

T.A. Barnard
L.M. du Plessis
G. Kempff
*G. Oosthuizen**

**ABORSIE: 'N JURIDIESE,
ETIESE EN REGSETIESE VRAAGSTUK**

1. Inleiding

In die geledere van skokkende en onetiese daade in die menslike samelewing, beklee aborsie 'n besondere plek. Vir wetenskaplike doeleindes kan aborsie oor die algemeen gedefinieer word as die skeiding van of afdrywing uit die moederlyf van die „produk” van konsepsie, synde 'n fetus (Geldenhuis, 1974:11; O'Donovan 1975:2). 'n Verdere element van die definisie, wat die blote afdrywing van die vrug gewoonlik kwalifiseer, is dat die fetus, met betrekking tot nageboortelike lewe gesproke, nie lewensvatbaar moes gewees het nie. Met die byvoeging van hierdie element tot die eie definisie word tans egter vertoef ten einde eers die belangrike vraag wanneer lewe ontstaan, te beantwoord.

Juridiese definisies van aborsie word gewoonlik in 'n strafregtelike konteks met die oog op die omlýning van die misdad, aborsie, gegee en die elemente van wederregtelikheid en skuld word vermeld. Só gesien hang die definisie van aborsie in die *Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie* (Wet no. 2 van 1975 soos gewysig deur Wet no. 18 van 1976) ietwat in die lug. Vrugafdrywing word naamlik omskryf as die afdrywing van 'n lewende vrug van 'n vrou met die opset om te dood. Weliswaar word die skuldelement (opset) vermeld maar dit staan eerder in 'n direkte verhouding tot die „om te dood” as tot die daad van afdrywing self. Só gesien vervaag (miskien nie heeltemal ten onregte nie) die

* Hierdie artikel is die resultaat van navorsing wat deur afstuderende LL.B.-studente in die loop van die kursus *Regsetiek* onderneem is. Die resultate van hierdie navorsing is deur hulle dosent in artikelvorm verwerk.

grens tussen die misdade, moord en aborsie.

Dit spreek vanself dat die soort aborsie wat in hierdie artikel ter sprake kom, nie sogenaamde „spontane” aborsie (dit is daardie soort aborsie wat sonder menslike ingrype plaasvind en in die spreektaal dikwels ook ’n „miskraam” genoem word) is nie. Veral omdat daar gefokus word op die reg en die etiek, staan menslike verantwoordelikheid sterk op die voorgrond, en daarom sal daar gehandel word met daardie soort aborsie wat deur menslike ingrype (dus, ’n daad gemotiveer deur menslike keuse) bewerkstellig word. Breedweg gesproke val hierdie soort aborsie in twee kategorieë uiteen: regmatige aborsie, dit wil sê ’n aborsie uitgevoer in ooreenstemming met die voorskrifte van die positiewe reg (ook terapeutiese aborsie genoem) en onregmatige aborsie, dit wil sê ’n aborsie wat bewerkstellig word in stryd met die voorskrifte van die positiewe reg (ook kriminele aborsie genoem) (Geldenhuis, 1974:14).

2. Die konteks van die probleemstelling

Om te sê dat die probleme, grondliggend aan die aborsievraagstuk, afgemaak kan word deur bloot elke abortiewe handeling in ’n regmatig-onregmatig omlysting te plaas, is vanselfsprekend ’n oorvereenvoudiging van die probleem. As dít waar sou wees, dan sou dit beteken dat ’n wetgewer in die finale instansie kan besluit wat eties houdbaar en onhoudbaar is.

Menslike verantwoordelikheid word egter nie op hierdie simplistiese wyse opsy geskuif nie. Dit is daarom dat die twee normwetenskappe wat sterk bedag is op die regulering van menslike keuse en uitoefening van verantwoordelikheid, die regswetenskap en die etiek, sterk op die voorgrond staan. Vir die doeleindes van hierdie artikel, wat in die finale instansie afgestem is op die beoordeling van die regsposisie in Suid-Afrika (met natuurlik die inagneming van etiese implikasies) is dit nodig dat enkele standpunte vooraf, by wyse van ’n kort begripspresisering, van naderby toegelig sal word.

Die etiek het te make met menslike optrede en gesindhede. Die etiese handeling en gesindheid steun op ’n substraat van betrou-

baarheid en verantwoordelikheid in sowel 'n positiewe as 'n negatiewe sin (vergelyk Du Plessis, 1974:239-40). Die etiek impliseer dus altyd 'n verhouding van betrokkenheid op 'n medemens teenoor wie die betroubaarheid (of onbetroubaarheid) en die verantwoordelikheid (of onverantwoordelikheid) vergestalt word. Etiese handeling en gesindhede berus op vrye keuse. Die aard en wyse van die keuse-uitoefening word bepaal deur 'n verwysingsraamwerk van etiese norme. Natuurlik verskil hierdie norme van persoon tot persoon of groep tot groep. Die Reformatoriese Christen opereer byvoorbeeld met ander etiese norme as sê maar die eksistensialis of die Nieu-Marxis. Geen mens handel egter oneties in dié sin dat hy geheel en al a-eties optree nie. As 'n mens dus 'n bepaalde handeling as oneties of eties onhoudbaar bestempel, dan doen jy dit met betrekking tot die stel etiese norme waarmee jy opereer.

