderen Nothstandes oder wegen Zustimmung des Betroffenen oder wegen eines besonderen Berufsrechts des Arztes wegfällt — sondern weil die zum Wohle der Menschheit dienende Heilkunde innerhalb jener Grenzen auch der Verletzungen zur Abwendung grösseren Schadens oder zur Erhaltung des Lebens als Mittel sich bedienen muss und von jeher sich bedient hat, und deshalb die Verletzung mit der wirklich erreichten oder beabsichtigten Heilung rechtlich als untrennbar einheitliche Handlung aufzufassen ist." —

De cardo quaestionis is dus bij v. BAR de toestemming. Zijn wachtwoord is : Ohne Zustimmung keine Heilbehandlung. Ik meen deze theorie met een enkel woord te kunnen weerleggen: Iemand lijdt aan eene ziekte. De man wil zich niet laten genezen, weigert uitdrukkelijk de hulp van den geneeskundige. Toch neemt men hem in een ziekenhuis op en behandelt hem, tengevolge waarvan de man beter wordt. Nu zegt VON BAR :

1) t. a. p. pag. 94.
2) t. a. p. pag. 95.

die behandeling was geen behandeling: het was eene mishandeling, want alléén de patiënt kon beoordeelen of de behandeling hem aangenaam was. Dit nu lijkt mij een verwarring. Men mag aannemen, dat als een geneesheer iemand beter maakt, hij eene heilzame handeling verricht, onafhankelijk van het feit of dit den patiënt aangenaam is of niet. Genezen is genezen en daar kan de toestemming niets toe afdoen. Genezen is het terugbrengen van een zieke tot den normalen toestand: daar heeft de wil van den patiënt, het hem al of niet aangenaam zijn, niets mee te maken.

Deze weinige woorden zijn voldoende om de geheele theorie van Von BAR in duigen te doen vallen.

---

§ 3. Conclusie.

I.

Nadat wij nu hierboven hebben getracht de verschillende opvattingen omtrent de geneeskundige behandeling den lezers duidelijk te maken, willen wij in deze paragraaf nader de gronden aangeven, waarop onze keuze tusschen de verschillende theoriën rust. Zooals wij zeiden, vereenigen wij ons met die, welke door de professoren STOOSS en HEIMBERGER verkondigd is.

Ook wij kunnen in de chirurgische operatie niets anders zien dan een „durch den Zustand des Patienten gebotenen Eingriff". Ook ons is 't onmogelijk de chirurgische operatie te beschouwen als mishandeling.

Moge de opvatting van HESS niet juist zijn, 't is toch onmiskenbaar eene zeer groote verdienste van hem, er 't eerst op gewezen te hebben, dat de geneeskundige behandeling geen mishandeling of benadeeling der gezondheid is. Immers ook ons taalgebruik verzet zich tegen zulk eene vreemde opvatting. Wanneer men een zieke opzoekt, vraagt men niet: onder wiens mishandeling zijt ge? Wie mishandelt u?

Altijd zal de vraag luiden: onder wiens behandeling zijt ge? of: Wie behandelt U? Nooit en te nimmer heb ik iemand het woord mishandeling in den zin van geneeskundige behandeling hooren gebruiken. Alleen juristen, o. a. VON LILIENTHAL, gebruiken dat woord aldus. Wij zagen hunne wanhopige pogingen om de niet-strafbaarheid van de medici te verklaren, door in hun handelingen mishandelingen te zien, die op de een of andere wijze hun strafwaardig karakter verloren hadden. Een ieder zal evenwel dadelijk toegeven, dat hij in den zin van behandeling, nooit het woord mishandeling heeft hooren gebruiken. Elke zieke, al heeft hij nog zooveel pijn geleden, al heeft hij de zwaarste operatie ondergaan, al heeft hij de afschuwelijkste drankjes moeten slikken, zal zeggen: ik ben onder *be*handeling van Dr. X., en nooit zal hij zeggen: Dr. X. heeft mij *mis*handeld, tenzij Dr. X. daartoe aanleiding gegeven mocht hebben. Wat wil immers dat woordje *mis* in mishandeling zeggen? 't Beteekent „slecht," „verkeerd", evenals in misbaar, misbak, misbruik, misdrijf, misdaad, misnoegen, misdruk enz. Mishandeling is dus eene slechte, eene verkeerde handeling. Gaarne geven wij toe, dat eene geneeskundige behandeling veel kan hebben van eene mishandeling. Beschouwt men beide handelingen evenwel op den keper, dan ziet men wel degelijk 't onderscheid. 't Ligt namelijk hierin, dat *behandeling* eene handeling is, die *goed* is, *mishandeling* eene die *slecht* is. Mishandelen is, dunkt ons: *het opzettelijk toebrengen van voor het lichaam nadeelige pijn of stoornis.*

Nu moet men toegeven, dat eene geneeskundige behandeling niet altijd voldoet aan bovengemelde omschrijving. Ze behoeft niet onder de definitie van mishandeling te vallen en daarom kan ze niet met mishandeling gelijk gesteld worden. Men versta ons wel. Wij willen geenszins zeggen, dat de geneeskundige behandeling geen pijn met zich sleept, geen stoornis met zich brengt, maar die stoornis is er geen, welke voor het lichaam nadeelig is; de pijn, welke de patient lijdt, is bestemd tot beterschap te voeren Even goed

als er mishandeling kan plaats vinden zonder pijn, even goed kan behandeling gepaard gaan, ja, zal meestal gepaard gaan met pijn. *Het criterium is dus geenszins of er pijn of stoornis wordt toegebracht of niet, neen, het criterium is of er pijn of stoornis wordt toegebracht, welke het lichaam baat of welke het lichaam schaadt. Baat ze het lichaam dan is er behandeling, schaadt ze het lichaam dan is er mishandeling.* De Duitschers hebben een typisch Duitsch woord, waarmede zij dat baten of schaden kunnen uitdrukken. Zij vragen zich af of de handeling, „dem Körper *angemessen* oder *unangemessen* ist". „Die Entscheidung ob eine Behandlung als Misshandlung an zu sehen ist oder nicht, hängt davon ab, ob sie eine dem Körper angemessene Behandlung ist." [1]) HEIMBERGER bedoelt hier hetzelfde als STOOSS, waar deze zegt [2]): „Unter Behandlung denken wir uns eine für die Gesundheit des Behandelten *wolthätige* Einwirkung auf seinen Körper . . . . Dagegegen schliesst der Begriff der Behandlung Massnahmen aus, welche die Gesundheit des Behandelten *schädigen* oder doch ueberwiegend schädigen. Das altdeutsche Wort für ärtztliche Behandlung das uns leider verloren gegangen ist, die *Arzung* oder *Arznung* bedeutet Ausbesserung, Reparatur." [3])

Wel heeft men STOOSS voor de voeten geworpen, dat zijn theorie slechts steunt op het spraakgebruik, doch dit verwijt kan geen steek houden en vooral niet voor *ons* recht. Herinnert men zich dan niet 's Ministers woorden, toen er in de Tweede Kamer gesproken werd over de geneeskundige behandeling? Ook de Minister was van meening, dat geneeskundige behandeling niet onder het artikel behoorde te vallen, wel is waar op andere gronden, doch in principe stond bij hem vast, dat behandeling geen mishandeling was.

Uit dezen o. i. eenvoudige gedachtengang vloeit voort,

---

1) Heimberger t. a. p. pag. 38.

2) Stooss t. a. p. pag. 3.

3) Stooss vermeldt nog, dat er in het Stiftarchiv van St. Gallen eene rekening te vinden is: für Arznung der Karren.

dat de behandeling door den medicus, die geen mishandeling is, nooit strafbaar kan zijn. Van af de vroegste tijden zijn er dan ook geneesheeren geweest en nooit heeft men er aan gedacht — uitgezonderd natuurlijk, indien er redenen voor waren — deze weldoeners der menschheid te straffen. Geen Staat heeft ooit de uitoefening der geneeskunde verboden. Hoe zou dat immers mogelijk geweest zijn? Hij zou zich zelf afgebroken hebben. De Staat stelt ontzaglijk veel belang in het welzijn en de gezondheid zijner burgers; hij richt ziekenhuizen op, stelt een geneeskundig staatstoezicht in, benoemt doktoren, officieren van gezondheid, apothekers, ja zelfs paardenartsen en veeartsen. Zou nu ooit een wetgever de dwaasheid hebben kunnen begaan, de geneeskundige behandeling als mishandeling te willen straffen? Ons gezond verstand verzet zich tegen zulk eene opvatting. Niet voordat een jurist [1]) op de onzalige gedachte is gekomen, dat een opereerend geneesheer feitelijk mishandelt en derhalve moet vallen onder de strafbepalingen omtrent mishandeling, is men begonnen wanhopige pogingen aan te wenden, op allerlei wijze en door de meest gewrongen contructies, de straffeloosheid van zulke mishandelingen te verklaren.

Moge het den lezer thans duidelijk genoeg aangetoond zijn, dat we die gedachte: geneeskundige behandeling = mishandeling, maar voorgoed uit het hoofd behooren te zetten. Een ons opereerend chirurg verricht eene *be*handeling, eene aan de bepalingen onzer strafwet *natuurlijk* vreemde handeling.

Zouden wij niet van STOOSS mogen zeggen: hij heeft 't ei van Columbus gevonden?

In allerlei vorm kunnen we ons nu de geneeskundige behandeling denken. In de eerste plaats komt ons voor den geest de chirurgische operatie en de interne behandeling, d. w. z. de genezing door middel van geneesmiddelen; evenwel moeten wij de verloskunde niet uit 't oog verliezen, evenmin de inenting, de kosmetische behandeling, m. a. w.

1) Stooss — pag. 29 — kent aan Kessler deze eer toe.

het wegwerken van uiterlijke mismaaktheid, terwijl, bij eene ongeneeslijke ziekte, als behandeling ook het verzachten van het lijden in aanmerking dient te komen. Waar we een patient zien, wiens ziekte onbekend is, daar mogen wij, als tot het stellen der diagnose eene operatie of andere handeling noodig is, ook die handeling tot de behandeling rekenen. In al deze gevallen is er geen sprake van eene voor het lichaam nadeelige handeling, doch er is sprake van een voor het lichaam goede handeling; »eine angemessene Handlung", zou STOOSS zeggen. Ergo geen *mishandeling* doch *behandeling*. Kan nu een medicus nooit mishandelen of opzettelijk de gezondheid benadeelen, wat onze wet in al. 4 van art. 300 met mishandeling gelijk stelt? Ja, natuurlijk wel, en dit geval is aanwezig, zoodra de medicus eene handeling verricht, die niet in 't belang van den zieke is, zoodra de handeling slecht is voor het lichaam, zoodra de handeling »dem Körper unangemessen ist".

Wist de medicus vooruit, dat de handeling den patiënt geen goed zou doen, dan maakt hij zich schuldig aan mishandeling of opzettelijke benadeeling der gezondheid. Zoo bijv. het bekende geval, dat zich voordeed met een Oostenrijksch arts, die hetzij om geld te verdienen, hetzij om zich te bekwamen in 't opereeren, vrouwen wijs maakte, dat zij iets inwendig mankeerden, en dat hij hen daarvoor moest opereeren. Zulk een medicus zou bij ons ongetwijfeld onder de bepalingen van art. 303 vallen; we hebben hier een geval van zware mishandeling met voorbedachten rade, strafbaar met gevangenisstraf van ten hoogste 12 jaren. Evenzoo valt hieronder de medicus, die bij eene gezonde vrouw op haar verlangen den eierstok verwijdert.

Het geval kan zich ook voordoen, dat de medicus geheel te goeder trouw verkeerd handelt. Alsdan zal hij zich schuldig maken aan benadeeling der gezondheid door schuld. In hoeverre hij in dat geval ex. artt. 307—309 aansprakelijk gesteld kan worden, zal 't onderwerp zijn van § 4.

II.

Bij OPPENHEIM, v. LILIENTHAL en vele anderen heeft de opvatting, als zou de geneeskundige behandeling geen opzettelijke benadeeling der gezondheid zijn, ernstige tegenkanting ondervonden. Zij vragen: Een medicus zet iemand een been af; is dit geen mishandeling? De medicus, die iemand een been of arm afzet, gaan zij verder, en de struikroover, die een reiziger een been afhouwt, verrichten toch objectief dezelfde handeling. 't Zijn toch beide mishandelingen, waarvan alleen de eerste, die door den medicus verricht is, straffeloos blijft? Hierop moet ik antwoorden, dat de handeling van den medicus objectief geen mishandeling is. Zette hij een gezond been af, verrichtte hij noodeloos die handeling, ja, dan zou hij mishandelen, dan was zijne handeling eene voor het lichaam slechte handeling, dan was zijn handeling eene, die gelijk staat met die van den struikroover, doch de medicus zet geen gezond been af, hij zet een *ziek* been af, door het afzetten van het been geneest hij den zieke, redt hem van den dood; hij verricht dus eene voor het lichaam goede handeling, eene „angemessene" handeling; kortom, hij mishandelt niet, hij *behandelt*.

OPPENHEIM kan dit maar niet inzien [1]): »Man denke an die Amputation eines Beines, an eine Ovariotomie, an eine Schädeltrepanation. Die Abnahme eines Beines — also eine dauernde Verstümmelung — sollte keine Körperverletzung sein", etc. »Ich meine, wer Augen hat, zu sehen, und Ohren, zu hören, und eine Vernunft, zu denken, wird sagen: Das sind alles höchst gefährliche Körperverletzungen, Gesundheitsschädigungen, wenn sie auch mit Fug und Recht vorgenommen werden, weil es gilt, durch sie, als das Mittel und kleine Uebel, grössere Gesundheitsschäden und grössere Uebel zu heilen oder gar vom Tode zu retten". Toch meen ik, niet met OPPENHEIM mede te mogen gaan. Even gaarne

1) Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht. 1893 p. 339.

ik toegeef, dat 't amputeeren van een gezond been, de ovariotomie bij een gezonde vrouw, de schedeltrepanatie bij een gezond mensch, mishandeling is — 't is immers eene voor het lichaam slechte handeling — evenmin wil ik toegeven, dat dergelijke behandelingen, aan zieke personen verricht, mishandelingen zijn; daar zijn 't behandelingen — voor het lichaam goede, angemessenen — handelingen. Niet omdat de medicus niet het opzet heeft om te mishandelen is zijne handeling geene mishandeling, doch omdat de handeling *uit haren aard* geen mishandeling is, is 't mij onmogelijk OPPENHEIM gelijk te geven. Als voorbeeld is nu genomen een te amputeeren been, enz., in alle geval een ziek lichaamsdeel. Maar 't kan best zijn, dat een gezond lichaamsdeel verwijderd moet worden. Zelfs dàn mag men niet van mishandeling spreken. Bijv. iemand lijdt aan eene hersenziekte. 't Juiste weet men niet. De medici, ten einde raad, besluiten tot trepanatie van den schedel. Op zich zelf was deze gezond, doch om de ziekte te ontdekken moesten de medici tot de trepanatie overgaan; het trepaneeren was dus noodzakelijk voor het stellen der diagnose, een onderdeel van de geheele behandeling. Dat trepaneeren was dus voor het lichaam geen slechte, doch integendeel eene goede handeling; zonder trepanatie zouden de medici den patiënt niet in 't leven hebben kunnen houden. Nu kan men wel weer zeggen: op zich zelf beschouwd beschadigde men toch de hersenpan; maar dan moet er op gewezen worden, dat de hersenpan een deel is van het geheele organisme van den mensch. Het geheel moest genezen worden, de persoon was ziek; voor de behandeling van het geheel was noodig de beleediging van de hersenpan. Die beleediging was voor het lichaam eene goede handeling, geen mishandeling. Bij elke operatie vindt eene beleediging van het een of andere onderdeel van het menschelijk lichaam plaats. Bloedverlies, beleediging der huid is bij geene operatie uitgesloten. Ook is het niet onmogelijk, dat door eene operatie de gezondheid van den patiënt in een ander opzicht benadeeld wordt. Doch dit zijn

slechts, wat STOOSS noemt „schädliche Nebenwirkungen". Volkomen terecht qualificeert hij die feiten als bijkomende omstandigheden. De handeling, die de medicus verricht, is slechts het genezen van den patiënt. Dat daaraan nu schadelijke bijkomende omstandigheden verbonden zijn, verandert niets aan den aard der handeling. Deze is en blijft eene voor het lichaam goede handeling.

De geneeskundigen streven er dan ook naar die „schädliche Nebenwirkungen" tot een minimum terug te brengen. Bedenkt slechts, met hoevele gevaren vroeger de sectio caesarea gepaard ging, hoeveel procent der vrouwen stierven en zie thans de statistieken eens. Welk een vooruitgang! Denkt er eens aan, dat thans operaties mogelijk zijn, die vroeger voor onmogelijk werden gehouden, omdat de patiënt aan bloedverlies stierf. Denkt aan de antiseptische behandeling, waardoor de kans op besmetting weggenomen wordt; aan het brengen onder narkose, waarbij de pijnen aan de operatie verbonden, geëcarteerd worden.

KOCHER, de bekende Berner chirurg leidt zijn „Operationslehre" aldus in: „Seit wir, dank der antiseptischen Wundbehandlung, jede auch noch so grosse Wunde, die wir als Chirurgen machen in kürzester Zeit durch Verklebung zur Heilung zu bringen vermögen, hat die Operationstechnik einen ausserordentlichen Aufschwung genommen. Wir dürfen, sobald wir unserer Antisepsis sicher sind, ueberall am Körper einschneiden, nicht nur in therapeutischer, sondern auch in diagnostischer Absicht. Aber allerdings ist es umsomehr Pflicht, bei der ausserordentlichen Erweiterung der Indikationen zu operativer Behandlung die Technik aufs höchste zu vervollkommen, um dem ersten Grundsatz der therapie, *nil nocere*, treu zu bleiben." [1])

De chirurgen stellen zich dus, zooals hieruit blijkt, voor, te genezen zonder het „nil nocere" uit 't oog te verliezen. Mocht hun streven ooit bereikt worden — laten wij

1) Overgenomen uit Stooss pag. 11.

liever zeggen, mocht het hun gelukken de schadelijke bijkomende omstandigheden tot een minimum terug te brengen, — dan zal men eerder dan thans inzien dat groote principieele verschil, dat er bestaat tusschen behandelen en mishandelen, dan zal men eerst inzien, dat eene behandeling eene voor het lichaam goede handeling is. Thans let men nog te veel op die bijkomende omstandigheden, welke men als hoofdzaak beschouwt, doch inderdaad niet als zoodanig beschouwd mogen worden.

Nog meer dan bij de chirurgie, komen bij de interne behandeling die bijkomende omstandigheden uit, welke een nadeeligen invloed hebben. Meestal zelfs wordt door het innemen van een drank ter verdrijving eener ziekte, de maag bedorven. Bij vele ziekten moet zelfs de geneesheer zijn toevlucht nemen tot een zeker gift. Zou het nu niet dwaas zijn te beweren, dat de medicus, die iemand zulk een drank toedient en hem dientengevolge geneest, zich schuldig maakt aan benadeeling der gezondheid.