Die moontlikheid tot vryekeuse-uitoefening word vryheid genoem. Etiese vryheid in hierdie konteks beteken inderdaad 'n „doen wat jy wil” of 'n „voel soos jy wil” met inagneming van fisiese, psigiese en ander soortgelyke kreatuurlike beperkings. Die kenmerk van die etiese handeling of gesindheid is juis dat dit voortspruit uit hierdie vryheid. Wat Thielicke (1963:7 e.v.) dus met betrekking tot die Christelike etiek probeer verduidelik, geld in beginsel vir elke etiek: die etiese keuse berus nie op die kousale noodwendigheid van 'n *Du-sollst* nie (want dan sou die keuse ook verval) maar staan in die kragveld van 'n *Du-darfst*. Met hierdie insig word meteen die kreatuurlike beperkings inherent aan etiese keuse-uitoefening en die daaropvolgende etiese handeling en gesindheid vergestalt: geen mens kan ongekwalifiseerd sê „ek sal omdat ek kan nie” want dít wat 'n mens kán, is beperk; binne die raamwerk van die vermoë van wat 'n mens kan, het jy egter die keuse om te sê „ek mag” of „ek behoort” of „ek durf”. Die mens word dus gedwing om vir homself riglyne te stel wat sy betroubare en verantwoordelike omgaan met sy medemens betref. Die etiese handeling of gesindheid is dus noodwendigerwys maatstaf-telik- of normebepaald.

Die norme vir die Christen is 'n gehoorsaamheidsnorm: gehoorsaam die geboie van God! Let egter daarop dat die gehoorsaam-

heid as sodanig nie die inherente vryheid waarop die etiese handeling berus, aantas nie. Etiese wettisisme of legalisme kan wel aanleiding tot 'n verslawende interpretasie van die norm gee, wat wesenlik op 'n geringskating van die eie vryheid en verantwoordelikheid berus, maar die tekortkoming of distorsie in die interpretasie is nie in die kreatuurlike vryheid en verantwoordelikheid van die mens ingebou nie, maar eerder in die maatstaf of die norm wat hy meen hom behoort te rig en te bepaal. Etiese permissiwiteit aan die ander kant weer, is 'n poging om 'n ontkenning van die kreatuurlikheid van die vryheid in die etiese norm in te bou — 'n poging wat eweneens nie daarin slaag om die kreatuurlike beperkings inherent aan die vryheid op te hef nie. Verslawing aan òf die selfontwerpte norm òf die illusie van ongekwalifiseerde vryheid, is 'n verslawing wat die mens self bewerkstellig.

In beginsel behoort die grootste moontlike ruimte te bestaan waarbinne die mens sy etiese keuse kan uitoefen: menslike pogings om eksterne beperkings (dit wil sê beperkings anders as die inherent kreatuurlike beperkings wat noodsaaklikerwys in die begrip menslike vryheid geïmpliseer is) op etiese keuse-uitoefening te plaas, behels noodsaaklikerwys 'n element van verdraaiing. God alleen kan 'n speelruimte vir kreatuurlike vryheid bepaal (want Hy is die Skepper van vryheid) en van sy kinders verg dat hulle die maatstawwe wat Hy neerlê, sý norme of gebooie, sal gehoorsaam. Só word Christelike vryheid 'n vryheid in geborgheid. Hierdie geborgendheid elimineer egter nie die verskeidenheid moontlikhede waarin 'n etiese keuse-uitoefening in 'n besondere situasie kan opgaan nie.

Die reg het èn sekere wesenstrekke met die etiek gemeen èn 'n duidelik onderskeidbare eie-aard. Net soos die etiek is die reg kreatuurlik, funksioneer dit in intermenslike verhoudings en word die werking daarvan langs 'n normatiewe weg verwesenlik. Vryheid is egter nie die wesenskenmerk van die reg nie: die reg steun op 'n substraat van (minder of meer) reële of potensiele (eksterne) dwang, want dit opereer met „'n sterk arm” ter wille van 'n afgrensing van menslike belange teenoor mekaar — 'n afgrensing wat uiteindelik ook etiese vryheid bemoontlik. Positief

gestel: die reg skep 'n bepaalde lewensruimte vir die mens in 'n samelewing. Só gesien beklee die reg 'n mens met 'n bepaalde status of subjektiwiteit (regsubjektiwiteit)¹⁾ en is regsnorme, wat „aktief” bepaalde gevolge aan sekere oorsake verbind, bedag op die handhawing van hierdie subjektiwiteit²⁾. Die inherent potensiële dwangkarakter van die reg ontspring aan die reëlende of regulatiewe gesag van 'n regshandhawer en realiseer of aktualiseer sig ten duidelikste by die herstel van 'n onregmatig verbreekte regsverhouding (sien egter voetnoot 2 hieronder).

Net soos die etiek vertoon die reg na sy kreatuurlike aard óók sekere beperkings. Só byvoorbeeld is die reg in sy ordeningsvergestalting beperk tot die trefwydte van 'n bepaalde norm-apparaatuur — net soos wat die vryekeuse-element in die etiek onder leiding van norme gerealiseer word.

Met die oog op die onderwerp onder bespreking is die mees fundamentele kreatuurlike beperking van die reg, wat verreken moet word, die reg se onvermoë om verkeerde gesindhede met dwang „reg te dokter”. Die reg kan by geen mens 'n oordeel oor wat eties en oneties is inskerp nie. Wel kan die reg mense weerhou van die verrigting van sekere onetiese handeling en op presies hierdie vlak vertoon reg en etiek 'n oënskynlike ooreenkoms — 'n oënskynlike ooreenkoms omdat 'n mens hier nie met 'n wesenlike en prinsipiële identiteitsrelasie te make het nie maar eerder met sekere raakpunte.

Vir A is dit sowel onregmatig as (met die aanlê van 'n bepaalde etiese norm) oneties om te steel. Die reg verbied diefstal as gevolg van die versteuring van die samelewingsorde. A maak inbreuk op die subjektiewe (regs-) vermoë van B as hy B sy eiendom ontnem. Die oorwegings wat geld by die aanlê van byvoorbeeld 'n Christelike etiese norm is egter anders: A behoort in die realise-

1) „Regsubjektiwiteit” hier bedoel in sowel 'n privaatregtelike as 'n publiekregtelike sin

2) Onthou moet word dat die reg vanselfsprekend ook gevolge aan regmatige oorsake (dit wil sê oorsake wat nie neerkom op 'n verbreking van die norme wat hy neerlê nie) verbind. Handhawing van die regsorde kan dus nie slegs as „wraak” of vergelding in die negatiewe sin van die woord opgevat word nie.

ring van sy (Christelike) vryheid sorg te dra dat hy B nie benadeel of leed aandoen nie. Die daad van diefstal ontspring meesal aan 'n verkeerde gesindheid van „begeer”. Die etiese norm verbied selfs die begeerte maar die regsnorm, „jy mag nie steel nie”, is na sy eie-aard van eksterne dwang, kreatuurlik té beperk om tot die gesindheid te kan deurdring.

As A nou bloot nie steel nie omdat die regsnorm hom dit verbied, dan het hy nog nie daarin geslaag om 'n verantwoordelike keuse met betrekking tot sy etiese vryheid uit te oefen nie. Daarom sal die etiese eksistensialis byvoorbeeld sê: laat A dan maar eerder steel, want dan is hy eties vry. En hierin is daar inderdaad 'n groot moment van waarheid geleë. Die Christen sal egter met eweveel reg kan sê dat, met betrekking tot die etiese normkompleks waarmee hy opereer, A se optrede oneties (hoewel dan nie a-eties nie) sal wees. Eweseer kan die feit dat A dalk in geen hof skuldig bevind kan word aan diefstal nie, geen afbreuk doen aan die etiese afkeurenswaardigheid van sy handeling indien hy inderdaad B se eiendom gesteel het, maar tog daarin geslaag het om aan die trefwydte van 'n kreatuurlik-beperkte regsnorm (sê maar 'n norm van die Bewysreg) te ontkom nie.

Hieruit blyk dat die kwalitatiewe waarde van etiese keuse-uitoefening aansienlik verhoog word indien daar soveel as moontlik „regsvrye” ruimtes gelaat word waarbinne die etiese „vryheid tot eie verantwoordelikheid” sy beslag kan vind. Die reg met sy norme behoort slegs in te gryp op terreine waar die moontlikheid bestaan dat die belange van regsobjekte aangetas kan word.

Met hierdie kernagtige inleidende opmerkings word daar vir die doeleindes van hierdie uiteensetting volstaan. Dit behoort duidelik te wees dat indien daar by aborsie geen regsbelang op die spel was nie, dit in beginsel aanvaar sou moes word dat die reg op hierdie terrein sy hande tuis behoort te hou. Die doel van hierdie artikel is egter om te probeer aantoon dat daar wel so 'n regsbelang, dus 'n juridies beagtingswaardige toestand van fetusskap as lewe of ten minste 'n „reg om gebore te word”, bestaan.

3. Aborsie en lewe: die kardinale probleemstelling

Oor die vraag op watter stadium in die ingewikkelde proses van menswording lewe ontstaan, bestaan daar haas geen eenstemmigheid nie. Uit 'n onlangse steekproef wat De Muelenaere (1977: 469) byvoorbeeld in die omgewing van Pretoria onderneem het, het 135 geneeshere die vraag op watter tydstip 'n fetus 'n individu word, wyd uiteenlopend beantwoord. 44 geneeshere het gesê vanaf konsepsie, 4 het gesê by diagnose van swangerskap, 2 het gesê van 4 tot 8 weke, 7 het gesê op 12 weke, 5 het gesê van 13 tot 23 weke, 32 het gesê van 24 tot 28 weke, 11 het gesê van 29 tot 34 weke, 9 het gesê by geboorte, 13 het gemeen wanneer die fetus lewensvatbaar word, 3 het geen antwoord gegee nie en 5 het gesê hulle kan nie 'n opinie waag nie. Dat daar nie altyd volledig oor hierdie probleem nagedink word nie, blyk uit 'n ander eenaardigheid wat die ondersoek van De Muelenaere aan die lig gebring het. Van die 44 geneeshere wat konsepsie as die stadium van menswording verkies het, was 5 gewillig om vryelik aborsie te veroorloof wat dan, in die lig van hulle eie standpunt oor die totstandkoming van volledige menslike lewe, beteken dat hulle „vryelik moord” veroorloof! Die oorgrote meerderheid van hierdie kategorie geneeshere (35) is wel ten gunste van terapeutiese aborsie. So 'n standpunt kan wesenlik, afhangend van die omstandighede waaronder die aborsie gedoen word, neerkom op die erkenning en veroorloping van iets soortgelyk aan genadedood of ten minste 'n „keuse teen die fetus” (as mens) in gevalle waar daar 'n botsing of teenspraak van etiese verpligtinge op die spel is.