„Neen", zegt v. LILIENTHAL, „'t zijn gezondheidsbenadeelingen, 't zijn mishandelingen; STOOSS verwart opzet en einddoel". „De mishandelingen zijn het middel der genezing". Dit is onjuist. Wij hebben slechts ééne handeling: de genezing. Die genezing kan bestaan uit verschillende handelingen, die elk *op zich zelf* beschouwd, wel eene mishandeling of benadeeling der gezondheid zouden kunnen zijn, doch de *genezing*, die *ééne en ondeelbare* handeling, is geen mishandeling.

Hoe verkeerd het is, om eene handeling te gaan splitsen in verschillende deelen, toont ons op humoristische, doch ontegenzeggelijk juiste wijze HEIMBERGER aan:[1] „Es handelt sich um die Amputation eines Unterschenkels; der Patiënt wird zunächst mit Chloroform narkotisirt; darin liegt die Hervorrufung eines pathologischen Zustandes, denn das Chloroform wirkt lähmend auf die Ganglienzellen des Gehirns. Es folgt die Anlegung der Esmarch'schen Binde, durch die

1) t. a. p. pag: 45.

das Blut zurück gehalten wird. Dies ist eine Störung des Blutkreislaufs, also Verursachung eines pathologischen Zustandes. Hieran schliesst sich das durchschneiden der Haut und der Muskeln und die Absägung des Knochens – alles Gesundheitsbeschädigungen. Alsdann wird die Haut ueber die Wunde zusammengezogen und vernäht. Das Durchstechen der Haut mit der Nadel ist natürlich auch nichts anderes als eine Gesundheitsbeschädigung. So folgt eine Gesundheitsbeschädigung auf die andere, und es ist nur erstaunlich dass das Ergebniss all dieser Gesundheitsbeschädigungen am Ende die Erhaltung der Gesundheit, die Rettung des Lebens ist.

Bei der Staroperation durchtrennt der Arzt die Hornhaut — Gesundheitsbeschädigung, — dann spaltet er die Linsenkapsel — Gesundheitsbeschädigung, dann entfernt er die Linse — Gesundheitsbeschädigung, und schliesslich hat der Mensch infolge all der genannten Gesundheitsbeschädigungen das Augenlicht wieder . . . . . Es reizt dieses Ergebniss unwillkürlich zu vergleichen: Ich gebe meinem Schneider ein Stück schwarzen Tuches, damit er mir einen Frack daraus fertige. Der Schneider zerlegt das Tuch in verschiedene Teile und begeht damit eine Sachbeschädigung; er heftet die Teile mit der Nadel aneinander, durchsticht also die Substanz des Tuches und verübt somit wieder eine Sachbeschädigung; hierauf schneidet er gar noch Löcher in das Tuch, um das zuknöpfen zu ermöglichen, dann näht er die Knöpfe an, was auch wieder nicht ohne Sachbeschädigung vor sich geht, und zum Schlusse ist mir aus einer ununterbrochenen Reihe von solchen Sachbeschädigungen ein eleganter Frack entstanden. Oder: Ich verabreiche meiner Köchin etliche Eier, damit sie mir einen Eierkuchen backe. Zunächst zerschlägt sie die Schale der Eier und begeht dadurch eine Sachbeschädigung; dann ruiniert sie mir meine Butter, indem sie dieselbe auf dem Feuer in der Pfanne zergehen lässt; schliesslich giesst sie den zerrührten Inhalt der Eier in das heisse Schmalz und verursacht hierdurch eine Substanzveränderung, die sich wiederum als Sachbeschädigung darstellt, und am

Ende trägt sie mir als das Produkt ihrer fortgesetzten Sachbeschädigungen einen wohlschmeckenden Eierkuchen auf.»

Nu eerst ziet men de gevolgen er van, wanneer men eene handeling, die als één geheel beschouwd behoort te worden, als het ware gaat uitpluizen, gaat splitsen in allerlei onderdeelen. De geneeskundige behandeling moet men als één geheel opvatten om haar te kunnen begrijpen.

v. LILIENTHAL maakt nog meerdere opmerkingen naar aanleiding van de theorie van STOOSS, doch deze zijn slechts daarvan het gevolg, dat hij STOOSS niet begrijpt. Dit blijkt ten duidelijkste hieruit, dat hij «unangemessen» gelijk stelt met «nicht rechtswidrig», hetgeen eene grove dwaling is. We hebben immers geen mishandeling, die niet wederrechtelijk is en derhalve den dader niet strafrechtelijk aansprakelijk stelt, doch we hebben eene *be*handeling, eene door de strafwet niet strafbaar gestelde handeling.

---

§ 4. De aansprakelijkheid van den medicus ex artt. 307 tot 309 Wb. v. Sr.

In de vorige paragraaf is de meening verdedigd, dat de geneeskundige behandeling, eene voor het lichaam goede, „angemessene" handeling, geen mishandeling is. Doch zij *kan* ook verkeerd afloopen, zij *kan* ook blijken eene slechte handeling geweest te zijn; zij *kan* „unangemessen" zijn. Hiervoor kunnen twee gronden zijn: ten eerste is het mogelijk, dat de medicus zoo handelt als hij behoort te handelen, doch dat bijzondere omstandigheden, complicaties b.v., het hem onmogelijk maken het goede resultaat van zijn arbeid te zien. Alsdan kan men den medicus niets verwijten: het noodlot wil dat de patiënt niet geneest. Objectief is zeer zeker mishandeling of benadeeling der gezondheid aanwezig. Doch aangezien het op deze misdrijven gerichte opzet ontbreekt en evenmin van schuld aan de zijde des daders mag gesproken worden, is de strafbaarheid van den medicus uitgesloten.

Doch het geval kan zich ook voordoen, dat de dood of de blijvende ziekelijke toestand te wijten is aan onkunde, aan eene vergissing, in alle geval aan *schuld* van de zijde van den medicus. Onze casus positie is dus de volgende: Een medicus meent, dat het noodig is iemand een been af te zetten. Hij verricht dus die handeling opzettelijk. Hij heeft het opzet om eene goede handeling, eene behandeling te verrichten. 't Blijkt later, dat 't afzetten van dat been geen noodzakelijke handeling is geweest. Inderdaad verrichtte hij dus eene slechte handeling, maakte hij zich schuldig aan benadeeling der gezondheid. Het is zijne schuld, dat er geen behandeling, doch eene mishandeling of gezondheidsbenadeeling heeft plaats gevonden. Hij valt dus onder art. 308, want aan zijn schuld is het te wijten, dat hij den patiënt zwaar lichamelijk letsel toebracht.

Nu is 't maar de vraag of in alle gevallen, waarin van schuld sprake is, de artikelen 307—309 mogen worden toegepast. Komt m.a.w. elke schuld, hoe gering ook en van welken aard ook, in aanmerking, wanneer de rechter de artt. 307—309 van het Wetboek van Strafrecht op den medicus wil toepassen? Dit is het onderwerp, dat thans ter sprake gebracht zal worden.

Het is natuurlijk de plicht van den medicus, alle mogelijke moeite aan te wenden, zijne patiënten te genezen; hij zal dus slechts die handelingen mogen verrichten, welke den patiënt heilzaam zijn, welke hem beter maken. Al die handelingen zijn geoorloofd, want het zijn *behandelingen*. Een goed medicus zal zich dus, wil hij behandelen in den strengen zin des woords, moeten afvragen: *Wat gebiedt mij de toestand van den zieke?* De grondslag, waarop hij zijn antwoord doet steunen, zal de medische wetenschap moeten zijn. Deze geeft den medicus de algemeene regels; in elk concreet geval zal de medicus zelf te beoordeelen hebben, wat hem te doen staat. [1]) Zoo mag een geneesheer die b.v. tien patienten heeft, welke de-

1) Wie zich hiervan een juist denkbeeld wenscht te vormen leze: Docteur Veressaïef. Mémoires d'un Médecin, Traduits par Persky; Paris 1902.

zelfde ziekte onder de leden hebben, niet op geheel dezelfde manier genezen, wanneer er onder hen personen zijn voor wie, met 't oog op hunne constitutie, de geneeswijze, voor de anderen aangewezen, niet heilzaam is. De medicus zal, de grondregelen der geneeskunde voor oogen houdend, elk persoon volgens zijn beste weten behooren te behandelen. Hoe vaak komt het immers niet voor, dat de geneesheer voor een geval komt te staan, dat zich nog nooit heeft voorgedaan, waarvoor dus in de leerboeken geen geneesmethode is aangegeven: een goed medicus zal zich in zulk een geval weten te helpen.

Steunend op de algemeene regels der medische wetenschap, zal hij zelf het middel moeten zoeken. Geven de leerboeken voor de genezing van eene ziekte daarentegen wel eene geneesmethode aan, dan zal de medicus haar niet toe mogen passen, wanneer hij voorziet, dat de bijzondere constitutie van den zieke die geneesmethode niet toelaat. De medicus heeft zich dus alleen af te vragen: wat gebiedt mij de toestand van den patient? Daarnaar en naar niets anders heeft hij zijn handelingen te bepalen [1]).

Thans kan men inzien, welk een groot gewicht gehecht behoort te worden aan het stellen der diagnose. Stelt een medicus zijn diagnose verkeerd, dan kan de handeling, die hij zich voorneemt ten uitvoer te leggen, den patient nooit ten goede komen. Met het stellen der diagnose valt dus feitelijk de beslissing of de geneeskundige behandeling eene *behandeling* in den waren zin des woords is of dat zij eene mishandeling of benadeeling der gezondheid zal zijn. Ook kan zich 't geval voordoen, dat de medicus eene goede diagnose stelt, doch een verkeerd middel aanwendt; maar begint de medicus de diagnose verkeerd te stellen, dan kunnen, menschelijker wijze gesproken, de nadeelige gevolgen niet uitblijven. Bij het stellen der diagnose kan een medicus dus niet genoeg nauwgezetheid in acht nemen. Daarom lijkt het mij vreemd,

1) Aldus ook Stooss p. 49. „Das Wohl des Patienten ist die Norm des ärztlichen Handelns.".

ja absurd, om, met vele, of liever, de meeste Fransche schrijvers den medicus in 't geheel niet aansprakelijk te stellen voor een verkeerde diagnose. Ik wil niet ontkennen, dat dit een van de moeilijkste werkzaamheden van den medicus is, dat zich de knapste, beroemdste geleerde op medisch gebied daarin kan vergissen — en ik wil ook niet elken medicus die zich vergist daarvoor aansprakelijk stellen, doch er kunnen zich van die gevallen voordoen, waarin wel degelijk twijfel kan rijzen of de medicus, zoo hij wat meer oplettendheid aan den dag gelegd had, zoo hij den zieke wat beter onderzocht had, ware hij wat voorzichtiger geweest of zich wat minder zelfbewust van zijne knapheid geweest, niet eene andere — betere — diagnose zou gesteld hebben; m. i. behoort de medicus, van wien blijkt dat hij zich daaraan heeft schuldig gemaakt, evenzeer strafrechtelijk aansprakelijk gesteld te worden als elk ander, die zich schuldig maakt aan gezondheidsbenadeeling, eventueel het veroorzaken van den dood door schuld. Er waren vroeger wel van die plattelands-geneesheeren, die op de berichten van een boodschapper afgingen en dan maar vast een drankje meegaven. Zoo iets is, dunkt mij, onverantwoordelijk en bij verkeerden afloop mag eene strafrechtelijke veroordeeling niet uitblijven. Hoe dikwijls hoort men meer ontwikkelde menschen niet klagen over maagpijn, wanneer ze buikpijn hebben. Hoe dikwerf kunnen zich bij geheel verschillende ziekten niet enkele geheel dezelfde verschijnselen voordoen. Stel nu, dat een boodschapper komt en eenige verschijnselen mededeelt, dan vraag ik: hoe kan nu een medicus op grond van die mededeeling nagaan tot welke ziekte die verschijnselen behooren, zelfs al kent die medicus 's mans gestel en al weet hij, waaraan hij gewoonlijk lijdende is? Evenmin dunkt mij voor eene strafrechtelijke veroordeeling gevrijwaard een dokter, die bij een patient geroepen, zijne diagnose stelt zonder een behoorlijk onderzoek; die meent, dat hij op 't eerste gezicht kan zien wat zijn patient mankeert. Zulk een overmoedig

medicus dient, wanneer 't verkeerd loopt, de gevolgen van zijn overmoed te dragen.

Zooeven werd gezegd, dat de Fransche schrijvers den medicus niet aansprakelijk stellen wegens het verkeerd stellen der diagnose. Zoo b. v. ABEL MAURÈS in zijne verdienstelijke dissertatie over de aansprakelijkheid van den medicus. [1])

Na een overzicht gegeven te hebben van al wat er over de aansprakelijkheid van den medicus op civiel-rechtelijk gebied, zoowel in het oude als in het hedendaagsche Fransche recht [2]) geschreven is, onderscheidt hij de daden der medici, die aanleiding tot een rechtsvordering kunnen geven, in die, welke door den medicus verricht zijn als privaat-persoon [3]) en in die, welke verricht zijn qualitate qua. [4]) Onder de eerste begrijpt hij dan: les faits consistants en imprudence, négligence et inattention, terwijl als de misslagen waarvoor de medicus q.q. kan aansprakelijk gesteld worden 1e erreur scientifique [5]) en 2e les fautes contre les règles de l'art, [6]) genoemd worden.

Eerst een enkel woord over die eerste onderscheiding. Als voorbeeld van les faits de l'homme privé geeft hij het geval, dat een dokter een onleesbaar recept schrijft, eene verkeerde dosis van het een of andere gift voorschrijft of dat een chirurg in dronkenschap opereert of dat een geneesheer een zieke in den steek laat. In al deze gevallen wil MAURÈS den medicus aansprakelijk stellen als elk ander. Dit lijkt mij juist, wanneer hij daarmede bedoelt, dat hij, evenals ieder ander, *steeds* aansprakelijk gesteld moet worden. Bedoelt

1) Étude sur la responsabilité professionelle et légale du médicin. Agen 1900 [Université de Paris. Fac. de Droit.]

2) t. a. p. pag. 21.

3) t. a. p. pag. 56.

4) t. a. p. pag. 60.

5) t. a. p. pag. 60.

6) t. a. p. pag. 77.

MAURÈS, dat de medicus in dit geval niet *als medicus q.q.* beschouwd behoort te worden, dan lijkt het mij onjuist. Ik geloof, dat de medicus, die in dronkenschap opereert, dat misdrijf wel degelijk als medicus begaat en dat de medicus, die een verkeerd recept voorschrijft, dat doet als medicus q.q. Zoodra een medicus q.q. werkzaam is, bedrijft hij zijne misslagen in die betrekking begaan ook q.q. Ik zou dan ook niet schromen, niet slechts art. 307 of 308, doch ook art. 309 toe te passen. In alle andere gevallen, zegt MAURÈS, wordt de medicus anders behandeld dan een gewoon persoon. MAURÈS behandelt: 1e. *Erreur scientifique.* Hieronder verstaat hij o. a. fouten in 't stellen der diagnose. Wat deze fouten betreft, hij wil den medicus nooit er voor straffen. Evenals in de methode van genezen, moet de medicus vrij zijn. [1])

MAURÈS zegt op pag. 60: La médecine n'est pas, comme les mathématiques, une science exacte. Comme toutes les sciences d'observation, elle repose sur des thèses; comme la chimie, comme la physique, elle comprend de nombreux systèmes scientifiques, et c'est à la noble lutte que se livrent entre eux les partisans des différents systèmes que sont dus les merveilleux progrès de cette science si utile à l'humanité. Peut-on même dire que l'accord sera fait un jour et que la théorie véritable se dressera enfin pour s'imposer à tous par son éclatante lumière? Ce jour-là, s'il est possible qu' il luise enfin, ne peut être espéré que pour des générations lointaines, car la science met longtemps pour pénétrer les épaisses ténèbres qui aveuglent le faible cerveau humain. A peine peut-elle être compareé à la goutte d'eau qui, pendant des siècles, tombe sur la même pierre sans arriver à tracer sur elle qu' un imperceptible sillon. Peu à peu, mais bien lentement, la vérité se fait jour. Les systèmes disparaissent, d' autres les remplacent. Mais qui peut prétendre de posséder à lui seul la

---

1) In zijn geest ook Delfeau. Déontologie médicale p. 238. Hu, Étude historique et juridique de la responsabilité medicale.

vérité? Qui peut dire que telle théorie médicale, aujourd' hui acceptée par la grande majorité des médecins, ne sera pas remplaceé par telle autre, pour laquelle on professait hier encore le plus profond mépris . . . . . »Non, il n'appartient à personne de dire où est la vérité, où est l'erreur, encore moins au magistrat. La jurisprudence française l'a bien compris, et si dans tous ses arrêts elle reconnaît le principe de la responsabilité médicale, elle s'est toujours tenue à l'écart des luttes d' écoles, elle a toujours évité de s'ingérer dans les controverses de la science.

Onvoorwaardelijk keurt MAURÈS 't hier dus af, dat men een medicus aansprakelijk stelt voor de wijze, de methode, waarop hij wil behandelen. Eene beperking hiervan meen ik evenwel te bespeuren in de woorden, welke hij neerschrijft op pagina 65 van zijn dissertatie: »Il serait injuste et dangereux pour la société de rendre les médecins responsables de leur systéme thérapeutique. Injuste, car il n'y a pas de faute de la part d'un médecin qui a ordonné une prescription funeste alors que ses études, ses recherches, ses succès antérieurs l' ont amené à accepter consciencieusement cette méthode. Dangereux pour la société, car les médecins, perpétuellement menacés d' une action en responsabilité, n'oseraient plus tenter que des médications, inoffensives sans doute, mais également sans action sur le mal et incapables d'en arrêter les progrès." De woorden „alors que des études" enz. brengen eene groote beperking in het beginsel der niet aansprakelijkheid. Hier blijkt — en daarmede ben ik 't volkomen eens — dat MAURÈS den medicus nooit aansprakelijk wil stellen wegens 't kiezen eener geneeswijze, *indien deze door de wetenschap of door proefnemingen vanwege den medicus zelf, deugdelijk bevonden is.* Zoodra een medicus eene geneesmethode gebruikt heeft, waarvan de deugdelijkheid op goede gronden mag aangenomen worden, is er geen sprake meer van, hem voor die keuze aansprakelijk te stellen. Wanneer een geneesheer 't evenwel in het hoofd krijgt, eene andere methode aan te wenden dan de gebrui-

kelijke, terwijl hij heelemaal niet het bewijs heeft, dat een goede afloop mogelijk of hoogstwaarschijnlijk is, dan acht ik hem, indien de verkeerde gevolgen niet uitblijven, wel degelijk aansprakelijk.

De jurisprudentie in Frankrijk is meer in den geest van MAURÈS. Ziehier een uittreksel uit een der laatste vonnissen (Tribunal Seine, Dalloz 1898. 2. 449).