Ten aansien van die aborsie-leweproblematiek, kan daar hoofsaaklik drie groepe standpunte onderskei word. Eensdeels is daar diegene wat meen dat die begrippe aborsie en lewe geskei kan word en wat derhalwe die mening huldig dat die daad van aborsie onafhanklik van die vraag na lewe gesien en beoordeel moet word; andersdeels is daar diegene wat meen dat die twee begrippe ten nouste saamhang. 'n Derde groep erken die samehang maar beoordeel in die finale instansie lewe aan die hand van faktore soos afhanklikheid, sosiale nut, deugszaamheid, ensovoorts.

3.1 Die verskillende benaderings

3.1.1 'n Bloot pragmatiese benadering

Die eksponente van hierdie rigting wil nie (eksplisiet) lewe as 'n feit ontleed nie, maar omdat hulle die „waarde” van lewe met betrekking tot sosiologiese, maatskaplike, sosio-ekonomiese en ander faktore beoordeel, bekommer hulle hul nooit werklik oor die omskrywing van die tydstip waarop lewe ontstaan nie, en laat hulle hierdie „ingewikkelde” taak rustig aan andere oor. 'n Goeie voorbeeld van hierdie benadering vind 'n mens in die Amerikaanse reg wat hoegenaamd geen standpunt oor die vraag wanneer lewe ontstaan, huldig nie. Die verskoning hiervoor is dan dat akademici geen eenstemmigheid oor hierdie kwessie kan bereik nie (Sherman 1974:7). Die US Supreme Court het die regte van die vrou en die kind (en moontlik die gemeenskapsopvatting) as bepalende faktore gebruik om te besluit of aborsie gewettig moet word. Die hof het egter ontken dat 'n ongebore mens 'n persoon kan wees en dus by implikasie te kenne gegee dat lewe eers by geboorte ontstaan.

Hierdie beginsellose benadering open die moontlikheid vir die propagering van al hoe meer gronde vir terapeutiese aborsie, waaronder die bedreiging van lewens- en geesteskwaliteite, ekonomiese las op die gesin, die maatskaplike aanvaarding van die ongewenste kind, die reg van die moeder oor haar liggaam en 'n veranderde gemeenskapsopvatting.

3.1.2 Uitwasse van die lewensfilosofie as 'n soort relativisme

Die vitalisme of lewensfilosofie, as 'n uitbouing van die filosofieë van Hegel en Nietzsche (Bajema, 1974:7 en 13) deur persone soos Spengler, het sy „praktiese” bloccityd onder die Nasionaal-Sosialistiese bewind in Duitsland beleef. Ten spyte van die geweldige emosionele druk wat daar na die val van die Derde Ryk teen hierdie filosofie opgebou het, het een faset daarvan behoue gebly en in die laaste aantal jare selfs van krag tot krag gegaan. Dit is naamlik die opvatting dat menslike lewe met betrekking tot sy

die „kwaliteit” beoordeel moet word. Hierdie opvatting dank sy hernieude suksesse, veral vir sover dit die formulering van standpunte oor aborsie en eutanase betref, aan sekere „buite”-faktore soos die bevolkingsontploffing, die kwynende grondstofvoorrade in die wêreld, die vergrote eise wat die tegnologie aan die mens stel en pogings om ’n etiek, gebaseer op veranderde gemeenskapsopvattinge, die lig te laat sien.

Die eksponente van hierdie soort nihilisme of relativisme met hulle besondere opvatting oor die „specialist”, gun geen plek aan ’n mens wat nie aan die nuttigheidsvereistes van die samelewing voldoen nie (Thielicke 1961:80). Dit resulteer in die daarstelling van ’n norm aan die hand waarvan reeds bestaande lewe gemeet en beoordeel word, ten einde vas te stel of daardie lewe nuttig is en behou moet word al dan nie. Die gevolgtrekking is gewoonlik dat die ongeborene, of hy nou een of ander vorm van menslike lewe verteenwoordig of nie, in ieder geval ’n „laer” vorm van lewe is en derhalwe geen aanspraak op beskerming het voordat die *lewe* self ’n kwaliteit tot die bevrediging van die beoordelaar bereik het nie. Hierdie insig, konsekwent deurgetrek, sou behels dat die lewe van ’n infans, afhange van die norm wat toegepas word, ’n mindere vorm van lewe as dié van ’n volwassene is. Eksponente van hierdie opvatting is self egter baie huiwerig om hierdie radikale sprong te maak (Bajema, 1974:19).

Sou daar ’n botsing van aansprake op lewe tussen ’n vrou en ’n fetus ontstaan, word die kwalitatiewe waardeskaal gebruik om te bepaal wie van die twee die „grootste” reg op lewe het. Die moeder as die „hoëre” vorm van lewe se reg sal altyd bó die van die fetus seëvier. Oor wat die situasie ná geboorte egter moet wees, word gerieflikheidshalwe geswyg.

Daar is diegene wat oormatige klem op die feit plaas dat die fetus afhanklik is van die moederlyf en daarom die status van volkome menswees eers „toeken” op die stadium wanneer die fetus sogenaamd lewensvatbaar of so nie volkome van die moederlyf geskei is. Daardeur word daar egter nie rekening gehou met die feit dat die mediese wetenskap die tydperk waarop ’n fetus lewensvatbaar word, steeds meer en meer laat krimp nie. Dit word selfs bereken dat die tydperk van lewensvatbaarheid teen die einde

van hierdie eeu reeds so iets soos twaalf weke kan wees! Verder is lewensvatbaarheid dikwels direk afhanklik van eksterne, mediese hulpmiddels en die ontwikkeling van hierdie middels berus tog nie by die ongeborene self nie (Bajema 1974:22). Die onafhanklikheid wat kwansuis deur die skeiding van die moederlyf verkry word, is, soos Bajema (1974:19) tereg aantoon, enigsins verdag, want die afhanklikheid van die ongeborene en die pasgeborene kan kwalik van mekaar onderskei word en selfs 'n volwassene kan nooit sê dat hy geheel en al onafhanklik bly voortlewe nie.

3.1.3 Die „wanneer ontstaan lewe“-eksponente

Binne hierdie kader word besin oor die vraag wanneer volledig beagtenswaardige lewe begin en wat menslike lewe presies behels. In die lig van die resultate van hierdie besinning word aborsie gedefinieer en beoordeel sodat, indien volgens hierdie standpunt aborsie beskou word as 'n misdryf, die vraag gevra sal moet word of die fetus gelewe het of oor potensiële lewe beskik het en dan sal daar inderdaad betekenis aan die begrip „potensiële lewe” gegee moet word.

Deur rekening te hou met die feit dat elke tans lewende mens op een of ander stadium 'n fetus was, moet daar ag geslaan word op die vraag of die fetus ook oor „lewe” in die volledige sin van die woord beskik. In die lig van sekere probleme wat ontstaan wanneer die menslike lewe òf bloot kwalitatief beoordeel word òf afgeweg word teen bloot pragmatiese oorwegings, en verder die gevaar verbonde daaraan om sporadies ongesonde gemeenskapsopvattinge te probeer versier met argumente wat uit die vitalistiese of pragmatiese beskouings voortvloei, behoort dit duidelik te wees dat 'n ontkenning of afwatering van die begrip lewe, veral wanneer daar oor aborsie gepraat word, fataal en onrealisties is.

3.2 Wat is lewe?

Op hierdie vraag word daar verskeie antwoorde gegee. Wat aborsie betref, moet daar in ieder geval (soos reeds gesuggereer) beslis standpunt ingeneem word oor die vraag wanneer daar

menslike lewe is, selfs al word daar dan nie so diepgaande ingegaan op die wesensvraag wat lewe presies alles behels nie. Die volgende word hier ter oorweging gegee:

3.2.1 Daar moet 'n onderskeid getref word tussen die begrippe „blote biotiese lewe” en „menslike lewe” in sy ryke gekskakeerdheid. Blote biotiese lewe is die toestand waaronder lewende selle as dié van 'n mens onderskei kan word voordat daar nog van menslike lewe sprake kan wees, want menslike lewe is iets meer as bloot biotiese lewe. Menslike lewe moet naamlik ook oor die eienskap van *latentheid* (of latensie) beskik. Blote biologiese lewe kan op sigself nie vir 'n onbepaalde tyd alleen bly voortbestaan nie en daarom sal die ontstaan en beëindiging van latensie 'n bepalende faktor wees by die beantwoording van die vraag na die ontstaan en beëindiging van lewe³).

3.2.2 Alvorens daar by die ontstaan van die menslike lewe sprake van latensie is, is daar eers sprake van positiewe potensiaal (potensiële lewe) en nadat die menslike latensie tot niet gegaan het, kan daar wel nog 'n negatiewe potensiaal oorbly, maar in geen een van die twee gevalle is daar menslike lewe nie. Die doodsmoment val saam met 'n volkome verlies van aktiwiteit van die harsingstam, en daarom kan gesê word dat op hierdie tyd-stip latensie finaal tot niet gaan en 'n bloot (negatief potensiële) biotiese lewe met 'n relatief kort bestaan, al is wat oorbly. Latensie is aanwesig waar daar, buiten vir inherente eienskappe, 'n werklike „in staat wees” in plaas van 'n blote moontlikheid te bespeur is. „In staat wees” dui dus op 'n realiteit, wat as inhoud die *werklike* toekomstige realisering van inherente eienskappe bevat, en by die ontstaan van die lewe gaan dít gepaard met 'n sistematies-positiewe verwesenliking, terwyl 'n moontlikheid nog geensins 'n realiteit daarstel nie. Daarom is daar alleen sprake van moontlike (latere) sistematiese verwesenliking, indien die realiteit van „in staat wees” bykom. In die geval van byvoorbeeld 'n onge-

3) Hierdie opvatting is in pas met dié van Bajema (1974:36).

neesbare kankerpatiënt is die „in staat wees” nog steeds aanwesig, dít egter tesame met ’n ander lewensfase, te wete dekadensie, welke laasgenoemde toestand die „in staat wees’ eventueel kan beëindig. By die doodsmoment word die „in staat wees” afgesny en al wat oorbly is die negatiewe aftakeling.