„Attendu en droit que les termes généraux de l'art. 319 s'appliquent à toute personne, quelle que soit sa profession; qu' il est certain que les tribunaux doivent user avec prudence des pouvoirs que la loi leur confère; que l'appréciation des théories des systèmes leur échappe; qu'ils ne peuvent se rendre juges du diagnostic, de l'opportunité d'une opération, du plus ou moins de dextérité avec laquelle elle est faite, de la valeur d'un procédé comparé à un autre, de l'opportunité de telle ou telle médication . . ." Ik kan mij nu niet voorstellen, dat de Fransche magistratuur zich geen oordeel kan vormen over bovengemelde zaken: zij kan zich immers door deskundigen laten voorlichten. 't Zij herhaald, men moet den medicus niet *altijd* strafbaar stellen, wanneer hij eene verkeerde diagnose stelt of wanneer hij eene methode van genezen aanwendt, welke niet de juiste blijkt te zijn, doch men moet eischen, dat de medicus bij het stellen zijner diagnose nauwkeurig en met beleid is te werk gegaan en dat hij geen geneeswijze aanwendt, van welker deugdelijkheid hij niet de bewijzen heeft. [1])

De rechter alleen zal niet kunnen beoordeelen of de medicus gehandeld heeft, zooals zijn plicht hem dat voorschrijft, doch voorlichting door deskundigen is toch niet verboden. Kunnen — wat zeer wel mogelijk is — de medici

---

1) Ook Sourdat: „Traité général de la Responsabilité, Paris 1887" wijst op de verkeerde jurisprudentie, welke den medicus alleen aansprakelijk stelt voor kunstfouten. In Deel I p. 702 zegt hij: „mais faut-il restreindre, comme l'a fait un arret, (Metz 21 Mei 1867, Dalloz 67, 2, 110,) la responsabilité du médecin au cas de faute lourde constatée à sa charge? Cette limitation ne se trouve pas dans la loi."

zelf niet oordeelen, dan behoort de rechter het „in dubiis pro reo" uit te spreken. Het lijkt mij wel een weinig Fransch om te zeggen, we zullen den medicus maar nooit aansprakelijk stellen voor fouten in het stellen der diagnose of voor de keuze zijner geneesmethode, want dat gaat het verstand van ons, rechters, te boven.

Ten slotte geeft MAURÈS nog zijn meening te kennen over de kunstfouten. (Fautes contre les règles de l'art [1]).

„Quand nous parlons de fautes contre les règles de l'art, nous désignons celles qui dénotent, chez un médecin, une ignorance crasse de son métier". Ook mijne meening is, dat onder kunstfouten verstaan moeten worden, die fouten welke gemaakt worden tegen de algemeene regelen, tegen de grondregelen der wetenschap, fouten tegen dat, wat elk niet-leek moet en behoort te weten, tegen dat minimum van kennis, dat ieder, die het beroep uitoefent, behoort te hebben. Dit bedoelde ook Minister MODDERMAN, toen hij als definitie in de 2de kamer gaf: si medicus ignorabat, quod omnes medici sciunt. In geval een medicus eene kunstfout maakt, behoort hij strafrechtelijk aansprakelijk gesteld te worden. Er zijn wel schrijvers geweest, die meenden, dat de Staat met de uitreiking van het arts-diploma hetzelfde bedoelde als de praeses in MOLIÈRE'S „Le malade imaginaire":

„Ego, cum isto boneto
Venerabili et docto.
Dono tibi et concedo,
Virtutem et puissanciam,
Medicandi,
Purgandi,
Seignandi,
Perçandi,
Taillandi,
Coupandi,
Et occidendi
Impune per totam terram"

2) t. a. p. pag. 77.

Doch dit bedoelt de Staat geenszins. Hij wil dat de geneeskunde niet wordt uitgeoefend dan door personen, welke eene zekere dosis medische kennis bezitten; de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens het zondigen tegen die kennis, wordt door de toelating als arts niet uitgesloten.

Wat nu die geheele onderscheiding tusschen erreur scientifique en fautes contre les règles de l'art betreft, ik acht ze overbodig. Voor erreur scientifique achtte Maurès den medicus niet aansprakelijk, in tegenstelling met de fautes contre les règles de l'art, waarvoor hij wel aansprakelijk gesteld wordt. Ik acht den medicus voor beide aansprakelijk. Ja, ik geloof dat de lijn, welke beiden van elkaar scheidt, niet goed te trekken is, b. v. een medicus stelt eene verkeerde diagnose; dit kan te wijten zijn aan 't feit, dat hij niet zijn minimum dosis kennis bezit, m. a. w. hij begaat een kunstfout. Is het nu niet verkeerd van MAURÈS, om het stellen der diagnose en het maken van kunstfouten zoo scherp te onderscheiden?

In Oostenrijk heeft de wet zelf eene onderscheiding gemaakt tusschen „Verschulden durch Unwissenheit" en „Vernachlässung eines Kranken." Deze onderscheiding valt meer samen met die, welke MAURÈS maakt tusschen fautes consistants dans l'imprudence, la négligence, l'inattention en anderzijds erreur scientifique et fautes contre les règles de l'art, doch welke hij, — zooals hierboven door mij is aangetoond — foutievelijk noemt fautes de l'homme privé en fautes du médecin. In Oostenrijk heeft deze onderscheiding werkelijk waarde. Zij is gemaakt met het oog op de bedreigde straf.

§ 358. Wenn ein Heil- oder Wundarzt einen Kranken übernommen hat, und nach der Hand denselben zum wirklichen Nachteile seiner Gesundheit wesentlich vernachlässiget zu haben überführt werden kann, so ist ihm für diese Uebertretung eine Geldstrafe von fünfzig bis zweihundert Gulden aufzuerlegen. Ist daraus eine schwere Verletzung oder gar der Tod des Kranken erfolgt, so ist die Vorschrift des § 335 in Anwendnung zu bringen.

(§ 335 stelt dezelfde feiten strafbaar als onze artt. 307 en 308.)

§ 356. Ein Heilarzt, der bei Behandlung eines Kranken solche Fehler begangen hat, aus welchen Unwissenheit am Tage liegt, macht sich, in sofern daraus eine schwere körperliche Beschädigung entstanden ist, einer Uebertretung, und wenn der Tod des Kranken erfolgte, eines Vergehens schuldig, und es ist ihm deshalb die Ausübung der Heilkunde so lange zu untersagen, bis er in einer neuen Prüfung die Nachholung der mangelnden Kenntnisse dargethan hat.

§ 357. Dieselbe Bestrafung soll auch gegen einen Wundarzt Anwendung finden, der die, im vorhergehenden Paragrafe erwähnten Folgen durch ungeschickte Operationen eines Kranken herbeigeführt hat.

Dat zijn verstandige maatregelen! Hij die de bewijzen levert zijn vak niet te verstaan, moet op nieuw examen doen!

In Nederland, evenals in Frankrijk, Engeland en Italië, wordt door de strafwet geen woord gerept over de aansprakelijkheid van den medicus in 't bijzonder. Het benadeelen van de gezondheid door schuld en het dooden van een persoon door schuld vallen onder de artt. 307 en 308 van ons Wb. v. Sr. terwijl er bij ons nog een afzonderlijk artikel bestaat (art. 309) — deze bepaling kent de Code Pénal niet — bepalende dat, indien deze misdrijven worden begaan *in de uitoefening van een beroep*, de straf met $^1/_3$ verhoogd kan worden en dat de rechter alsdan de openbaarmaking zijner uitspraak kan gelasten.

Op den medicus, die q.q. een misslag begaat, kan dus art. 307 of 308 jto art. 309 toegepast worden.

Nu geloof ik wel, dat het als bekend aangenomen mag worden, dat in ons strafrecht niet *elke* schuld in aanmerking komt. En bij de behandeling van ons Wb. v. Sr. is er opgewezen, én in de literatuur én in de jurisprudentie staat het vrijwel vast, dat culpa levissima *niet* in aanmerking komt. [1]) Er kunnen zich immers gevallen voordoen, waarin de dader

1) Smidt, Dl. I, pag. 85, al. 1.
Noyon, I, pag. 28.
H. R., 14 Nov. 1897, W. 5509.

wel schuld heeft, doch waarin deze schuld zóó gering is, dat er nauwelijks van schuld sprake kan zijn. 't Zou dwaas zijn, den dader dan aansprakelijk te stellen.

Het begrip «schuld» is verder voor elk persoon verschillend, het is iets individueels. Waar b. v. een op een laboratorium werkend student, die oorzaak is van eene ontploffing wellicht vrijgesproken zou worden, wijl hij onbekend was met de stoffen, welke de ontploffing teweeg brachten, daar zou een professor, onder geheel dezelfde omstandigheden, veroordeeld worden; hij moest die stoffen kennen.

Doet zich dus eventueel 't geval voor, dat op de bank der beklaagden wordt plaats genomen door een medicus, beticht van door schuld den dood van een zieke te hebben veroorzaakt, dan zal de rechter dien medicus niet moeten beoordeelen, zooals hij een leek op medisch gebied zou beoordeelen, neen, hij moet zich afvragen, wat zou in het onderhavige geval een medicus gedaan hebben. Nu hale hij zich ook geen coryphee op medisch gebied voor oogen, maar hij neme den durchschnitts-medicus. De rechter stelle den deskundige de vraag: Meent gij, dat elk ander medicus het verkeerde van des beklaagden daad inziet? Meent gij, dat elk ander medicus eene andere behandeling ingeleid zou hebben? Acht gij beklaagde's daad eene den medicus onwaardige daad?

Deze opvatting vindt steun in de geschiedenis der artikelen 307 vlg. De minister zeide in het antwoord aan de 2e Kamer: »Een geneesheer kan niet wegens culposen doodslag worden vervolgd, op grond, dat wellicht de uitnemendste medicus, eene beroemde specialiteit, den patient in het leven zou hebben gehouden, maar alleen dan, wanneer hij niet onderzocht, niet wist of niet deed datgene, wat goede medici in het algemeen onderzoeken, weten, doen." [1])

Houdt de rechter dit voor oogen, dan geloof ik, dat een goed geneesheer, iemand, die zijn taak naar behooren vervult, nooit bang behoeft te zijn voor eene strafrechtelijke veroordeeling.

1) Smidt, Dl. I, pag. 85.

§ 5. Invloed der toestemming van den patient.

Uit het feit, dat de geneeskundige behandeling geen mishandeling is en dus eene door de wet niet strafbaar gestelde handeling, zou men allicht de gevolgtrekking kunnen maken, dat het nu den medicus zou vrijstaan ieder dien hij wilde te behandelen. Het zou bijvoorbeeld mijn geneesheer, bij wien ik eene theevisite maak, vrijstaan om in mijn kopje het een of andere geneesmiddel te mengen ter genezing van de ziekte, waaraan ik lijd, doch tegen welker genezing ik mij, om welke reden dan ook, hardnekkig verzet heb. Ja, hij zou mij zelfs mogen bedwelmen, mij daarna gaan opereeren en dit zou niet strafbaar zijn, want tegen behandeling bedreigt onze wet geen straf.

Toch voelt een ieder dadelijk, dat zulk eene handelwijze ongeoorloofd is. De medici zouden immers een onbeperkte macht over ons krijgen. We zouden op die wijze onder de curateele der medici komen. Ik acht dan ook zulk eene handelwijze ongeoorloofd, niet omdat de medicus ons mishandelen zou, doch omdat hij zich schuldig zou maken aan een *inbreuk op onze vrijheid*.

In den regel is elk meerderjarig persoon heer en meester over zijn eigen lichaam en over zijn eigen goed. Niemand mag mij, al is het met de beste bedoeling, aan 't lijf komen. Elke inbreuk op dat recht van persoonlijke vrijheid kan tot eene actie aanleiding geven. Ook de strafwetgever heeft gemeend zulke inbreuken strafbaar te moeten stellen, doch niet tegen alle zijn straffen bedreigd; alleen tegen de meer ernstige. Zoo vinden we bijv. in Titel XVIII strafbaar gesteld het drijven van slavenhandel, menschenroof, onttrekking van minderjarigen aan het wettig over hen gesteld gezag, schaking, vrijheidsberooving enz. Evenwel vinden we niet het geval, dat een medicus een persoon tegen zijn wil behandelt. De wetgever heeft hieraan niet gedacht. Dit neemt evenwel niet weg, dat wij het bovenbedoelde geval,

wanneer het zich voordoet, onder een der in dien titel genoemde artikelen mogen brengen. Waarom zou zulk een geval niet kunnen vallen onder art. 284? Komt het u niet wenschelijk voor, om iemand, die u tegen uwen wil opereert en geneest — het geval zal zich niet vaak voordoen — niet te straffen wegens mishandeling, doch te straffen, omdat hij eene handeling verricht, waarvan ge niet gediend waart? Beneficia non obtruduntur.

Zoo zou ik ex art. 284 willen straffen een medicus, die een zieke tegen zijn uitdrukkelijken wil opereert, en daarbij geweld gebruikt of met geweld dreigt: bijv. de medicus, die een patiënt vastbindt en daarna een drankje ingiet. Houdt men daarbij in het oog, dat art. 81 met het plegen van geweld gelijk stelt het brengen in een staat van bewusteloosheid of onmacht, dan is ex art. 284 j^to^ art. 81 ook strafbaar de medicus, die iemand onder narkose brengt, ten einde hem dan tegen zijn wil te opereeren. Ik geef toe, dat er bij het vaststellen dier wetsbepalingen niet aan den medicus gedacht is. Zoo weet ik bijv. niet, onder welke bepaling 't geval te brengen, dat een medicus een patiënt een drankje, dat deze beslist geweigerd heeft in te nemen, op listige wijze weet toe te dienen. Artikel 284 kan dan niet toegepast worden; er heeft geen geweld of bedreiging met geweld plaats gehad. Strafrechtelijk acht ik den medicus in dit geval niet aansprakelijk; civielrechtelijk — indien er redenen voor zijn — wél.

Zoo raadt ook STOOSS aan, den medicus, die tot behandeling overgaat tegen den wil van den patiënt, te straffen wegens inbreuk op de persoonlijke vrijheid. „Allerdings", zegt hij [1]) „wird dieser Eingriff in die persönliche Freiheit von den geltenden Strafgesetzen nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht. Wenn ein Arzt den Patiënten zur Duldung einer Behandlung nötigt, wie der Budapester Arzt, der Patienten, die sich gegen Operationen sträubten, durch Ohrfeigen gefügig machte,

1) t. a. p. Pag. 28.

so liegt Nötigung (§ 240 des D. R. St. G. B.) vor. Ausserdem trifft kein gesetzlicher Thatbestand auf die eigenmächtige Behandlung zu."

Ook HEIMBERGER wil de bovengenoemde, door den medicus gepleegde, delicten brengen onder de paragraphen 239 en 240 van het D. R. St. G. B.

§ 239 al. 1. Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches der persönlichen Freiheit beraubt, wird mit Gefängniss bestraft.

§ 240. Wer einen anderen widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nöthigt, wird mit Gefängeniss bis zu einem Jahre oder Geldstrafe zu sechshundert Mark bestraft.

Wil de medicus dus ongestraft behandelen, dan zal hij eerst de toestemming van den patient behooren te verkrijgen.

Die toestemming moeten wij ons nu niet altijd in denzelfden vorm denken; zij zal telkens een anderen vorm aannemen, afhankelijk van de omstandigheden, waaronder de behandeling wordt ingeleid.

Meestal zal het voorkomen, dat iemand, die zich onwel gevoelt, een geneesheer laat roepen. Alsdan mag deze veronderstellen, dat hij de toestemming heeft om te onderzoeken, wat er aan scheelt en om te genezen. Kan dit niet geschieden zonder gevaar, dan zal de medicus nog uitdrukkelijk de toestemming hiervoor moeten vragen. Zoolang er nog slechts sprake is van eene geheel ongevaarlijke handeling, mag de medicus de toestemming veronderstellen, doch zoodra hij meent te moeten overgaan tot eene min of meer gevaarlijke handeling, zal hij verstandig doen nog eens de uitdrukkelijke toestemming te vragen. Wanneer men immers den dokter laat halen, dan uit men daarmede den wensch om genezen te worden; kan die genezing niet zonder gevaar geschieden, dan wil men zich nog wel eens bedenken

of de remedie niet erger is dan de kwaal, of men niet liever met de kwaal wil blijven voortloopen, dan dat men het gevaar loopt bij de behandeling te sterven.

Hoe nu, indien de patient niet *zelf*, doch de bloedverwanten of vrienden, den dokter hebben laten halen? Dan geloof ik, dat de geneesheer de toestemming van den zieke mag veronderstellen. Wanneer deze zich niet uitdrukkelijk tegen de behandeling verzet, mag de dokter tot behandeling overgaan.

Het is onmogelijk alle gevallen afzonderlijk na te gaan.

Er kunnen zich omstandigheden voordoen, waarvoor geen regels te geven zijn; deze zijn ook overbodig. Elk verstandig medicus zal, als hij voor oogen houdt, dat hij voor behandeling de toestemming noodig heeft, voor zich zelf kunnen beoordeelen, wat daarmede bedoeld is. Wellicht is 't niet overbodig er op te wijzen, dat geneesheeren in ziekenhuizen — waar de verhouding tusschen beide partijen eene andere is dan in de privaat-praktijk — en officieren van gezondheid — zij staan veelal als meerdere tegenover mindere — er voor hebben te waken, dat zij de patienten, welke zij ex officio moeten behandelen, niet anders behandelen dan hunne private patiënten. Al meldt iemand zich in een ziekenhuis ter verpleging aan, dan volgt daar nog niet uit, dat hij zich aan *elke* behandeling wil onderwerpen en al kan een officier van gezondheid een soldaat commandeeren het geweer te presenteeren, daarom kan hij hem nog niet dwingen zich aan eene operatie te onderwerpen. Evengoed als elk ander mensch, zal hier de soldaat zijne toestemming moeten geven.

Zoowel bij de chirurgische behandeling als bij de interne behandeling zal de medicus, indien er gevaar is, de uitdrukkelijke toestemming moeten vragen. Bij de chirurgische oparatie zal dit wel bijna altijd gebeuren, doch het mag betwijfeld worden of de medici dit wel even goed in 't oog houden bij de interne behandeling. 't Is voor een medicus zoo gemakkelijk om een zeer gevaarlijk geneesmid-

del voor een onschuldig drankje te laten doorgaan; in de hoop op een goeden afloop en uit vrees voor eventueele tegenstribbeling van de zijde van den patiënt, mag men aannemen, dat menig medicus zonder verdere voorkennis zijne patiënten wel eens een zeer gevaarlijken drank heeft toegediend. Dit lijkt mij hoogst onverstandig. Een medicus moet nooit schromen den waren toestand bloot te leggen. Komt hij rond voor zijne meening uit, dan wekt dat bij de patiënten veel meer vertrouwen, ook al moeten zij soms iets onaangenaams mededeelen.

In geval van bewusteloosheid van den patiënt zal de medicus verstandig doen, als hij de toestemming van bloedverwanten vraagt. Is dit niet mogelijk, dan mag hij de toestemming praesumeeren. Men mag van iedereen veronderstellen, dat hij in 't leven wenscht te blijven.