3.2.3 Wat die ontstaan van die menslike lewe betref, wil dit voorkom of die inplanting van die menslike sigoot (dit is die „sel” wat ontstaan by die versmelting van die manlike spermsel en die vroulike eiersel) in die slymvlies van die baarmoeder, latensie voldoende daarstel en aldus menslike lewe konstitueer — dít in teenstelling met die toestand van blote (potensiële) biotiese lewe tydens die toestand voor inplanting (vergelyk ook Drogendijk 1970:22). Die sigoot beskik voor inplanting wel oor individualiteit omdat, soos Bajema (1974:18) tereg aantoon, die chromosoompatroon reeds finaal vasgelê is. Die faktor van latensie is egter eers by die inplanting of aanhegting aan die slymvlies van die baarmoederwand aanwesig. Drogendijk (1970:16) toon dan ook, eweneens tereg, aan dat daar nooit finale sekerheid bestaan of die sigoot wel ingeplant of aangeheg sal word nie en voor aanhegting kan daar selfs nog ’n seldeling (waaruit ’n latere tweeling mag voortspruit) plaasvind. Hierdie standpunt van Drogendijk motiveer hyself deur te verwys na twee ander opvattings, naamlik dié van Koester, wat sê dat daar eers vanaf inplanting sprake kan wees van reële kommunikasie of interaksie, en dié van Thiadens wat van mening is dat vanaf inplanting daar ’n essensiële verhouding tussen die sigoot en sy omgewing tot stand kom omdat hy vanaf daardie moment aan ’n voedingsbodem geheg is (vergelyk Drogendijk 1970:15-6).

Die feit dat die sigoot vanaf inplanting die kenmerk van latensie vertoon, bring mee dat hy uit hoofde van sy toestand van „lewende menslike persoon wees” (dít in teenstelling met sy vorige toestand van blote biotiese lewe) die stadium van die ontwikkeling van sy inherente eienskappe betree het. Om dit plasties te stel: gestel iemand sou met die saad van ’n plant (of selfs ’n bevrugte eiersel) in sy hand staan, dan is hierdie saad (of die sel) tot „ondergang” gedoem indien dit nie in ’n vrugbare groeibodem geplant word nie. Die saad (of die sel) sou *ad infinitum*

miskien bewaar kan word, maar solank dit die groeibodem as medium vir sy verdere ontwikkeling moet ontbeer, kan sy blote potensie nie omsit in (reëel lewende) latensie nie. Die individualiteit van die sigoot mag dus nooit verabsoluteer word nie. So 'n verabsoluttering behels 'n besondere gevaar: „... (D)e waarde van het genotype...” word „...verabsoluteerd en de gelijkwaardigheid van het milieu in het samenspel met de aanleg voor de totstandkoming van het fenotype gerelativeerd” (Drogendijk 1970:15).

3.2.4 Die gevolge van die standpunt wat hier ingeneem word, is, ten aansien van 'n ontleding van die aborsievraagstuk, heel ingrypend. So sal daar 'n onderskeid getref móét word tussen 'n lewende fetus (of ongeborene want 'n nie-lewende ongeborene is immers nog geen fetus nie) en 'n nie-lewende (dit is bloot biotiese) ongeborene. Só gesien is die afdrywing van 'n fetus ('n lewende ongeborene) iets anders as die afdrywing van 'n sigoot ('n nie-lewende ongeborene). In beide gevalle opereer die reg met een en dieselfde term en misdaadsomskrywing, naamlik aborsie. In die lig van die voorafgaande standpunt moet daar egter onderskei kan word tussen abortiewe moord (die afdrywing van 'n lewende fetus) en „blote” aborsie (die afdrywing van 'n sigoot voor inplanting) en behoort die strawwe vir die misdaad dienooreenkomstig aangepas te word.

3.2.5 Ten slotte kan die aandag gevestig word op 'n ander standpunt oor die ontstaan van lewe, naamlik dat die bestaan van lewe afhanklik is van die bestaan van breinaktiwiteit. Hierdie standpunt, wat nie geheel en al sonder meriete is nie, kan in 'n sekere sin beskou word as die „beginpendant” vir 'n bepaalde standpunt oor die einde van die menslike lewe (dit wil sê die intrede van die doodsmoment), naamlik dat die dood intree sodra daar 'n volkome verlies van alle breinaktiwiteit is.

Drogendijk (1970:15) wat, soos reeds gesien, 'n voorstander van die inplantingsteorie is, vind weinig fout met hierdie standpunt. Dit wil egter voorkom asof daar vanuit 'n suiwer inplantingsteoretiese oogpunt nie volkome versoening met hierdie teorie bereik kan word nie. Alhoewel daar sowel op die stadium voor inplanting as ná die verlies van harsingstamaktiwiteit slegs biotiese lewe bestaan, is daar tog 'n inherente verskil tussen hierdie

twee vorme van biotiese lewe: voor inplanting bestaan daar 'n *positiewe potensiaal* (potensiaal hier steeds opgevat in die sin van „moontlikheid”) terwyl daar ná die verlies van harsingstam-aktiwiteit (of afsluiting van latensie) slegs 'n *negatiewe potensiaal*, dit is biotiese aftakeling of tot niet gaan, aanwesig is. Daar behoort in 'n ander mate kennis geneem te word van die „reg op positiewe potensiaal”, aangesien die *moontlikheid* wat in die vooruitsig gestel word menslike lewe is, terwyl daar by die verlies van harsingstamaktiwiteit die moontlikheid wat bestaan alleen die dood tot gevolg kan hê.

3.2.6 Ander standpunte oor die lewe wat die ontstaan van die lewe op ander stadiums gaan vaspen, soos byvoorbeeld by geboorte, kan nie anders as om beskou te word as pogings om die werklikheid met onrealistiese oogklappe te benader nie, aangesien (ten aansien van die lewe) irrelevante faktore, soos doelmatigheid, afhanklikheid en gerieflikheid immers met die vraag wanneer lewe ontstaan, niks te make het nie.

4. Terapeutiese aborsie

Die standpunt wat hierbo in verband met die ontstaan van die lewe ingeneem is, kan heelwat veranderinge in tradisionele beskouings oor terapeutiese aborsie tot gevolg hê. Só kan die vraag of 'n terapeutiese aborsie in gevalle van swangerskap veroorsaak deur verkragting, toegestaan behoort te word, moontlik geheel en al anders benader word.

Waar daar eenmaal lewe in die hierbo bedoelde sin van die woord is, moet gevalle van juridies veroorloofde ~~terapeutiese~~ aborsie aangemerkt word as regverdigingsgronde ten aansien van („gewettigde”) lewensberowing. Dit behoort egter geen besondere probleme op te lewer nie aangesien die reg in ieder geval prinsipiële erkenning verleen aan die verrigting van handeling (wat onder normale omstandighede onregmatig of „skuldig” sou wees) wat daarop gemik is om 'n noodtoestand die hoof te bied. (By aborsie sal daar nouliks van noodweer sprake kan wees aangesien dit 'n oormaat aan spitsvondigheid sou verg om 'n situasie waarin die fetus die moeder – of enigiemand anders – „aanval”, fanta-

serend te konstrueer.) Vanselfsprekend sal die reg daartoe moet oorgaan om die besondere noodtoestand wat in gevalle van veroorloofde, terapeutiese aborsie moet bestaan, met groot omsigtigheid te omskryf. Só behoort die feit dat daar 'n noue samehang tussen moeder en fetus bestaan, alhoewel dit nie dié deurslaggewende vereiste vir die bepaling van die bestaan van lewe is nie, wel deeglik verreken te word by die begrening en die omlyning van die noodtoestand.

Hieruit blyk dit duidelik dat daar nie 'n subjektiewe afweging van lewenskwaliteite van moeder *vis a vis* fetus mág plaasvind nie maar dat behoorlike objektiewe norme vir 'n noodsituasie aangelê behoort te word. Abortiewe handeling in noodtoestande (onder andere in gevalle waar daar in die etiek gesê sou kon word dat daar 'n botsing van pligte of belange is) kan juridies geregverdig word mits daar sekere baie streng vereistes vir die optrede van verantwoordelike persone gestel word. Só byvoorbeeld kan, in gevalle waar voortgesette swangerskap 'n bedreiging vir die moeder se lewe sal inhou, terapeutiese aborsie wel veroorloof word. Baie sal egter van die meriete van besondere omstandighede afhang.

Daar bestaan geen regverdiging daarvoor om die lewe van 'n waarskynlik swaksinnige of wangeskapene deur middel van aborsie te beëindig nie. Die veroorloving van hierdie vorm van terapeutiese aborsie berus op 'n kwalitatiewe beoordeling van die waarde van die lewe van die te gebore mens. Afgesien van die feit dat 'n aborsie van hierdie aard in beginsel niks verskil van die aanwending van eutanase as 'n „genademiddel” om 'n sogenaamd „mindere vorm” van nageboortelike lewe te beëindig nie, bestaan daar ook die gevaar dat die voorspelling van 'n geneesheer oor die wangeskapenheid van die feuts nie korrek kan wees nie. Mag die reg die riskante sprong wat hier gewaag word sommer so goedsmoeds wettig?

Verkragting en bloedskanie (of dan ander vorme van „onwettige” vleeslike gemeenskap) behoort eweneens nie op sigself as gronde vir terapeutiese aborsie te geld nie. Die afkeurenswaardigheid van die verwekkingshandeling kan immers geen regverdiging bied vir die vernietiging van 'n reeds bestaande lewe nie! Só ook

die nadelige sosio-ekonomies of maatskaplike faktore nie. Toegegee dat die bogenoemde omstandighede wel in berekening gebring kan word by straftoemeting in gevalle waar 'n abortiewe handeling verrig is, kan daar nog nie gesê word dat die omstandighede, soos hierbo genoem, die prinsipiële bestaan van voorgeboortelike lewe ophef nie.

Waarvoor daar dus gepleit word, is 'n erkenning van die fetus se regsobjektiwiteit. Die fetus het net so 'n reg op lewe as enige reeds gebore mens. Hierdie reg van die fetus word ongelukkig steeds al hoe meer verdiskonteer teen die regte van die ouer — regte wat dikwels op oorwegings van blote gemak en gerief gebaseer is. Daar is trouens alreeds so ver gegaan om die moeder se reg van „baasskap in eie buik” as 'n soort onaantasbare en absolute aanspraak te beskou. Dit gaan in beginsel nie op nie. 'n Mens se reg om „baas te wees” in die verskillende fasette van jou eie lewe moet noodwendig beperk word deur jou verpligtinge teenoor andere wat, net soos jy, ook reghebbendes is.