Of het nu noodig is om in ons Wb. v. Sr. eene aparte bepaling op te nemen tegen het opereeren en in 't algemeen tegen het geneeskundig behandelen tegen den wil van den patiënt? Ik geloof het niet. Misbruik wordt hier te lande niet gemaakt. Dit is ook de reden, waarom STOOSS — de man, die het nieuwe Zwitsersch ontwerp heeft gemaakt — het onnoodig achtte eene dergelijke bepaling op te nemen. Men hoort er niet van, dat een medicus iemand gedwongen heeft zich te laten opereeren. Wil iemand gaarne pijn lijden of dood gaan, dan zijn onze medici wel zoo verstandig, hem daarin vrij te laten. Maar ik herhaal het, misbruik is niet onmogelijk. Overbodig komt 't mij evenwel voor eene bepaling in de wet op te nemen, waarbij geneeskundige behandeling zonder toestemming strafbaar wordt gesteld. [1])

1) Stooss geeft den raad den medicus „polizeilich" te straffen. Hij stelt een artikel voor van ongeveer den volgenden inhoud: „Wer an einer Person eine aerztliche Behandlung vornimmt ohne ihre Einwilligung oder ohne Einwilligung der Person, die sie zu vertreten berufen war, wird, sofern diese Behandlung nicht zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit der Behandelten dringend geboten war, bestraft . . ."

HOOFDSTUK II.

De aansprakelijkheid van den verloskundige in 't bijzonder.

§ 1. De wetgeving.

Evenmin als de heel- en geneeskundige zich bij de uitoefening van zijne betrekking schuldig maakt aan mishandeling of aan opzettelijke benadeeling der gezondheid, evenmin zal de verloskundige, die bij eene bevalling hulp verleent, ook al is hij genoodzaakt daarbij pijnlijke handelingen of operatiën te verrichten, wegens overtreding van eene der artikelen 300—305 aansprakelijk gesteld kunnen worden. In het algemeen is al wat gezegd is omtrent de geneeskundige behandeling — zoowel de chirurgische operatie als de interne behandeling — van toepassing op de verloskundige behandeling.

Daar er zich echter omtrent vruchtafdrijving en het dooden der vrucht eener vrouw — handelingen, welke uit medisch oogpunt noodzakelijk kunnen zijn ter redding van het leven der vrouw — eenige bepalingen in ons Wetboek van Strafrecht bevinden, is het wenschelijk, de aansprakelijkheid van den medicus wegens overtreding dier strafbepalingen, hier afzonderlijk te bespreken.

Dadelijk wil ik te kennen geven, dat het geenszins in mijne bedoeling ligt den lezer van a tot z onder de oogen te brengen, wat er op juridisch [1]) en medisch [2]) gebied ge-

1) Wie hierover lezen wil, neme ter hand: J. W. Smidt: Vrije uitoefening der geneeskunde en het strafwetboek. Leiden ac. pr. 1889 p. 58 volg.

2) Zie B. M. D. Essers: Perforatie of sectio caesarea, ac. pr. Leiden 1889 en de door hem geciteerde schrijvers.

schreven is over vruchtafdrijving en over perforatie. Zoo weinig mogelijk zal het ethisch gebied betreden worden [1]). Ik stel mij slechts tot taak in dit hoofdstuk te onderzoeken, in hoeverre een medicus strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden, indien hij geheel op wetenschappelijke gronden en uitsluitend in het belang van het leven der vrouw hare vrucht afgedreven of gedood heeft.

Wat zegt ons Wetboek van Strafrecht over vruchtafdrijving? In artikel 296 stelt het strafbaar hem, die opzettelijk de afdrijving of den dood der vrucht van eene vrouw zonder hare toestemming veroorzaakt, en in art. 297 wordt strafbaar gesteld dezelfde handeling, doch verricht met toestemming der vrouw.

In beide gevallen wordt de straf verzwaard, indien de dood het gevolg van 't misdrijf is. 't Zelfde vindt plaats, wanneer een geneeskundige, vroedvrouw of artsenijbereider zich schuldig maakt aan een dier misdrijven. Deze personen kunnen alsdan, bij wijze van bijkomende straf, nog ontzet worden van de uitoefening van het beroep, waarin zij het misdrijf begingen. Dit alles is saamgevat in de artt. 296 tot en met 299 van het wetboek. Zware straffen ziet men daar bedreigd tegen vruchtafdrijving en het dooden van de vrucht eener vrouw.

Veel is er over getwist, of ons Wetboek van Strafrecht, sprekende over afdrijving, bedoeld heeft alleen strafbaar te stellen het afdrijven van eene levende vrucht, of dat de wet zoowel het afdrijven van eene levende als van eene doode vrucht heeft willen bestraffen. Het geval kan zich immers voordoen, dat een medicus, die bij eene zwangere vrouw geroepen is, bevindt dat de vrucht dood is en dat hij het nu, in haar belang, wenschelijk acht de vrucht af te drijven.

---

[1]) Zie: Het levensrecht der ongeboren vrucht. Brochure van Treub, v. Oppenraay en Vlaming. Haarlem 1901.

Mogen wij aannemen, dat de medicus, [1]) wanneer hij deze handeling verricht, valt onder de strafbepaling van artikel 296 of 297?

Het antwoord, dat op deze vraag gegeven behoort te worden, luidt: neen. Ter verdediging kunnen wij drie argumenten aanvoeren. Ten eerste zijn de artikelen 296 en 297 geplaatst in titel XIX van Boek II. Het zijn dus misdrijven tegen het leven, waarover die artikelen handelen. Het object, waartegen een misdrijf tegen het leven zich richt, moet natuurlijk een levend object zijn. In de tweede plaats pleit de redactie der artikelen voor mijne opvatting. In beide artikelen staat: «Hij die opzettelijk de afdrijving of den dood der vrucht van eene vrouw veroorzaakt» enz. Wanneer nu de wetgever onder afdrijving ook verstaan had afdrijving van eene doode vrucht, dan zou het woord «vrucht» in die artikelen gebezigd, twee beteekenissen hebben. Strafbaar zou zijn hij, die opzettelijk de afdrijving van *eene doode of eene levende vrucht* veroorzaakt, en hij, die den dood eener *levende vrucht* veroorzaakt. Daar de wetgever, indien dit laatste zijne bedoeling ware geweest, nooit afdrijven en dooden eener vrucht had kunnen combineeren, hebben wij in artt. 296 en 297 slechts te denken aan afdrijving van de levende vrucht.

In de derde plaats vindt deze meening steun in de geschiedenis der bedoelde artikelen; immers de Minister verklaarde uitdrukkelijk, dat de strafbaarheid van een medicus, die met zekerheid voorziende, dat de moeder toch geen levend kind zou kunnen ter wereld brengen en noodeloos zou wegkwijnen, zijn toevlucht nam tot afdrijving, niet te verdedigen was. (SMIDT II p. 446.)

Onze jurisprudentie is in dien zin gevestigd, dat alleen afdrijving der levende vrucht wordt bestraft. Zoo Rb. den Haag 22 Februari 1892 W. 6158: «Het woord «vrucht» in de artikelen

---

1) Het woord „medicus" wordt hier gebezigd, omdat deze dissertatie handelt over den medicus; men houde evenwel in het oog, dat het hier behandelde ook den niet-medicus betreft.

296 en 297 beteekent een levend iets; daaronder kan niet worden begrepen eene doode zelfstandigheid, wel na de conceptie in de vrouw ontstaan, doch afgestorven en zonder kiem van leven.»

Hof Amsterdam 9 Februari 1897 W. 6960, waartegen cassatieberoep verworpen bij H. R. 24 Mei 1897 W. 6978. P. v. J. 1897 no. 49; «Uit de geschiedenis onzer wetgeving blijkt duidelijk, dat de wetgever in artikel 297 Sr. voor de strafbaarheid zoowel van afdrijving als van het dooden der vrucht den eisch heeft gesteld, dat die vrucht tijdens die handeling levend was.»

H. R. 1 November 1897 W. 7038 «Afdrijving der vrucht is volgens artt: 296 en 297 alleen strafbaar, indien de vrucht welker afdrijving met of zonder toestemming der vrouw is veroorzaakt, tijdens de handeling leefde. Een rechtsvermoeden, waaruit het leven of de levensvatbaarheid der ongeboren vrucht zoude mogen worden afgeleid, kent de strafwet niet.»

Rb. Groningen 1 Juni 1899, W. 7189, P. v. J. 1899, no. 60: «Vereischte voor strafbare afdrijving is, dat de vrucht eene levende is. Onder levende vrucht moet hier echter iets anders worden verstaan, dan waar dit woord op mensch of dier wordt toegepast. Eene vrucht is dus eene levende te noemen als zij is eene zeer normaal ontwikkelde, die bij voortzetting dier ontwikkeling, zoo geen storende invloeden zich doen gelden, tot levend mensch zal worden» [1]).

Men mag hiermede als voldoende bewezen aannemen, dat de medicus, die eene doode vrucht afdrijft nooit ex art. 296 of 297 kan gestraft worden [2]).

Thans zal onderzocht worden, wat men verder onder vruchtafdrijving te verstaan heeft. Is het opwekken van partus arte praematurus vruchtafdrijving en valt de medicus, die deze handeling verricht, onder art. 296 of 297?

---

1) Zie naar aanleiding hiervan de opmerking van Prof. G. C. Nijhoff in P. v. J. 1899 no. 60.

2) Aldus ook Noyon III. 77 en B. van Tienhoven van den Boogaard, Beschouwingen over artt. 295—298. v. h. Wetb. v. Sr. Diss. Utrecht 1887.

Er is sprake van partus arte praematurus, wanneer het door den medicus tijdens de zwangerschap, wegens engte van bekken of andere ziekten, die op geene andere wijze genezen kunnen worden dan door de zwangerschap af te breken, wenschelijk wordt geacht eene vroeggeboorte — Frühgeburt — op te wekken. Ik geloof nu, dat in zulk een geval de medicus evenmin aansprakelijk kan gesteld worden als in het vorige: hier vindt nòch dooding, nòch afdrijving plaats.

Dit laatste zullen vele lezers niet toegeven; vooral niet, nu de H. R. in het opwekken eener vroegtijdige geboorte vruchtafdrijving ziet. Zoo in zijn arrest van 12 April 1898 W. 7113, waarbij verworpen werd een cassatieberoep tegen een arrest van het Hof te Amsterdam van 22 December 1897 W. 7064. Dit laatste, korte en zakelijke arrest, waarin alle argumenten, welke tegen mij kunnen dienst doen, vervat zijn, wil ik hier gedeeltelijk vermelden. Het luidt:

> . . . . . *o.* toch dat hiertegen wel, evenals in eersten aanleg ook in hooger beroep namens beklaagde door diens raadsman is aangevoerd dat van afdrijving in den zin van gemeld artikel 297 alleen sprake kan zijn, indien de verwijdering van de vrucht uit de baarmoeder den dood der vrucht heeft veroorzaakt, doch dat deze bewering ook den Hove onjuist voorkomt.
>
> *o.* hieromtrent, dat naar gewoon spraakgebruik als afdrijving is te beschouwen elke verwijdering van de vrucht uit de baarmoeder niet door de natuur veroorzaakt en dat hiermede in overeenstemming is de beteekenis in het Nederlandsche woordenboek van de Vries en te Winkel aan 't woord afdrijving toegekend n.l. het afdrijven of verwijderen door toegediende of aangewende middelen o. a. van de onvoldragen vrucht uit de baarmoeder.
>
> *o.* dat die beteekenis ook steun vindt in de bewoordingen van artt. 295, 296 en 297 van gemeld Wetboek waar als afzonderlijke en op zich zelf staande misdrijven werd strafbaar gesteld het opzettelijk veroorzaken

van de afdrijving en het opzettelijk veroorzaken van den dood der vrucht van eene vrouw en dat, ware het de bedoeling des wetgevers geweest de afdrijving alleen strafbaar te stellen als de dood der vrucht daarvan het beoogde gevolg is geweest, hij zich alsdan op eene andere wijze zou hebben uitgedrukt door bijvoorbeeld strafbaar te stellen het opzettelijk veroorzaken van den dood der vrucht eener vrouw door afdrijving of door eenig ander middel;

o. dat wel uit sommige beschouwingen, voorkomende in het rapport aan den Koning over het advies van den Raad van State en in de Memorie van Toelichting betreffende de hier behandelde materie de bedoeling van den toenmaligen Minister van Justitie, die deze bescheiden heeft onderteekend, zou kunnen worden afgeleid om de afdrijving alleen dan strafbaar te stellen als de vrucht ten gevolge daarvan gedood is, doch dat het Hof hierin evenals in de omstandigheid dat de titel waarin de meergemelde artikelen voorkomen het opschrift draagt »Van misdrijven tegen het leven gericht" grond vindt om de uitdrukking „het veroorzaken van de afdrijving van de vrucht" eene meer beperkte beteekenis toe te kennen dan zij blijkens het hiervoren overwogene heeft" . . . . . enz.

Mogen wij ons met deze jurisprudentie vereenigen? In de eerste plaats beriep het Hof zich op het spraakgebruik. Ja, 't spraakgebruik van de groote menigte, die het onderscheid tusschen abortus arte provocatus en partus arte praematurus niet kent en die alleen 't woord *afdrijving* voor beide begrippen gebruikt. Doch vraagt men niet alleen den medicus maar ieder ander, die tot de meer ontwikkelde klasse behoort: noemt gij het opwekken van eene vroegtijdige geboorte vruchtafdrijving? dan ontvangt men ten antwoord: neen. Partus arte praematurus is iets anders dan vruchtafdrijving (abortus.)

Bij abortus wordt het kind opgeofferd, bij partus arte

praematurus wordt het kind niet opgeofferd; men tracht het juist in het leven te houden. [1])

Aan het feit dat de artikelen 296 en 297 staan in titel XIX van het 2e boek hecht de jurisprudentie geen waarde. Ik wél. Zij is van meening, dat aangezien — zoo luidt 't in 't arrest van den H. R. van 12 April 1898 W. 7113 — het kind, dat door middel van partus arte praematurus ter wereld is gekomen, later veelal toch dood gaat, de wetgever gemeend heeft deze artikelen maar in den titel van misdrijven tegen het leven te moeten plaatsen. Dit is geen argument. De wetgever mag er niet op letten, wat meestal geschiedt. Wanneer de therapie nog grootere schreden gemaakt zal hebben dan thans, zal men er wellicht in slagen, het op zulk eene wijze geboren kind meestal wél in het leven te houden.

Wat betreft 's Hof's bedenking dat de in zijn arrest weêrgegeven beteekenis steun vindt in de bewoordingen van artt. 295 tot 297 van gemeld wetboek, waar als afzonderlijke en op zich zelf staande misdrijven strafbaar gesteld wordt het opzettelijk veroorzaken van de afdrijving en het opzettelijk veroorzaken van den dood der vrucht van eene vrouw en dat, ware het de bedoeling geweest van den wetgever de afdrijving alleen strafbaar te stellen als de dood der vrucht daarvan het beoogde gevolg is geweest, hij zich alsdan op eene andere wijze zou hebben uitgedrukt, daartegen valt op te merken, dat wij de wenschelijkheid van eene andere redactie niet inzien. De wetgever heeft willen strafbaar stellen 1°. het

1) Zie Treub, Tijdschrift v. Sr. Dl. IX. p. 1. vlg. Abortus provocatus en strafwet, pag. 1. „Streng wordt daarbij door ons, medici, onderscheid gemaakt tusschen het opwekken van den abortus en het opwekken van de vroeggeboorte, een onderscheid van fundamenteele beteekenis, dat echter, zooals straks blijken zal, door de juristen niet altijd genoeg in het oog gehouden wordt. Dit onderscheid is geen ander dan wat de geneeskundigen altijd maken tusschen abortus en partus arte praematurus." . . . .

Pag. 2: . . . Medice is het ook volmaakt onzinnig, te spreken van abortus, waarbij de vrucht in het leven blijft.

dooden van de vrucht door afdrijving en 2° het dooden zonder afdrijving; bijv. het laten wegrotten der vrucht. Nu heeft de wetgever dat duidelijk genoeg uitgedrukt door te spreken »hij die opzettelijk de afdrijving of den dood der vrucht veroorzaakt."

Tegen de opvatting, dat de woorden voorkomende in het Rapport aan den Koning en die in de Memorie van Toelichting niet veel waarde hebben, mag in het midden gebracht worden, dat, waar én spraakgebruik — en wel dat der hoogere en wetenschappelijke lagen onzer maatschappij — én de plaatsing in Titel XIX voor onze opvatting pleiten, deze woorden in Rapport en Memorie van Toelichting wel den doorslag geven. Waar deze drie elementen samen werken, hebben wij het recht aan de juistheid van de jurisprudentie van onze rechtscollege's te twijfelen.

Ook J. W. SMIDT komt tot dezelfde conclusie, als die waartoe wij komen, alhoewel niet op dezelfde gronden. Hij zegt, [1]) sprekende over partus arte praematurus: »Deze door de kunst bevorderde baring, in Engeland in het midden der vorige eeuw voor 't eerst in praktijk gebracht, in Duitschland in 't laatst van die eeuw in toepassing en eerst sinds 1832 in Frankrijk in gebruik, valt niet onder onze strafwet, daar het opzet van art. 295—297 hier ontbreekt, dat gericht moet zijn op afdrijving of dooding, terwijl hier de wil des geneesheers gericht is op te weeg brengen van baring, zij het ook eene vroegtijdige baring of op geboorte, dus op behoud van het kind."

De heer SMIDT meent dus, dat bij partus arte praematurus het opzet, dat in de artt. 296 en 297 vereischt wordt, ontbreekt. Wij betoogden, dat er geen sprake kan zijn van toepassing van een dier artikelen, niet omdat het opzet ontbreekt, doch omdat partus arte praematurus niet valt onder afdrijving.

De schrijvers in Duitschland, hoewel verdeeld, zijn mee-

1) t. a. p. pag. 51.

rendeels onze meening toegedaan. Hier pleit de text der artikelen nog meer voor deze opvatting, die bovendien steun vindt in de geschiedenis: §§ 218—220 spreken van »Abtreibung oder Tödtung *im Mutterleibe*.« Door tegenstelling van »Abtreibung« met »Tödtung im Mutterleibe,« komt men er dan toe »Abtreibung« op te vatten als »Tödtung door middel van afdrijving.« Zoo BINDING, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Theil Bd. I p. 37 (1902); GEYER, Grundriss II p. 10; OLSHAUSEN, Commentar § 218. HÄLSCHNER II, p. 66. (Das gemeine D. Strafrecht); BERNER, Lehrbuch p. 511. STOOSS, Chirurg. Operation p. 66; en vele anderen. [1]).

Ook de jurisprudentie in Duitschland is in anderen zin dan die in Nederland [2]), terwijl hetzelfde gezegd kan worden van de leer van het Oostenrijksche Cassationshof [3]).

Wij achten het thans voldoende bewezen, dat de medicus, die eene vroegtijdige geboorte — partus arte praematurus — opwekt, niet valt onder de strafbepalingen van artikel 296 of 297.

Nu wij gezien hebben, dat afdrijving eener doode vrucht en opwekking eener vroegtijdige geboorte niet strafbaar zijn, hebben wij nog te beoordeelen:

1°. *de abortus arte provocatus*. 2°. *de perforatie*. De *embryotomie* kunnen wij gevoeglijk onbesproken laten, daar

---

1) In anderen zin o. a. v. Liszt, Lehrbuch XI Aufl. pag. 317: „Gegenstand ist die noch nicht geborene d. h. die noch nicht zu selbständigem Leben ausserhalb des Mutterleibes gelangte Leibesfrucht. Die Handlung ist entweder a. Abtreibung im engern Sinn, nämlich (rechtswidrige), Bewirken einer Frühgeburt; mag auch der Vorsatz des Thäters nicht auf Tötung der Leibesfrucht gerichtet sein. b. oder Tötung im Mutterleibe." Sehr bestritten, voegt hij er bij. Zoo ook Meyer: Lehrbuch Ve Aufl. pag. 480 „Abtreibung im weiteren Sinne ist die Tötung oder vorzeitige Lostrennung der Leibesfrucht." Merkel, Lehrb. 1889, pag. 309. Noyon III pag. 76; en anderen.

2) Entscheidungen des D. R. G. 9 Juli 1881, IV. 380; 15 April 1890, XX. 367.

3) 21 Februari 1891.

deze alleen geschiedt bij dwarsligging, in welk geval de vrucht steeds dood is. Dit geval komt dus, zooals hierboven reeds is aangetoond, niet in aanmerking voor de strafbaarheid. Hetzelfde geldt de *symphysiotomie* of *sectio caesarea* (keizerssnede). Ook deze behoeven wij niet nader onder oogen te nemen. Daar de *sectio caesarea* eene operatie is, welke alleen de moeder en geenszins het kind betreft, kan ik verwijzen naar Hoofdstuk I.

Men zegge niet; gij moogt voor de sectio caesarea niet verwijzen naar de chirurgische operatie, immers deze geschiedt in 't belang van den patiënt, terwijl de sectio caesarea geschiedt in 't belang van het kind. Zeer zeker wordt de keizerssnede ondernomen in 't belang van het kind, doch niet *alleen* in diens belang; zij komt ook de moeder ten goede.

Kan een kind niet op natuurlijke wijze geboren worden, dan zal er eene kunstmatige verlossing moeten plaats hebben; zonder deze gaan en vrouw en kind verloren. Er staan dus slechts twee wegen open: perforatie en sectio caesarea. Nu werd niet alleen oudtijds deze laatste voor eene hoogst gevaarlijke operatie gehouden, ook thans zijn aan haar vele gevaren verbonden, doch deze zijn thans in verhouding van vroeger zóóveel geringer, dat vele medici de sectio caesarea medice — en niet op ethische gronden — verkiezen boven de perforatie.

Gaat nu een medicus tot de keizerssnede over, omdat hij het de beste wijze van verlossing acht, omdat hij haar eventueel niet gevaarlijker acht dan perforatie, welnu dan verricht hij eene voor de vrouw goede handeling. Gaat daarentegen de medicus op verzoek der vrouw tot de sectio caesarea over, heeft zij de perforatie verboden, ook dan verricht hij eene voor de vrouw goede handeling. Aangezien hij alsdan de wellicht door hem wenschelijker geoordeelde perforatie niet mag toepassen, doet hij beter de sectio caesarea te ondernemen, dan haar met het kind te laten sterven.

Op deze gronden meende ik, dat voor de sectio caesarea naar Hoofdstuk I mocht verwezen worden.

1°. Van *abortus arte provocatus* wordt gesproken, wanneer de vrucht vóór de 28ste week na de conceptie, d.w.z. voordat de mogelijkheid bestaat, dat het kind gescheiden van de moeder in leven blijft, uitgedreven wordt.

2°. *Perforatie of kraniotomie* vindt plaats, wanneer de schedel van de vrucht geperforeerd (geopend) wordt, zoodat de hersenpan samengeperst kan worden en daarna door het te nauwe bekken gedreven kan worden.

Deze beide handelingen — abortus en perforatie — acht ik volgens onze wet strafbaar. Abortus is vruchtafdrijving; perforatie is het dooden der vrucht; ze vallen dus onder artikel 296 of 297. Voor den medicus heeft onze wet geene enkele uitzonderingsbepaling en wanneer hij dus op wetenschappelijke gronden en met geen ander doel voor oogen dan de redding van het leven der vrouw een dezer feiten begaat dan zal de strafrechter hem kunnen straffen ex art. 296 of 297, jto art. 298. De straf, die alsdan kan worden opgelegd, is als maximum 15 jaar (indien de vrouw geene toestemming had gegeven) of 6 jaar (indien de vrouw wel toestemming had gegeven); indien de dood der vrouw het gevolg is van 't feit, bedraagt het maximum 20 en 8 jaar gevangenisstraf. Bovendien kan in al deze gevallen de medicus worden ontzet van de uitoefening van het beroep, waarin hij het misdrijf beging en (ex art. 299) kan hij ontzet worden van de rechten vermeld in art. 28 n°. 1—5. Men ziet dus, dat de straffen zeer zwaar kunnen zijn.

Daar nu hier te lande bij de groote meerderheid des volks de overtuiging bestaat, dat een medicus, die ter redding van het leven der vrouw vruchtafdrijving pleegt, door onze strafwet niet aansprakelijk gesteld behoort te worden, zal de lezer zich allicht afvragen of bij de behandeling van ons wetboek niemand gepoogd heeft voor den medicus eene uitzonderingsbepaling in de wet opgenomen te krijgen. Zeer zeker is aan ons geval gedacht, en wij willen den lezer de geschiedenis der

artikelen geven, opdat hij kunne zien, waarom in onze wet eene uitzonderingsbepaling niet is opgenomen.

Toen het Regeeringsontwerp in den Raad van State was behandeld, merkte deze in zijn advies op [1]): «Het geval overigens dat in de verloskundige praktijk het behoud der moeder somtijds den dood der vrucht noodzakelijk maakt, behoort in het ontwerp alsnog te worden voorzien.»

De regeering wijzigde het artikel en droeg het toen aldus voor [2]): Hij die, behalve ingeval van levensgevaar voor de vrucht of de vrouw, opzettelijk . . . . . enz.

Minister MODDERMAN schrapte deze zinsnede weêr en wel op de volgende gronden [3]): «1°. de reserve is volstrekt overbodig.

Is het ooit bij iemand opgekomen om art. 309 C. P. van toepassing te achten op den chirurgijn, die eene operatie verricht of op den Israëlitischen besnijder? Als een letterknecht de toepasselijkheid 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 het algemeen is de genees-, heel- en verloskundige volkomen gedekt, zoo dikwerf hij handelt naar de regelen zijner kunst. Toestemming van den patient is nòch altijd noodig (de patient is wellicht bewusteloos) nòch op zichzelve voldoende (de chirurgijn die een gezond jong mensch op zijn verzoek een been afzette om hem van de militie vrij te maken, zou niet 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 alleen

1) Smidt II p. 445.
2) Het was toen art. 321.
3) Smidt II p. 445.

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 zijn kunstfout onder het begrip „culpa" „si ignorabat quod omnes medici sciunt" b.v. 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 handelingen van den accoucheur aangaat, bestaat tusschen medici en juristen geen verschil. Als conflict bestaat (op goede gronden vermoed wordt) tusschen het belang van de moeder en dat van de vrucht dan gaat het belang van de moeder voor en weet de medicus wat hem te doen staat. Uit niets hoegenaamd is gebleken dat hier te lande de wetgever 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.

In dubbele mate is de bestreden reserve overbodig voor zooveel betreft die operatie waarop men meer bepaald het oog had. De opwekking van vroegtijdige baring met medisch doel kan geen afdrijving genoemd worden en wordt ook niet aldus genoemd. Die operatie is minstens reeds sinds 25 jaren gebruikelijk en toch is nog nooit beweerd dat onze medici in wier academisch eedsformulier tot 1879 onder anderen voorkwam: »nec abortum procuraturum" daardoor meineedig geworden zijn.

2°. Door elke vraag, die de wetgever noodeloos wil oplossen, doet hij tallooze anderen ontstaan. Werd de bestreden reserve weder in het wetboek gebracht, dan zullen de vragen en moeilijkheden nauwelijks te overzien zijn.

a. volgens de bedoelde reserve zou strafbaar zijn de medicus die in den aanvang der zwangerschap met zekerheid voorziende dat de moeder toch geen levend kind kan ter

wereld brengen en geheel noodeloos langzamerhand zou wegkwijnen, tot afdrijving de toevlucht neemt. Immers dan is er voor haar nog geen »levensgevaar." Intusschen is de strafbaarheid niet te verdedigen. Wat onder dergelijke omstandigheden te doen is kan de wetgever niet uitmaken; hij late den medicus de vrije beoordeeling.

b. uit de in art. 314 en 315 [1]) voorkomende woorden »bij de geboorte," in verband met artikel 316, volgt dat zoodra de geboorte is aangevangen niet meer abortus, maar alleen doodslag of moord kan worden gepleegd. Neemt men dus wèl in art. 320 en 321 en niet in 310 en 313 de woorden »behalve ingeval van levensgevaar" enz. op, dan zal daardoor de wetgever beslist hebben, dat tijdens de baring de accoucheur het recht mist, om tot behoud van de moeder het kind op te offeren.

c. ook zou dan voortaan het amputeeren b. v. van een been niet meer geoorloofd wezen. Het gemis van een been is ongetwijfeld zwaar lichamelijk letsel, art. 326 [2]) maakt de reserve niet: ergo.

Dat indien de reserve in art. 320 gemaakt werd, zij evenzeer in art. 319 zou moeten worden opgenomen wordt der commissie gaarne toegegeven. Beter echter schijnt het haar overal weg te laten in het vertrouwen, dat de wet slechts zal worden geinterpreteerd door rechtsgeleerden die, ook zonder wetsbepaling, het beginsel erkennen: niet strafbaar is de geneeskundige, handelende naar de erkende regelen zijner kunst."

Dit is de geschiedenis der artikelen 296 en 297. De minister beriep er zich dus eerst op, dat artikel 309 van den Code Pénal nooit was toegepast op den opereerenden chirurg of op den Israëlitischen besnijder. Dit beroep gaat m. i. geenszins op. Denkt slechts aan de intention criminelle, die bij elk misdrijf werd vereischt. Evenmin als de besnijder

1) Thans art. 290 en 291.
2) Thans art. 302.

heeft de chirurg eene intention criminelle. Volgens Fransch recht is hij dus niet strafbaar.

In Frankrijk, Belgie en alle landen, waar de Code geldt of zich in de wetgevingen heeft doen gelden, zal dus nooit de verloskundige, die vruchtafdrijving pleegt of de vrucht ter redding der vrouw doodt, strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden.

Toen het Belgische kamerlid Savard bij de behandeling van den Code Pénal Belge naar aanleiding van art. 348 vroeg: „Je demanderai une explication sur le cas suivant: Il y a des femmes d'une conformation tellement vicieuse qu'on ne peut jamais espérer d'en tirer qu'un enfant en lambeaux; on expose très souvent la vie de la mère et l'enfant est toujours mort. Lorsque, pour éviter ce que j'appellerai une double exécution, un médecin, un pharmacien etc. aura après la règle principiis obsta en recours à l'avortement, je demande si, dans ce cas, le médecin, le pharmacien, etc. seront punis par l'article que nous discutons? Cela se pratique, du reste, en France dans les hôpitaux. Il ne peut y avoir ni crime, ni délit, alors que l'avortement est en quelque sorte une légitime défense qui n'a pour but que de sauver la vie de la mère," gaf de rapporteur Lelièvre hem ten antwoord: „La question soulevée par M. Savart ne peut donner lieu à la moindre difficulté. L'article 400 (art. 348 du Code) suppose que l'agent a commis le fait avec intention criminelle. Or, dans le cas, dont parle notre honorable collégue il n'y a pas l'ombre d'une intention criminelle; au contraire il s'agit d'un cas de nécessité dans lequel l'homme de l'art entend soustraire la mère à une mort imminente; il n'existe pas le moindre délit" [1]).

In ons Wetboek van Strafrecht is nu dit beginsel van den Code niet meer gehuldigd; boos opzet is bij ons geen vereischte meer voor de strafbaarheid [2]). Men ziet dus, dat 's ministers eerste argument waardeloos is.

1) Législation criminelle de la Belgique. Tome III, pag. 49.
2) Noyon I. pag. 1—4.

Verder was volgens 't inzicht van den minister de medicus volkomen gedekt, als hij handelde volgens de regelen zijner kunst. Dit moge nu *zijn* opvatting geweest zijn: 't is niet die van onze wet, zoolang dat niet in haar is opgenomen. Nu er van dat beginsel nergens iets te lezen staat, mogen wij het niet toepassen.

Als moeilijkheden, die uit de „noodeloos" in de wet opgenomen reserve zouden voortvloeien, noemt de minister:

a. de medicus voorziende, dat de vrouw toch geen levend kind zou ter wereld brengen en geheel noodeloos zou wegkwijnen, zou door de reserve niet gedekt zijn om in den aanvang van de zwangerschap deze af te breken, daar er alsdan geen sprake is van levensgevaar voor de vrouw.

Welnu, als er geen levensgevaar is, dan mag de medicus ook niet afdrijven; begint de vrouw te kwijnen dan is er levensgevaar en staat het dus den medicus vrij af te drijven.

Het tweede bezwaar ware gemakkelijk op te heffen door artikel 292 te doen luiden: De in artikel 290 en 291 omschreven misdrijven worden ten aanzien van hen, die er aan deelnemen als doodslag en moord aangemerkt, ten ware de levensberooving geschiedde ter afwending van levensgevaar voor de vrouw.

Ten slotte had de minister als derde bezwaar, dat bij mishandeling de reserve ook zou moeten worden opgenomen. Daar in Hoofdstuk I is aangetoond, dat er geen sprake is van mishandeling wanneer een chirurg opereert, behoeft de reserve in de artt. 300 en vlg. niet te worden opgenomen.

Wat betreft 's ministers woorden: »ik verwacht, dat de wet geïnterpreteerd zal worden door rechtsgeleerden, die ook zonder wetsvoorschrift het beginsel erkennen, niet strafbaar is de geneeskundige handelende naar de erkende regelen zijner kunst", hiermee mogen wij ons niet vereenigen. Immers geen rechter mag, een regel toepassen, die niet in de wet te vinden is. Art. 11 der Wet houdende Algemeene Bepa-

lingen luidt: „De rechter moet volgens de wet recht spreken, hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen". Ondanks dit alles geef ik gaarne toe, dat de rechter niet bloot letterlijk moet interpreteeren, dat hij den geest der wetten behoort te kennen, doch dit is iets anders dan wat de minister wilde. De Minister wilde, dat de rechter eene uitzondering op eene strafbepaling zou aannemen voor eene bepaalde categorie van menschen, eene uitzondering heelemaal niet in de wet te vinden.

Wij moeten dus nogmaals constateeren, dat vruchtafdrijving en het dooden der vrucht van eene vrouw, alléén ter afwering van levensgevaar voor de vrouw, door een medicus geheel volgens de regelen der wetenschap gepleegd, door artikel 296 en artikel 297 van het Wetboek van Strafrecht wordt strafbaar gesteld.

Daar dit strijdt niet alleen met de overtuiging van de overgroote meerderheid der Nederlanders, doch ook met de volksovertuiging in vele andere landen, hebben tal van schrijvers pogingen aangewend om de strafwet zóó uit te leggen, dat bovenbedoeld geval er niet onder zou vallen. De meeste pogingen daartoe zijn aangewend in Duitschland, waar zich dezelfde moeilijkheid als bij ons voordoet.

In § 2 van dit hoofdstuk zal de lezer een beknopt overzicht van de schrijvers vinden. Wat hun indeeling betreft is gevolgd Joseph Heimberger's Inaugural-Dissertation: Ueber die Straflosigkeit der Perforation. Berlin 1889 [1]). In deze dissertatie vindt men ook alles, wat er van de oudste tijden af geschreven is over perforatie. Wij wenschen daarentegen zooveel mogelijk op zuiver juridisch gebied te blijven en zullen er ons slechts mee bezig houden, den lezer te vermelden, wat de juristen omtrent de straffeloosheid of strafbaarheid der afdrijving en perforatie hebben medegedeeld. De meeste schrijvers spreken alleen over de perforatie, doch zonder

1) Een afdruk ervan is te vinden in Eulenberg's Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medicin und Oeffentliches Sanitätswezen. Neue Folge Band L en LI.

eenig bezwaar is dit alles van toepassing te verklaren op de vruchtafdrijving. Verder zal bij de bespreking van elke theorie een onderzoek worden ingesteld, in hoeverre zij voor ons Nederlandsch recht aannemelijk is.

§ 2. De theorieën.

a.

Een groot aantal schrijvers heeft gemeend, dat de straffeloosheid van den medicus te verklaren was met een beroep op den zoogenaamden *noodtoestand*. Zij meenden, dat wanneer een medicus, die ter redding van het leven der vrouw hare vrucht had gedood of geperforeerd, voor den strafrechter was geroepen, hij zich kon vrijwaren voor straf, wanneer hij slechts zeide: ik heb gehandeld in noodtoestand.

Al deze schrijvers redeneeren nu niet op geheel dezelfde wijze. Men moet hen in groepen splitsen om een juist overzicht te krijgen. Ten eerste houde men wel in 't oog, wie van hen vóór, [1]) wie nà de invoering van het Reichsstrafgesetzbuch schreven, [2]) terwijl de eerste groep weêr twee cate-

1) Naegele: De jure vitae ac necis quod competit medico in partu Heidelberg 1826.

Köstlin: Neue Rivision 1845 pag. 502.

Levita: Nothwehr. Giessen 1856.

Deze drie hangen de collisieleer aan.

Mittermaier: Ueber die Grenzen und Bedingungen der Straflosigkeit der Perforation, in das Neue Archiv des Kriminalrechts 1825.

Heffter: Lehrbuch des Strafrechts 1840 p. 220.

Geib: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1862 II p. 222, 223.

Deze en nog eenige oudere schrijvers verwerpen de collisieleer.

2) Stammler. Nothstand, Erlangen 1878.

Göb: Behandlung des Nothstandes in Goldammer's Archiv. 1880 p. 183

v. Schwarze: Commentar zum Reichsstrafgezetzbuch § 54.

Verder voor ons recht: Noyon. Het Wetb. van Strafr. verklaard III, p. 76; elke handeling waardoor de ontijdige uitdrijving van de vrucht bevorderd wordt, behoort strafbaar te zijn; tenzij verricht door den medicus uit noodzakelijkheid, als wanneer art. 40 toepasselijk is. Zie ook I bl. 4 en bl. 165 aant. 6 ad art. 40.

gorieën telt: namelijk zij, die de zoogenaamde collisieleer aanhangen en zij, die deze theorie verwerpen.

't Is gewoonte geworden bij de behandeling van ons vraagstuk de collisieleer ter sprake te brengen, doch nu komt 't mij voor, dat we naar de al of niet juistheid dezer leer geen onderzoek behoeven in te stellen.

Wat zegt de collisieleer? Hij die in noodtoestand verkeert, heeft de bevoegdheid om ten bate van zijn eigen recht op het recht van een ander inbreuk te maken, *doch alleen dan, wanneer zijn recht meer waarde heeft dan dat van hem wiens recht aangetast is.* De wet, zoo zeggen de geciteerde schrijvers, stelt het kind niet op ééne lijn met de moeder, de ongeboren vrucht heeft nog niet dezelfde rechten als de mensch. Het leven der moeder is van meer waarde dan dat van de vrucht, waarbij slechts de mogelijkheid bestaat dat zij mensch zal worden. De moeder is eene »gewordene Persönlichkeit,« het kind eene »werdende.« Daarom moet de medicus, wanneer de moeder in noodtoestand verkeert, het minderwaardige kind opofferen. Ter staving hunner theorie voeren zij nog aan, dat wanneer het belang van den Staat het medebrengt, dat bij collisie van rechten het belangrijkste behouden blijft en het minder belangrijke wijkt, er geen reden bestaat, om het ingrijpen van een derden ten behoeve van dat belangrijkste recht te verbieden.

Wat is dus deze collisieleer? Niets dan eene beperking van het recht om zich op noodtoestand te beroepen.

Daar ik nu meen, dat een beroep op noodtoestand absoluut onvoldoende is om de straffeloosheid van den medicus te rechtvaardigen, mag m. i. de collisieleer geëcarteerd worden.

Waarom is een beroep op noodtoestand onvoldoende? Men zegt: Moeder en kind verkeeren in gevaar; geen van hen kan zich zelf uit dat gevaar redden en daarom mag de medicus te hulp komen. Als rechtsgrond hiervan geven de schrijvers de billijkheid op. Men kan, zeggen zij, niet vorderen, dat eene vrouw den heldenmoed heeft, haar eigen leven te geven; vandaar, dat men haar in zulk een geval moet toestaan hare vrucht

te dooden. Dit geldt niet alleen van de vrouw zelve; omdat zij zich zelf niet kan helpen, is dit ook toegestaan aan hen, op wien haar toestand een zelfden invloed oefent, b. v. haren man. Nu rekent Geib den medicus onder bovenbedoelde personen; wegens zijne positie behoort hij tot dien beperkten kring, die de handelingen, welke de vrouw anders zelve zou verrichten, in haar plaats mag uitvoeren. Is dit juist gezien?

Oefent op den medicus de toestand der vrouw een zelfden invloed uit, als op haar zelf, haren man of hare bloedverwanten? Hij moge met haar begaan zijn, denzelfden invloed zal haar toestand wel niet op den dokter uitoefenen als op haar zelf of hare familie. En waarom moet de medicus nu juist de vrouw helpen uit haren toestand en niet het kind?

MITTERMAIER en HEFFTER antwoorden hierop, dat de moeder het is, die den dokter ontboden heeft. Doch dit zegt, dunkt mij, nog niet veel, want als het kind de hulp van den dokter had kunnen inroepen, dan zou het dit zeker ook gedaan hebben. ABEGG wil, dat de medicus de vrouw helpt, omdat zij de meeste kans heeft in leven te blijven. Mag dit in rechten relevant zijn?

Afgescheiden van de al of niet juistheid dezer redeneeringen, zijn zij niets dan betoogen, welke voor ons Nederlandsch strafrecht nooit in aanmerking zullen kunnen komen.

Onze wet spreekt in het een of ander artikel niet uitdrukkelijk over noodtoestand. Het artikel, waaronder wij noodtoestand brengen, is art. 40, dat handelt over *overmacht*. De vraag is dus slechts deze: Kan men aannemen, dat een medicus, die ter redding van het leven der moeder hare vrucht afdrijft of perforeert, niet strafbaar is, op grond dat hij daartoe door overmacht gedrongen is? Het antwoord moet ontkennend luiden. De medicus had even goed niet kunnen handelen. Hij was volstrekt niet door overmacht gedrongen om tot de perforatie of abortus over te gaan. Voor ons recht, met ons wetboek in handen, mag men derhalve niet aannemen, dat de medicus in het gestelde geval zich kan beroepen op noodtoestand. Dit betoog vindt

steun in de geschiedenis van artikel 436 Wb. v. Sr. Wanneer een niet-medicus geneeskundige hulp verleent buiten noodzaak, dan kan hij zich niet op art. 40 beroepen. Alleen degeen aan wien hulp verleend werd, niet hij die hulp verleende, kan zich op noodtoestand beroepen. In dien zin de Minister van Justitie (SMIDT III. pag. 229) [1]).

Ik moet toegeven, dat velen anders over noodstoestand denken. Ook de wetgevingen van andere landen strijden met de weergegeven meening. Zoo het Duitsche Reichsstrafgesetzbuch. § 54 j^to § 52 Abschnitt 2. [2])

Nog ruimer is het ontwerp voor een strafwetboek voor geheel Zwitserland, [3]) terwijl het Noorsch ontwerp twee soorten noodtoestand kent [4]): *a.* die, waarin de in nood verkeerende zelf zich bevindt, *b.* die, waarin hij verkeert, die den in nood

---

1) Zie daartegen Noyon aant. 6 ad art. 40.

2) § 54. Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung ausser dem Falle der Nothwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Nothstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen begangen worden ist.

§ 52. absch. 2. Als Angehörige im Sinne dieses Strafgesetzes sind anzusehen Verwandte und Verschwägerte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflege-Eltern und -Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, und Verlobte.

3) Art. 20. Wer eine als Verbrechen bedrohte That begeht um Leben, Leib, Ehre, Freiheit, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen anderen aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos, wenn ihm den Umständen nach, nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben.

4) *a.* § 44. (vertaling van Rosenfeld und Urbye. Sammlung ausserdeutscher Gesetzbücher in deutscher Uebersetzung, no. 11. Berlin 1898) Straflos ist wer wegen Zwanges, dringender Gefahr oder eines besondern Seelenzustandes sich selbst nicht mächtig war.

b. § 47. Niemand kann wegen einer Handlung bestraft werden, die er vorgenommen hat, um jemandes Person oder Eigenthum aus einer auf andere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr zu retten, wenn ihm diese im Verhältniss zu dem Schaden, der durch seine Handlung verursacht werden konnte, besonders gross erscheinen musste.

verkeerende te hulp komt. In Duitschland kan de medicus zich dus thans niet meer op noodtoestand beroepen. STAMMLER en GÖB, die na de invoering van het Strafwetboek voor Duitschland schreven, zeggen dan ook, dat er geene oplossing meer te geven is. v. SCHWARZE zoekt er een mouw aan te passen. Hij ziet in den medicus niet een »Angehöriger", doch het instrument, waarvan de vrouw zich bedient. Als men in het oog houdt, dat de vrouw absoluut niets weet van de behandeling door den accoucheur verricht, dat de vrouw soms niet eens den medicus heeft te hulp geroepen, dan zal men mij vergeven, dat ik dit noem »er een mouw aanpassen".

Hoe men ook in den vreemde de quaestie mag oplossen, hoe men ook de wenschelijkheid voor ons recht mag betoogen van een artikel, dat uitdrukkelijk het begrip noodtoestand vaststelt, met ons Wb. in handen kan een beroep op noodtoestand den medicus niet voor straf vrijwaren.

b.

Andere schrijvers [1]) hebben gemeend, dat een beroep op noodweer den medicus kon vrijwaren voor strafrechtelijke vervolging. Doch zoowel voor het Duitsche als voor het Nederlandsche recht is deze theorie onhoudbaar. In Duitschland is Nothwehr „diejenige Vertheitigung, welche erförderlich ist um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angrift von Sich oder einem Anderen abzuwenden" [2]), terwijl ons artikel 41 hem straffeloosheid waarborgt, die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen oogenblikkelijke,

---

1) Het zijn: Weiss: An liceat vivo foetu perforationem facere si foemina sectionem caesaream recusaverit. Diss. München 1831.

Rubo: Commentar 1879 II p. 745.

Herz: Das Unrecht und die Allgemeinen Lehren des Strafrechts Hamburg 1880 § 9.

en nog eenige andere schrijvers.

2) § 53 absch. 2, R. Str. Gb.

wederrechtelijke aanranding. En in Duitschland en bij ons wordt dus verondersteld eene *aanranding door daden*. Mag men nu het naar buiten dringen van de vrucht, als eene aanranding door daden beschouwen? Ik geloof niet dat men mag zeggen, dat de nasciturus, die door samentrekking van de uterus naar buiten gedrongen wordt, het leven der moeder door *daden* aanrandt.

Ten tweede moet de aanranding wederrechtelijk zijn. Is hier sprake van eene wederrechtelijke aanranding? Mij dunkt van niet, als men tenminste van aanranding mag spreken; het kind heeft toch zeker het recht geboren te worden; in de geboorte ligt toch niets wederrechtelijks? [1])

De opvatting dezer schrijvers kan mij al even weinig voldoen als de onder *a* vermelde theorie.

c.

Waar VON LISZT de niet in de wet genoemde gevallen »ausgeschlossener Rechtswidrigkeit" bespreekt, luidt het: »Gleiche Wirkung hat die aus der rechtlich anerkannten

---

1) Ziehier een citaat uit het werk van Weiss, waaruit men kan zien, hoe hij de wederrechtelijkheid verklaart, of liever „zoekt." Hij zegt: „Jamdudum fuit organismus maternus, antequam foetus; itaque mater jamdudum leges indicavit, quibus foetum formari oportebat. Pelvis constitutio comparari potest cum legibus datis, quae quamvis a legibus innatis discedant, tamen sibi obtemperari a cive, qui earum praesidio usurus est, postulant, nisi poena legitima teneri vult. Idem valet de foetu, quem si auxilio organismi materni utebatur, legibus quoque cuis obtemperari decebat; hoc tamen neglecto poenae ab organismo materno constitutae obnoxius est, atque ferendum est, matrem eum vita privare. Est igitur absque dubio foetus vitae aggressor injustus".

Deze opvatting is zeer oud. Ze is niet alleen reeds verdedigd in een werkje van Becker — De paidioctonia inculpata ad servandam puerperam — reeds in 't jaar 1729 uitgegeven, doch ook in het oude Joodsche recht is zij terug te vinden.

Zoo lezen wij bij Maimonides — Mischne Thora oder Jad Hachasaka (vertaling van Wolff) Boek XI Kapittel V § 9: „Es ist auch das ein Verbot, dass man nämlich das Leben des Verfolgers nicht schone. Daher lehren die Weisen, dass man, wenn eine schwangere Frau eine lebens-

Ausübung eines Berufes oder dem gestatteten Betriebe eines Gewerbes sich ergebende Berechtigung zur Vornahme derjenigen Handlungen, welche nach den Regeln des Berufes oder Gewerbes im gegebenen Falle geboten sind", en op grond daarvan meenen VON LISZT en vele andere schrijvers, [2]) dat de perforatie en de vruchtafdrijving moet worden toegestaan.

Over dit z. g. beroepsrecht is reeds in Hoofdstuk I gesproken en aangetoond, dat deze theorie aan ons recht niet is aan te passen. M. i. zijn er geen andere gevallen, waarin de wederrechtelijkheid wegvalt dan die, welke in de wet genoemd zijn. Waar VON LISZT een aanhanger is van de tegenovergestelde meening, kan hij in de afdrijving en de perforatie gemakkelijk eene niet strafbare handeling zien. VAN HAMEL'S opvatting, een beroep op art. 1, 2, enz. der wet van 1 Juni 1865 en art. 1, 8 enz. der wet van 25 Dec. 1878 meen ik ook in Hoofdstuk I § 2 weerlegd te hebben.

---

gefährliche Entbindung hat, das Kind in ihrem Leibe zerstückeln darf, es mag das durch ein Arzenei oder mit der Hand geschehen, weil das Kind gleichsam der Mutter nachstellt sie zu tödten. Wenn es dagegen schon seinen Kopf herausgebracht hat, so darf man es nicht verletzen, weil man nicht ein Leben für ein anderes Leben opfern darf und die Gefahr bei jeder Geburt von der Natur bedingt ist".

Men houde mij ten beste, dat ik op deze verouderde en reeds vele malen weerlegde — 't laatst door Prof. Vlaming op pag. 27 vlg. der brochure: Het levensrecht der ongeboren vrucht, — geen verdere critiek uitoefen.

2) Berner: Lehrbuch. § 55.
Beseler: Commentar zum Pr. Strafgezetsb. 1851. p. 360.
Binding: Handbuch, p. 803.
Geijer: Grundiss I § 19.
v. Hamel: Inl. tot de studie v. h. Ned. Strafrecht I. p. 243.
Horch: Das Verbrechen der Abtreibung, Mainz 1878.
v. Liszt: Lehrbuch XIe Aufl. p. 132.
Meijer: Lehrbuch § 46.
Olshausen: Commentar § 54, noot 8.
Rotering: „Die chirurgische Operation, insbesondere die Perforation als Ausnahme von der Norm" in Goltdammer's Archiv. XXX.
Schütze: Lehrbuch § 60.

d.

Eene andere opvatting [1]), welke wel verdient vermeld te worden, zegt: De strafwet verleent niet alleen rechtsbescherming aan den mensch, doch ook aan de nog ongeboren vrucht, wijl zich daaruit een mensch kan ontwikkelen. Die bescherming wordt aan de vrucht alleen toegekend onder beding; dat deze op natuurlijke wijze ter wereld komt. Werd die bescherming ook onder andere omstandigheden verleend, dan zou de Staat met zijn eigen beginselen in botsing komen. Immers verleende hij aan de vrucht dezelfde bescherming als aan de moeder (den geboren mensch), dan zou hij de bescherming dezer laatste niet tot haar volle recht kunnen laten komen; zij zou eene onvolledige bescherming zijn. In dat geval zou de moeder immers slechts de keuze hebben tusschen de sectio caesarea of den dood van haar zelf en hare vrucht. Geen van beiden wilde de wetgever. HEIMBERGER eindigt dan ook: »Tritt der Fall der Gebärunmöglichkeit ein, so zieht sich der Schutz des Staates vom Fötus zurück, der Foetus kommt für das Recht nicht weiter in Betracht, seine Vernichtung wird eine rechtlich indifferente Handlung und kann zur Rettung der Mutter ohne Anstand vorgenommen werden."

Deze gedachtengang moge logisch zijn, eenvoudig en m. i. niet onjuist, zij is meer een grondslag voor het jus constituendum dan wel eene oplossing de jure constituto. Hoe men ook de straffeloosheid van de perforatie in abstracto tracht te verklaren, perforatie is en blijft het veroorzaken van den dood eener vrucht. Ons Wetboek van Strafrecht stelt dit feit zonder eenige uitzondering strafbaar; het moge

---

1) Deze meening wordt verkondigd door:
Hälschner: Deutsches Strafrecht, II p. 68.
Heimberger: Ueber die Straflosigkeit der Perfor., Berlin 1889.
v. Holtzendorff: Handbuch III p. 460, 461.
Dietrich: Die Straflosigkeit ärztl. Eingriffe. Fulda 1896. p. 63, en eenige oudere schrijvers.

eene grove fout zijn; het recht in ons Wetboek op dit punt neêrgelegd, moge in strijd zijn met ons rechtsgevoel, de rechter, die het geval, waarop we gedurig het oog hebben, eenmaal te beoordeelen zal hebben, heeft slechts onze wet toe te passen en zich niet te verdiepen in hare al of niet juistheid. (Art. 11 der Wet houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving van het Koninkrijk.)

e.

Ten slotte de meening, welke STOOSS [1]) verkondigd heeft. Hij deelt mede, dat HEIMBERGER c. s. zeer juist hebben ingezien, dat het niet de wil van een verstandig wetgever kan zijn den medicus, die ter redding van de vrouw hare vrucht afdrijft of doodt, te straffen. Hij kan zich dan ook het feit, dat de wetgever de afdrijving zoo in het algemeen strafbaar gesteld heeft en geen enkel woord gerept heeft over eene uitzondering voor dit speciale geval, niet anders verklaren, dan door te meenen, dat de wetgever het overbodig geoordeeld heeft die uitzondering te maken en wel omdat zij al bestond. »Da der Gesetzgeber weiss, dass die Vernichtung des Embryo, die notwendige ärztliche Behandlung ist, niemals bestraft wird, ist er überzeugt, dass diese Uebung dem Rechte entspricht, und erhält es für unnötig einen Rechtssatz auf zu stellen, der diesen Rechtszustand noch ausdrücklich anerkennt. Forschen wir aber nach der Quelle die diesen Rechtssatz enthält und findet sich keine Gesetzesbestimmung darüber, so kann nur das Gewohnheitsrecht diese Quelle sein." Verder toont STOOSS aan, dat het ook de volksovertuiging is, dat de medicus straffeloos behoort te blijven; dat de medicus, die sedert onheuglijke tijden vruchtafdrijving ter redding van de vrouw pleegt, nooit gestraft is. Hoe ver nu het recht om de embryo te ver-

---

1) C. Stooss: Chir: Operation pag. 65—73.
In zijnen geest L. Oppenheim: Das ärztliche Recht. pag. 82.
R. Jungmann. Das Verbrechen der Abtreibung. München 1893.

nietigen gaat en wien het geoorloofd is, staat niet vast, zooals STOOSS dan ook zelf erkent. Het reikt evenwel niet verder dan de behandeling der moeder het eischt; maar zoowel medici als leeken mogen straffeloos vruchtafdrijving in 't belang der vrouw plegen.

De lege ferenda zegt STOOSS dan ook: „Da dieser Rechtszustand zu zweifeln Anlass geben kann, so wird es Aufgabe der Gesetzgebung sein, auch diesen Fall zu regeln, sei es im Sinne der Romanischen Kantonalgesetze, sei es im Sinne des Schweizerischen und Norwegischen Entwurfs". [1])

In dezen zin ook OPPENHEIM [2]) en JUNGMANN [3]) Hiertegen valt op te merken, dat wanneer onze wet zonder éénige uitzondering strafbaar stelt het dooden en afdrijven der vrucht eener vrouw, wij niet op grond van het gewoonterecht eene uitzondering mogen aannemen. Artikel 3 der Wet houdende Algemeene Bepalingen: „gewoonte geeft geen recht, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst" geldt in ons strafrecht absoluut. (Zie Hoofdstuk I, § 2, A, d.)

f.

De lezer meene niet, dat hij thans kennis genomen heeft van alle op dit punt verkondigde theorieën. Verre van dien. Wij achten het evenwel voor het onderwerp van dezen arbeid voldoende, de meest verspreide meeningen korte-

---

1) De bespreking dezer wetgeving en ontwerpen volgt in § 3 van dit Hoofdstuk.

2) Oppenheim laat de moeder de keus tusschen perforatie en keizersnede en zegt dan: „Trifft sie eine Wahl, so is derjenige ärztliche Zweck, welchen sie gewählt hat, für den Arzt massgebend und zu dem erforderlichen Eingriff — Abtreibung, bezw: Perforation einerseits und Kaiserschnitt andererseits — *gewohnheitsrechtlich* berechtigend."

3) Jungmann verschilt in zooverre van meening met Stooss, dat hij op pag. 36 zegt, dat er een „Lücke" in de wet is. Stooss vindt dit niet; hij vindt het natuurlijk, dat de wet geen uitzonderingsbepaling bevat. „Diese Unterlassung ist nur dann erklärlich, wenn der Gesetzgeber annimmt, die Ausnahme von der Strafpflicht brauche nicht erst *begründet* zu werden, sie *bestehe* schon."

lings weer te geven. De opvattingen van WÄCHTER [1]), WILDE [2]), v. LILIENTHAL [3]), die nog op het oude standpunt staan „foetus portio mulieris vel viscerum" en het ongeboren kind gelijk stellen met een arm of ander lichaamsdeel, zijn reeds zoo lang geleden en zoo vaak weerlegd, dat eene herhaling overbodig schijnt. De opvatting van HYE-GLUNCK [4]) is te zonderling en te duister om besproken te worden. Curiositatis causa wil ik den lezer de theorie van JANOULI [5]) geven. Wanneer een meisje besluit een huwelijk aan te gaan, dan neemt zij de gevaren, aan zwangerschap en bevalling verbonden, op zich, doch ze neemt niet aan, haar eigen leven voor hare kinderen te geven; integendeel, ofschoon zij de gevaren kent, hoopt zij dat alles goed af zal loopen of dat zij door geneeskundige hulp in 't leven gehouden zal worden. Verder zegt hij: In diesem Glauben lässt das Weib sich willig finden, den Zeugungsact zu vollziehen d. h. ein Vertrag mit dem Staate zu schliessen, wodurch es sich verbindlich macht, dem Staate zwar Bürger zu liefern, sei es auch mit Gefahr seines Lebens, aber insofern diese Gefahr unabwendbar ist.

JANOULI meent, dat de geheele samenleving op een verdrag berust; doch daar deze theorie reeds lang geleden te recht verworpen is, meen ik, dat ook zijn opvatting over de perforatie moet verworpen worden.

Wie zegt, dat dit verdrag bovendien den inhoud zou hebben, dien JANOULI zich voorstelt?

Ik acht verderen commentaar op deze en dergelijke

---

1) Wächter: Lehrbuch des Röm. Strafrechts 1826 II p. 120.

2) Wilde: Das weibliche Gebärunvermögen. Berlin 1838.

3) v. Lilienthal: Die Pflichtmässige ärtzl. Handlung. enz.

4) Hye-Glunck: Commentar zum Oesterr. Strafgesetzb. Hij tracht met een beroep op § 2 van het Oostenr. Wb. de straffeloosheid te verklaren: Die Handlung oder Unterlassung wird nicht als Verbrechen zugerechnet, wenn ein solcher Irrtum mittunterlief, der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen liess.

5) Janouli. Ueber Kaiserschnitt und Perforation in Gerichtlich-medicinischer Beziehung. Heidelberg 1834.

theorieën overbodig. Geene van alle is bij machte om voor ons recht de straffeloosheid van den accoucheur te staven, en ik moet bij mijn stelling blijven, dat voor den medicus geen rechtvaardigingsgrond te vinden is en dat hij dus c.q. ex art. 296 of 297 gestraft moet worden.

---

§ 3. De jure constituendo.

Nu wij gezien hebben, dat artikel 296 of 297 van toepassing is op den medicus, die zonder of met toestemming der vrouw ter redding van haar leven de vrucht afdrijft of doodt, is het de vraag of deze bepalingen onveranderd in ons Wetboek behooren te blijven, of dat het wenschelijk is eenige verandering aan te brengen, opdat de medicus in het bedoelde geval eene strafrechtelijke vervolging ontga.

Wij zijn vóór verandering onzer wetsartikelen. Wij zouden den medicus, die, wanneer *óf* èn moeder èn vrucht, *óf* alleen deze laatste moet sterven, alle mogelijke moeite aanwendt om te voorkomen, dat beiden verloren gaan, straffeloosheid willen waarborgen.

Dat ons hier oppositie wacht, weten wij. Wie herinnert zich niet, hoe ongeveer een jaar geleden de gemoederen in beweging zijn gebracht door het opstel van Prof. HECTOR TREUB, geschreven naar aanleiding van het bekende voorval te Haarlem [1]). Wij mogen veronderstellen, dat de lezers kennis gemaakt hebben met dit belangrijk geschrift, waarin TREUB den strijd aanbindt tegen de uitspraak van het Heilig Officie, waarbij elke opoffering van de vrucht absoluut en zonder eenige restrictie verboden wordt. Doen het antwoord van Dr. V. OPPENRAAY en Prof. VLAMING op TREUB'S geschrift, TREUB'S

---

1) Zie Tijdschrift voor Strafrecht. Deel XIV pag. 167. „Art. 307 bis van het Wetboek van Strafrecht". Eene overdruk is te vinden in de brochure: „Het levensrecht der ongeboren vrucht" Haarlem 1901, Strijdschriften van Prof. H. Treub, Dr. H. van Oppenraay en Prof. Dr. Th. Vlaming.

repliek en VLAMING'S dupliek ons niet een warmen strijd aanschouwen, waarin de partijen met al het hun bezielend vuur streden en geene voor hunne respectieve opvattingen pleitende argumenten spaarden. Zij bleven niet op juridisch terrein, zij betraden het gebied der ethiek.

Zou het noodig zijn in dit proefschrift alle argumenten tegen de leer van het Heilig Officie te herhalen; deze met minder bekwame pen te verdedigen dan waarmede professor TREUB dit reeds deed; zouden wij moeten trachten nog eens Prof. VLAMING'S woorden te ontzenuwen, om ten slotte toch geen stap verder te komen dan TREUB na zijne repliek kwam?

Toch kunnen wij niet nalaten even de aandacht te wijden aan Prof. VLAMING'S betoog, ten einde eenige juridische bezwaren te ontvouwen, welke wij daartegen meenen te mogen aanvoeren.

Prof. VLAMING schijnt de meening toegedaan te zijn, dat het aloude gebod: „Non occides" niet alleen een onvoorwaardelijk gebod is van de ethiek, maar ook van het *recht* [1]). Ons protest tegen deze opvatting kunnen wij niet verzwijgen. Erkent ons *recht* dan geen noodrecht? Schenkt ons *recht* dan niet hem, die in noodtoestand verkeert de bevoegdheid ter redding van zijn leven dat van een ander op te offeren? Wanneer twee schipbreukelingen zich op zee vastklemmen aan een balk, die slechts een hunner kan dragen, heeft A dan niet het recht zich ten koste van B's leven te redden?

VLAMING, het bekende geval der „Mignonette" besprekend, zegt [2]): „Een zelfde gewetenszalf gebruikten de twee reeds genoemde schipbreukelingen van het Engelsche jacht „Mignonette", Dudley en Stevens, toen zij na zeventien dagen van zwalken en hongerlijden, ten slotte kannibalen werden en zich vergrepen aan hun veel jeugdiger en door uitputting geheel weerloozen lotgenoot. Immers die was vrijgezel, zij waren huisvaders!

---

1) pag. 96 en vlg. der brochure.
2) pag. 98 der brochure.

Maar wij zagen hierboven reeds dat de rechter COLERIDGE die zalf als kwakzalf beschouwde. . . . ."

Evenzeer als wij moeten toegeven, dat Dudley en Stevens niet de regelen der hoogste moraal volgden, evenzeer moeten wij 't als onze meening uitspreken, dat het in deze zaak gewezen vonnis ons niet behagen kan [1]). Er viel niet te beoordeelen of de daders zich voor hun geweten konden verantwoorden; het was slechts de vraag, in hoeverre zij zich voor het *recht* konden verdedigen. In hun geval was een beroep op noodtoestand voldoende om zich voor straf te vrijwaren.

Ook ons recht kent den noodtoestand, alhoewel hij bij ons niet in eenig artikel uitdrukkelijk is omschreven. Daarentegen is in het recht van vele andere landen de noodtoestand uitdrukkelijk erkend. Zoo in Duitschland, waar het vrijwel als vaststaand wordt aangenomen, dat een beroep op noodtoestand de wederrechtelijkheid van het strafbare delict opheft. Op grond van de civiel-rechtelijke bepalingen neemt men aldaar ook voor het strafrecht een „noodrecht" aan; de oudere opvatting als zou de straffeloosheid van den in noodtoestand verkeerende haren grond vinden in diens ontoerekenbaarheid wordt in Duitschland als onjuist beschouwd [2]).

---

1) Binding, Handbuch pag. 762 noot 25, noemt dit vonnis: „ein materiell höchst ungerechtes Urteil."

Van Praag — „Misdrijf in nood gepleegd", Diss. A'dam 1885 — pag. 80 vlg. gelooft, dat de rechter juist oordeelde voor het Engelsche recht, niet voor het recht in abstracto. Het Eng. recht kent, volgens hem, geen noodtoestand.

2) Naar aanleiding van de §§ 228 en 904 van het Bürgerliches Gesetzbuch en § 54 van het Strafgesetzbuch zegt van Liszt, — Lehrbuch XIe uitgave, pag. 127 —: „Eine scharfe und den Bedürfnissen des Rechtslebens entsprechende Ausbildung des Begriffes suchen wir in der Wissenschaft ebenso vergeblich wie in der Gesetzgebung.

Nachdem die Anschauung der ältern naturrechtlichen Schule, nach welcher im Nothstande die Rechtsordnung selbst als aufgehoben erscheint (so *Grotius, Pufendorp, Wolff, Fichte, Grolman, v. Wächter*) aufgegeben worden war, gewann die, im Anschlusse an *Kant, von Feuerbach*, zahlreichen *italienischen* und *französischen* Juristen sowie einzelnen deutschen

Dat het *recht* dus niet onvoorwaardelijk het »Non occides« erkent, meenen wij hiermede duidelijk genoeg aangetoond te hebben [1]).

Evenmin mogen wij nalaten te protesteeren tegen de bewering, als zoude het uterine leven door het *recht* evenzeer geëerbiedigd worden als het extra-uterine [2]).

Ware dit juist, waarom zouden dan de wetgevers van alle landen — voor zoover ons althans bekend — afzonderlijke bepalingen gemaakt hebben tegen vruchtafdrijving en het dooden der vrucht eener vrouw en tegen die misdrijven minder zware straffen bedreigd hebben dan tegen de misdrijven tegen reeds geborenen? Waarom wordt in ons art. 287 gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaar bedreigd tegen hem, die een ander van het leven berooft, terwijl art. 296 hem, die opzettelijk de afdrijving of den dood der vrucht van eene vrouw zonder hare toestemming veroorzaakt, straft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren?

Schriftstellern (inbesondere *Geyer*) vertretene Ansicht, dass der durch den Notstand verursachte unwiderstehliche Zwang die Zurechnungsfähigkeit ausschliesse, die Herrschaft in Gesetzgebung und Wissenschafft. Heute kann sie als allgemein aufgegeben betrachtet werden. Die heutige Auffassung geht davon aus, dass das Wesen des Notstandes in einem Widerstreit berechtigter Interessen besteht, von welchen jedes nur auf Kosten des andern erhalten werden kann. Unter gewissen Voraussetzungen, inbesondere bei Wahrung eines überwiegenden Interesses, ausnahmsweise aber auch, wenn gleichwertige Interessen einander gegenüberstehen, gewährt die Rechtsordnung dem Bedrohten das N o t r e c h t seine Interessen durch Aufopferung fremder Interessen zu wahren. Das ist im wesentlichen auch der Standpunkt des B. G. Bs. für das Deutsche Reich, durch das die rechtliche Behandlung des Notstandes auf völlig neue Grundlagen gestellt worden ist. Daraus aber ergiebt sich mit Notwendigheit die Einreihung des Notstandes unter jene Umstände, durch welche (nicht etwa nur die Strafbarkeit, sondern) d i e R e c h t s w i d r i g k e i t des Thuns oder Unterlassens a u s g e s c h l o s s e n wird.

1) Zie ook: Mr. Feith, in het Rechtsgeleerd Magazijn XXIe Jaargang, Afl. 3, p. 345 vgl.

2) Mr. Feith, t. a. p. 247, meent, dat het uterine leven evenzeer geëerbiedigd wordt als het extra-uterine.

Waarom zou onze wet de moeder, die onder de werking van vrees voor de ontdekking van hare bevalling, haar kind bij of kort na de geboorte opzettelijk van het leven berooft, straffen met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren (art. 290), terwijl zij slechts ten hoogste drie jaar bedreigt tegen de vrouw die opzettelijk de afdrijving of den dood van hare vrucht veroorzaakt of laat veroorzaken (art. 295), indien zij niet aan het extra-uterine leven eene hoogere waarde toekent dan aan het uterine? Men moge twisten over de vraag, waar de juiste grens tusschen beide levens behoort getrokken te worden[1]), een niet te loochenen feit is het, dat de wet het onderscheid kent en zooals uit de strafbepalingen ten duidelijkste blijkt, meer waarde hecht aan den geboren mensch dan aan den nog niet geborenen.

Zonder de beide bovengenoemde opmerkingen, waaraan Prof. TREUB weinig of geen aandacht schonk, te vermelden, meenden wij de brochure »Het levensrecht der ongeboren vrucht« niet ter zijde te mogen leggen.

Over het ethisch en godsdienstig gedeelte van het vraagstuk willen wij zoo weinig mogelijk uitwijden; dit zou ons te ver voeren en wij willen daarom slechts als onze overtuiging te kennen geven, dat 't niet alleen niet onverstandig, doch volstrekt niet immoreel is de vrucht te offeren, waar anders én moeder én vrucht door den dood zouden worden weggerukt. Ja, 't lijkt ons hoogst immoreel, de moeder te offeren om slechts een dood kind te zien geboren worden. Met TREUB weigeren wij te erkennen de juistheid van de uitspraak van het H. Officie; zij strijdt met ons rechtsgevoel, met ons ethisch gevoel; zij is ons niets meer dan eene dwaling, uitgegaan van een college van feilbare menschen.

De hier uitgesproken meening is niet alleen de onze, doch die van de meerderheid van het Nederlandsche volk.

---

1) Zie de dissertatie van T. H. Dorama: Het dooden van een kind en van de vrucht eener vrouw. A'dam 1891 en de aldaar aangehaalde schrijvers.

Is het nu wenschelijk, dat onze wet blijve luiden, zoo als zij thans luidt? Is het nog niet hoog tijd, dat onze wet in dien zin gewijzigd wordt, dat veroordeeling van den medicus, die de vrucht ter redding der moeder offert, eene onmogelijkheid wordt.

Men vleie er zich niet mede, dat zulk eene veroordeeling nog nooit is uitgesproken. Deze gelukkige omstandigheid is te danken aan het wijs beleid van ons O. M. Ons Wetboek van Strafvordering kent gelukkig het opportuniteitsbeginsel, het beginsel dat het O. M. niet verplicht is tot eene strafrechtelijke vervolging over te gaan, indien het de meening is toegedaan, dat het belang van den Staat, waarvoor het te waken heeft, eer geschaad dan gebaat wordt door eene vervolging.

Dank zij dit beginsel, dank zij het goede inzicht en het wijs beleid onzer staande magistratuur is het nog nooit voorgekomen, dat een medicus vervolgd is wegens vruchtafdrijving, verricht ter redding van het leven der vrouw.

Evenwel zou ik het voor de medici nog veiliger achten, indien eene wetsbepaling hun dezen waarborg schonk. 't Is thans niet onmogelijk, dat een Officier van Justitie, de leer van het H. Officie voor juist erkennend, tot eene vervolging overgaat. Den rechter blijft alsdan niets over dan toepassing van art. 296 of 297 en tot belooning, dat hij van twee levens er één gered heeft, inplaats van beide verloren te laten gaan, zou de medicus kennis moeten maken met de gevangenis.

Zou het nu eene onbillijkheid tegenover de Katholieken zijn, wanneer eene uitzonderingsbepaling op art. 296—298 werd opgenomen voor den medicus, die op zuiver wetenschappelijke gronden ter redding van het leven der vrouw de vrucht doodt of afdrijft? Geenszins. Immers het staat elke vrouw vrij den geneeskundige te verbieden tot de perforatie over te gaan. Niemand kan haar beletten zich ten doode te wijden. Tenachterstelling hunner godsdienstige belangen kan den Katholieken dus nooit een reden zijn, zich tegen wetsverandering te verklaren.

Dat wij steeds aan de aloude leuze: „vrijheid van godsdienst", getrouw willen blijven, blijkt ook hieruit, dat wij onvoorwaardelijk een artikel 307*bis*, zooals dat door Prof. H. TREUB is voorgesteld, afkeuren. Het artikel zou volgens hem moeten luiden: „Degene, die een ander verbiedt en daardoor, of op eenigerlei andere wijze, verhindert voor zijn lijden geneeskundige hulp in te roepen of de aangeboden geneeskundige hulp aan te nemen, wordt wanneer dat lijden den dood tengevolge gehad heeft, gestraft met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste negen maanden." Prof. TREUB zegt zelf, bij het neerschrijven van dit artikel het oog gehad te hebben op den R. K. geestelijke, die de vrouw belet (niet physiek doch natuurlijk psychisch) ter redding van haar leven hare vrucht te laten perforeeren, m. a. w. belet, zich zelve te laten redden.

Juist ter handhaving van het groote beginsel, „godsdienstvrijheid", schromen wij Treub's ontwerp mede te onderteekenen. Door het opnemen van artikel 307*bis* zou het den priester verboden zijn, de vrouw aan hare godsdienstplichten, aan het voorschrift van het H. Officie, te herinneren. Wij geven gaarne toe, dat de R.K. priesters op de zieken een verbazenden invloed kunnen uitoefenen, doch ten slotte hebben toch de patiënten het laatste woord te spreken. Zij, die zich niet aan het voorschrift van het H. Officie wil onderwerpen, kan daartoe niet gedwongen worden.

Wij gelooven dat TREUB te ver gaat. De invoering van een artikel 307*bis* zou gelijkstaan met belemmering van de uitoefening van den R.K. godsdienst. [1])

Moge thans duidelijk gemotiveerd zijn, waarom wij luide om wetsherziening roepen.

Laten wij er ons dus thans toe bepalen, naar zulk eene wetsbepaling te zoeken.

---

1) Zie de verdere opmerkingen over het voorgestelde artikel bij Feith, t. a. p. pag. 339 vlgg.

In de eerste plaats zullen wij nog eens terugkeeren naar de reserve, door Minister MODDERMAN geschrapt. Men zal zich herinneren, dat op advies van den Raad van State, Minister SMIDT zijn artikel had doen luiden: »Hij die, behalve in geval van levensgevaar voor de vrouw of de vrucht", enz. Ook hebben wij getracht in § 1 te betoogen, dat de gronden, welke den Minister MODDERMAN er toe leidden de woorden te schrappen, niet gelukkig gekozen waren. Toch achten ook wij het niet wenschelijk de reserve op te nemen, maar op andere gronden.

In de allereerste plaats zouden wij dan willen weglaten de woorden »of de vrucht". Immers het eenige geval, waarin ze dienst zouden kunnen doen, is het geval der partus arte praematurus, en nu is al — ook in § 1. — aangetoond, dat het opwekken van partus arte praematurus nooit onder afdrijving gebracht kan worden en dat er van opzettelijk dooden evenmin sprake kan zijn. De medicus is voor het opwekken van partus arte praematurus dus nooit strafrechtelijk aansprakelijk. Wij zouden kunnen volstaan met de clausule »behalve ingeval van levensgevaar voor de vrouw."

Doch ook deze zinsnede kan ons niet voldoen, want niet alleen de medicus, maar ieder ander zou dan in zulk een geval vruchtafdrijving kunnen plegen of de vrucht kunnen dooden zonder met den strafrechter in aanraking te komen ex art. 296 of 297. Een ieder, die dus als zijne meening te kennen gaf, dat er gevaar was voor de vrouw, zou niet strafbaar zijn. Zou men echter de clausule zóó willen opvatten, dat *objectief* beoordeeld moest worden of er levensgevaar was, dan zou men weêr de moeilijkheid krijgen, dat een medicus, die geheel te goeder trouw meenende, dat er levensgevaar was, afdrijving gepleegd had, terwijl echter bleek dat er geen levensgevaar geweest was, wel veroordeeld zou kunnen worden. Dit is toch niet wenschelijk?

Als laatste bezwaar moet nog vermeld worden — en daar heeft de Minister ook op gewezen — dat in elk concreet geval, het O. M. zou moeten bewijzen, dat de afdrijving of

dooding niet geschiedde ter redding der vrouw, en dit bewijs is niet gemakkelijk te leveren.

Nu zegt J. W. SMIDT [1]) — hem kan de reserve ook niet voldoen — »dit laatste bezwaar zou worden opgeheven, indien de uitzondering als fait justificatif werd opgenomen: b. v. door bij twee of drie artikelen een nieuw lid te voegen van dezen inhoud: niet strafbaar is het feit, wanneer de afdrijving of dood plaats had ter afwending van levensgevaar voor de vrouw". Toch kan noch hem, noch ons deze oplossing voldoen; al zou het laatste bezwaar vervallen, de andere blijven bestaan.

Daarna stelt SMIDT op pagina 66 en 67 een onderzoek in, of het niet wenschelijk zou zijn, ons geval te behandelen naar het voorbeeld van art. 168 en in te voegen het woordje »wederrechtelijk". Zijn resultaat is, dat dit groote bezwaren met zich zou brengen. »Gelijk het", zoo zegt hij, »voor de toepassing van artikel 168 de taak van den handelswetgever is, om te bepalen, wanneer iemand een vaartuig mag of moet doen stranden, zoo zou ook, om aan het bedrijf van den vroedmeester bij afdrijving het karakter van wederrechtelijkheid te ontzeggen, het de taak des wetgevers zijn in eene medische wet te bepalen, in welke gevallen de medicus de vrucht eener vrouw zou mogen opofferen. Voor die moeilijkheid geplaatst, zou hij er vermoedelijk voor moeten terugdeinzen".

Ook dit zou dus geen resultaat opleveren.

Evenmin kan ons behagen de redactie, die Minister CORT VAN DER LINDEN aan het art. zou willen geven. Hij stelt voor (Ontwerp tot herziening van het Wb. v. Sr., Belinfante I. p 107) in plaats van de woorden: »opzettelijk de afdrijving of den dood der vrucht van eene vrouw" te lezen: „zonder genees-, heel- of verloskundige bevoegdheid of opzettelijk met overschrijding van die bevoegdheid den dood der vrucht

---

1) Vrije uitoefening der geneesk. en Sw. pag. 66.

van eene vrouw of de afdrijving van hare vrucht, hetzij deze nog leeft, hetzij deze reeds dood is."

Velen zullen nu meenen, dat de geneeskundige zijn bevoegdheid overschrijdt, wanneer hij ter redding van het leven der vrouw de vrucht doodt of afdrijft; zij zeggen immers: men mag onder geen voorwendsel de vrucht opofferen, zelfs niet al geldt het het leven der moeder. Daarom lijkt ook deze redactie geen verbetering.

Laat ons dus nu eens 't oog wenden naar het buitenland. De Zwitsersche kantons hebben wèl gedacht aan ons geval. Artikel 228 der strafwet van het kanton Waadt luidt: Les gens de l'art tels que médecins, chirurgiens, accoucheurs, pharmaciens, sages-femmes qui, hors les cas où cela est nécessaire pour sauver la mère, procurent un avortement ou qui aident à le procurer, sont punis . . . . . etc.

De beide bezwaren, die wij dus maakten tegen de reserve, die in het ontwerp stond, zijn verdwenen: 1° staat er alleen: pour sauver la mère en 2° geldt de gunstige bepaling slechts voor den medicus, apotheker, enz. Nog al vreemd komt 't ons voor, dat ook apothekers genoemd zijn. Ik zou de gunstige uitzonderingsbepaling liever alleen ten bate van werkelijke deskundigen, dus alleen artsen en vroedvrouwen, laten strekken.

In den geest van het artikel in Waadt, hebben ook Freiburg [1]) en Tessino [2]) een artikel in hun strafwetboek opgenomen. Eenigszins anders is het in Genève; art. 272 luidt: »Dans les cas des articles 269 et 270, si le coupable est médecin, chirurgien, sage-femme ou pharmacien, et qu'il ait volontairement administré ou sciemment indiqué un moyen d'avortement, hors les cas où la science médicinale exige l'emploi d'un des moyens pour éviter un mal plus grand, il sera puni . . . . ."

---

1) art. 138.
2) art. 326 § 2.

Hier bestaat dus ook weêr eene gunstige uitzonderings bepaling voor deskundigen; zij worden niet aansprakelijk gesteld, ingeval de geneeskunde afdrijving of het dooden der vrucht vereischt om een grooter kwaad te vermijden. Dit grooter kwaad behoeft dus niet per se de dood van de moeder te zijn. De text van het artikel sluit allen twijfel omtrent de juiste bedoeling van den wetgever niet uit. De bedoeling kan zijn, dat niet de rechter, doch de medische wetenschap te beoordeelen zal hebben of het vermeden kwaad een grooter kwaad is dan de afdrijving of de dood der vrucht. Het lijkt ons zeer dubieus of deze opvatting wel goed is; want is het niet beter, dat de *rechter* beslist welk kwaad grooter is? Stel u b.v. het geval, dat de medicus de vrucht eener vrouw afdrijft, omdat hij voorziet, dat de vrouw wel niet in levensgevaar verkeert, doch dat zij na hare bevalling toch altijd sukkelend en ziekelijk zal blijven. Moet nu de medische wetenschap beslissen of de afdrijving van de vrucht of de ziekelijkheid der vrouw een grooter kwaad is? Ons dunkt dat de medische wetenschap geen antwoord hierop geeft. Het behoort de taak des rechters te zijn dit te beslissen. Nu kan het artikel ook anders opgevat worden, namelijk zóó, dat het de bedoeling is, dat de rechter zal te beslissen hebben, en dat er met de woorden »où la science médicinale exige l'emploi" etc. bedoeld is, dat de rechter bij de beoordeeling geen andere redenen in aanmerking mag nemen dan *gezondheidsredenen*: dat b.v. de rechter niet als erger kwaad mag aannemen, dat een ongehuwde vrouw moeder zou worden of dat menschen, wier vermogen dit niet toelaat, kinderen ten hunnen laste zouden krijgen. Aldus opgevat lijkt het artikel mij niet overstandig.

Artikel 312 van de Neuenburger wet heeft de moeilijkheid weêr op eene eenigszins andere wijze opgelost. „Le médecin qui provoque l'avortement dans le but de sauver la vie de la femme enceinte ne commet aucun délit."

De fout, die ik in de vorige wetsartikelen vond, dat ook apothekers abortus mogen plegen in dit bijzondere geval, is

vermeden. Nog een ander onderscheid is er tusschen deze en de vorige wetten. Hier berust de niet strafbaarheid van den medicus niet op de *noodzakelijkheid* zijner handeling, doch op het *doel*, waarmede hij het feit begaat, wat een groot onderscheid maakt.

In een geheel andere richting zal in Zwitserland de niet aansprakelijkheid van den medicus gezocht moeten worden, wanneer het ontwerp eener wetgeving voor geheel Zwitserland wet geworden zal zijn. Daarin is niet meer eene bijzondere uitzonderingsbepaling opgenomen op de artikelen over vruchtafdrijving, doch dit ontwerp maakt het mogelijk, dat de medicus zich beroept op noodtoestand. Art. 20 van het ontwerp luidt: Wer eine als Verbrechen bedrohte That begeht um Leben, Leib, Ehre, Freiheit, Vermögen oder ein anderes Gut für sich oder einen Andern aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren, Gefahr zu erretten, ist straflos, wenn ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte das gefährdete Gut preis zu geben.

De noodtoestand is in dit ontwerp zóó ruim genomen, dat ieder, die een ander, die in noodtoestand verkeert en wien het niet „zugemutet werden kann" dat hij hem in den steek laat, zich ook op noodtoestand kan beroepen. Ook wezen wij er reeds op, waar we spraken over noodtoestand, dat het Noorsch ontwerp zulk een beroep toelaat.

Immers, men kent daarin tweeërlei soort noodtoestand, 1e. die, waarin de persoon verkeert, die zich zelf in nood bevindt en 2e. die, waarin hij verkeert, die eene handeling verricht, voorgenomen »um jemandes Person oder Eigenthum aus einer auf andere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr zu retten, wenn ihm (dem Thäter) diese im Verhältniss zu dem Schaden, der durch seine Handlung verursacht werden konnte, besonders gross erscheinen musste«.

Wij achten het 't beste, de oplossing te zoeken in den zin der wetten van de Zwitsersche kantons: te zoeken dus naar eene uitzonderingsbepaling op de artt. 296 en 297 Sr.

Dadelijk zullen wij dan van de Neuenberger wet overnemen het goede voorbeeld om de uitzondering niet ook ten bate van apothekers te doen strekken. Dat zijn menschen die niet aangewezen zijn om te beoordeelen of vruchtafdrijving noodig is ter redding van het leven der vrouw.

Wanneer moet het nu den geneeskundige vrij staan, zich te beroepen op die uitzonderingsbepaling? O. i. alléén, wanneer hij de handeling verricht heeft ter redding van het leven der vrouw, en niet, wanneer hij de handeling verricht heeft om een grooter kwaad te vermijden," zooals de wet van Genève luidt. In het feit, dat de vrucht eenmaal mensch zal worden, vind ik een reden om te verlangen, dat deze nooit afgedreven of gedood mag worden dan alleen wanneer het behoud der vrucht de moeder het leven zou kosten. De uitdrukking „pour éviter un mal plus grand" lijkt ons te ruim.

Hoe zal nu onze bepaling behooren te luiden?

„Niet strafbaar is de geneeskundige, die opzettelijk den dood der vrucht van eene vrouw of de afdrijving van hare vrucht, hetzij deze nog leeft, hetzij deze reeds dood is [1]), veroorzaakt, *indien dit ter redding van het leven der vrouw geboden is*", of *„indien hij dit ter redding van het leven der vrouw noodzakelijk acht.*"

Ons dunkt dat de laatste redactie wel te verkiezen is boven de eerste. Nemen wij de eerste redactie aan, dan zouden wij voor de moeilijkheid komen te staan, dat een medicus, die geheel te goeder trouw meenende, dat het leven der vrouw op het spel stond, hare vrucht afdreef, gestraft

---

1) De woorden „dood der vrucht eener vrouw of afdrijving van hare vrucht, hetzij deze nog leeft, hetzij deze reeds dood is" ontleenen wij aan het ontwerp Cort v. d. Linden. Deze minister wenschte het twijfelbare punt door den wetgever beslist te zien en de beslissing of afdrijving eener doode vrucht ook strafbaar is, niet langer aan de jurisprudentie over te laten. In § 1 is betoogd, dat naar onze wet de afdrijving eener doode vrucht niet strafbaar is: de jure constituendo zijn wij niet tegen eene oplossing in anderen zin; immers zoodra er levensgevaar komt voor de vrouw mag de medicus toch tot afdrijving overgaan. Vergelijk Mem. v. Toel. Belinfante I p. 143.

zou moeten worden, indien naderhand bleek dat er geen levensgevaar geweest was. Nemen wij daarentegen de laatste zinswending aan, dan zal dit bezwaar uit den weg geruimd zijn. Evenwel moeten we oppassen nu weer niet van de Scylla in den Charibdys te vallen.

De mogelijkheid dat een medicus klakkeloos, zonder eenigen degelijken grond, zou kunnen zeggen : „ik achtte de afdrijving noodzakelijk in het belang der vrouw," moet vermeden worden. Dit is de reden, waarom wij nog wenschen in te lasschen de woorden »*op redelijke gronden*«. Wij verlangen van den medicus, dat hij 't ernstig meent, dat hij zich weet te verdedigen. Al bleek dan ook later zijn zienswijze verkeerd, hij zou toch gedekt zijn tegen eene veroordeeling.

Nog één opmerking. Het komt ons voor, dat de geneeskundige bij de verrichting der bovenbedoelde handelingen behoort te werk te gaan volgens de regelen der medische wetenschap. Het dooden der vrucht, bijvoorbeeld door middel van eene kaars, zooals meestal bij strafbare afdrijving geschiedt, acht ik voor den medicus ongepast.

Dit alles doet ons er toe besluiten, den wensch uit te spreken, dat wij gaarne zouden zien opgenomen in ons Wetboek van Strafrecht een artikel 298bis, luidende :

»*Niet strafbaar is de geneeskundige, die volgens de erkende regelen der geneeskunde opzettelijk den dood der vrucht van eene vrouw of de afdrijving van hare vrucht, hetzij deze nog leeft, hetzij deze reeds dood is, veroorzaakt, indien hij dit op redelijken grond ter redding van het leven der vrouw noodzakelijk acht.*

Eerst na de opneming van zulk een artikel zou, dunkt ons althans, de medicus, die werkelijk ter redding der vrouw hare vrucht afdrijft of doodt, gevrijwaard zijn voor eene strafrechtelijke vervolging.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Jure Romano kon iemand voor een ander bezit verwerven, zonder dat hij tegenover den tradent verklaard had als tusschenpersoon te handelen.

II.

Ten onrechte beweert JOHN STUART MILL — Book V, Chapter II, § 4, van zijn „Principles of Political Economy" —:
„The principle of equality of taxation interpreted in his only just sense, equality of sacrifice, requires, that a person, who has no means of providing for old age, or for those in whom he is interested, except bij saving from income, should have the tax remitted on all that part of his income, which is really and *bona fide* applied to that purpose".

III.

De voogd, die zijnen pupil in eenig gesticht van weldadigheid heeft doen opnemen en dientengevolge onder voogdij der regenten van dat gesticht heeft gesteld, is bevoegd den pupil wederom uit het gesticht te nemen.

IV.

Het legaat van eene bepaalde zaak, aan den erflater toebehoorende, is eene wijze van eigendomsverkrijging.

V.

Het bepaalde bij art. 1081 van het Burgerlijk Wetboek omtrent de zekerheidstelling der beneficiaire erfgenamen en bij gebreke daarvan, de benoeming van eenen beheerenden curator, is niet toepasselijk, zoolang het bezit duurt van den exécuteur-testamentair, aan wien door den erflater het bezit der nalatenschap is toegekend.

VI.

De verdiepingen van een huis kunnen niet aan ververschillende personen in eigendom toebehooren.

VII.

Wanneer in het faillissement van eenen herverzekerden verzekeraar een akkoord is gehomologeerd, tengevolge waarvan deze aan den verzekerde slechts een zeker aantal procenten behoeft uit te keeren, is de herverzekeraar niettemin verplicht het geheele door den verzekeraar aan den verzekerde verschuldigde bedrag aan den verzekeraar uit te keeren.

VIII.

Na opheffing van het faillissement wegens gebrek aan actief, kan de schuldenaar niet meer in gijzeling gesteld worden, wegens schulden vóór de faillietverklaring gemaakt.

IX.

Indien de gefailleerde is een onder voogdij of curateele gesteld persoon, zijn de artt. 91, 105 en 116 der Faillissementswet niet op hem zelf van toepassing, doch op zijnen wettelijken vertegenwoordiger.

X.

Hulploon is ook dan verschuldigd, wanneer dezelfde persoon reeder is van het schip, dat hulp verleent en van het schip, waaraan hulp verleend wordt.

XI.

Art. 757 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering behoort in dien zin uitgelegd te worden, dat beslag op bezoldigingen en pensioenen als regel toegelaten is en dat slechts bijzondere wetten op dezen regel eene uitzondering kunnen maken.

XII.

Afdrijving van de doode vrucht eener vrouw is niet strafbaar.

XIII.

De weduwe, die het kind, dat kort na den dood van haren echtgenoot bij haar verwekt is, door partus arte praematurus laat ter wereld komen, ten einde het als wettig te doen beschouwen, valt niet onder het bereik van artikel 295 van het Wetboek van Strafrecht.

XIV.

Wenschelijk is 't, in het Wetboek van Strafrecht een artikel 298bis op te nemen, luidende: Niet strafbaar is de geneeskundige, die volgens de erkende regelen der geneeskunde opzettelijk den dood der vrucht van eene vrouw of de afdrijving van hare vrucht, hetzij deze nog leeft, hetzij deze reeds dood is, veroorzaakt, indien hij dit op redelijken grond ter redding van het leven der vrouw noodzakelijk acht.

XV.

Er zijn geen andere gronden, welke de wederrechtelijkheid van een strafbaar feit opheffen, dan de in de wet genoemde.

XVI.

Onder goederen tot de kleedij, in art. 439 van het Wetboek van Strafrecht bedoeld, behoorende, zijn te verstaan die kleedingstukken, welke geheel model zijn; niet ook die, welke buiten model zijn, al wordt het dragen er van ook openlijk of oogluikend toegestaan.

Onder het bereik van dat artikel valt ook koop en verkoop met recht van wederinkoop der daarin bedoelde kleedingstukken.

XVII.

Wanneer de Rechtbank gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid, haar bij artikel 212 van het Wetboek van Strafvordering toegekend, kan zij ook nog artikel 193 van dat Wetboek toepassen.

XVIII.

Onder „beklaagde" in artikel 193, alinea 3, van het Wetboek van Strafvordering is niet te verstaan de beklaagde, die verstek heeft laten gaan.

XIX.

Het vaststellen der legerorganisatie bij de wet is niet alleen op utiliteitsgronden af te keuren, doch is zelfs in strijd met de letter en den geest van de Grondwet.

XX.

Het te baat nemen eener troonsbestijging of van eene andere belangrijke gebeurtenis, om op ruime schaal van het recht van gratie gebruik te maken, strijdt met den aard van dat recht.

XXI.

De bepaling, door den gemeenteraad in de instructie voor onderwijzers aan de gemeentescholen opgenomen, dat de onderwijzers geen artikelen mogen schrijven of leveren aan uitgevers van dagbladen, strijdt niet met art. 7 der Grondwet.

XXII.

Artikel 9, alinea 2, der Wet van 1 Juni 1865, Stb. no. 60, is ook dan van toepassing, wanneer, nadat een geneeskundige zich op eenige plaats gevestigd heeft, de eenige aldaar bestaande apotheek gesloten wordt.

XXIII.

Eene plaatselijke verordening kan aan eigenaren van huizen, onder strafbedreiging, verbieden, hunne panden, binnen zekeren tijd na de voltooing, te bewonen of te doen bewonen.