Vir sover dit dus die praktyk van „onnatuurlike” aborsie betref, kan daar nie meer gesê word dat 'n mens met bloot etiese faktore van vrye keuse-uitoefening te make het nie. Die belange van 'n menselike lewe (dié van die fetus) is op die spel en die staat mag deur middel van die reg van dwangmetodes gebruik maak om hierdie lewe te beskerm. Alle beskaafde regstelsels in die wêreld beskik oor heel verfynde middele en normkomplekse ter beskerming van die nageboortelike menslike lewe. Grens dit dan nie aan louter barbarisme indien die reg op die beskerming van die mees beskermingsbehoefte vorm van menslike lewe, dié van die fetus, sonder meer by die agterdeur uitgegee word nie — en dit met die skouerophalende verskoning dat die moeder se reg „om self te besluit” absoluut is? God is bereid om die volledige subjektiwiteit van die ongeborene te erken:

„... U het my niere gevorm, my in my moeder se skoot geweef. ... My gebeente was vir U nie verborge toe ek in die geheim gemaak is nie, kunstig geweef in die dieptes van die aarde. U oë het my ongevormde klomp gesien; en in u boek is hulle almal opgeskrywe: dae dat alles bepaal was...”
(Psalm 139:13 en 15-6)

Durf ons die genade van God op grond van ons eie, gebrekkige beoordeling van lewenskwaliteite en die regte van die vrou teen-

spreek?

5. 'n Evaluering van die Suid-Afrikaanse reg

Die Suid-Afrikaanse *Wet op Vrugaafdrywings en Sterilisasië* (Wet no. 2 van 1975 soos gewysig) maak geen voorsiening vir die omlyning van die ontstaansmoment van lewe nie, maar reël in hooftrekke slegs sekere aangeleenthede in verband met (die wetting) van (sekere vorme van) terapeutiese aborsie. Gemeenregtelik word die ontstaan van juridies beagtenswaardige lewe (of regssubjektiwiteit) in ons reg aan die (regs-) feit van geboorte gekoppel: die vrug (fetus) moes van die moederlyf geskei gewees het en moes asemgehaal het (vergelyk Du Plessis 1976:12-3). In hierdie opsig is ons reg verouderd. Die ontstaan van lewe word vandag immers nie meer aan 'n misterieuse vereniging van liggaam en siel gekoppel nie. Waarom kan die reg dan nie van moderne medies-wetenskaplike hulpmiddels gebruik maak om sy eie lewensmoment te definieer nie? Oor hierdie aangeleentheid aants ons meer.

Die Wet veroorloof terapeutiese aborsie in gevalle waar (i) voortgesette swangerskap die vrou se lewe of gesondheid ernstig bedreig (a 3(b)) of (ii) waar daar 'n gevaar bestaan dat 'n geestes- of liggaamlike gebrek by die kind ernstige stremming tot gevolg sal hê (a 3(c)) of (iii) waar die fetus verwek is as gevolg van onwettige vleeslike gemeenskap (a 3(d)) wat verkragting, bloedskande (a 3(d)(aa)) en gemeenskap met 'n vroulike idioot (a 3(d)(bb)) insluit. Met die bepalings van a 3(b), wat die vrou se lewe in 'n noodtoestand beskerm, kan daar geen fout gevind word nie. Die besware teen die bepalings van a 3(c) en 3(d) is in die vorige paragraaf reeds aangesny. Dit wil voorkom asof die Suid-Afrikaanse wetgewer verkies het om sy beskouing oor die wetting van aborsie op praktiese oorwegings eerder as streng juridiese beginsels, wat enersyds rekening hou met die mediese realiteit oor die ontstaan van lewe en andersyds Christelike oorwegings eerbiedig, te fundeer.

Die standpunt wat voorheen reeds *de lege ferenda* (dit wil sê met die oog op die reg soos wat dit behoort te wees) gesuggerêer

is, is immers sterk gerig op betroubare en onlangse mediese gegewens. En al sou daar slegs 'n moontlikheid bestaan dat hierdie gegewens korrek kan wees, dan behoort die reg die „voordeel van die twyfel” aan die fetus te laat toekom.

Tradisioneel gesproke erken die meeste moderne regstelsels nie die bestaan van regsobjektiwiteit by 'n ongeborene nie. Normaalweg beteken regsobjektiwiteit die vermoë om 'n draer van regte en verpligtinge te wees of, kortweg gestel, die toestand ingevolge waarvan die reg 'n mens beskerm sowel as verplig om die beskermde belange van ander te respekteer. Só gesien word aborsie nooit begryp as lewensberowing in die volle, nageboortelike sin van die woord nie, maar hoogstens as 'n misdaad teen potensiële (of bloot biotiese) lewe. Die neem van die lewe van 'n fetus lê dan min of meer op dieselfde vlak as die neem van die lewe van 'n dier: nie een van die twee beskik oor regsobjektiwiteit nie.

Die sogenaamde *nasciturus*-reël (of -fiksie) wat soms op die terrein van die Privaatreg (veral die Personereg) aangewend word om met voorgeboortelike lewe onder bepaalde omstandighede af te reken, help baie mee tot die fiksering van die tradisionele siening van die reg wat op verouderde mediese gegewens gebaseer is. Die ongebore vrug, só word bepaal, word as 'n regsobjek beskou so dikwels as wat dit tot sy voordeel is (*nasciturus pro iam nato habetur quotiens de comodo eius agitur*). Bepaalde privaatregtelike (gewoonlik vermoënsregtelike-) voordele, só word gereedeneer, kan 'n fetus onder bepaalde omstandighede toekom, byvoorbeeld 'n erfposisie (vergelyk *Ex Parte Administrators Estate Asmall* 1954 1 PH G4 N), die eis van die afhanklike waar die vrug se „broodwinner” voor sy geboorte maar na sy konsepsie nalatiglik gedood is (vergelyk *Chrisholm v East Rand Proprietary Mines Ltd* 1909 TH 297) en aansprake op skadevergoeding of genoegdoening vir beserings wat die vrug voor geboorte deur die nalatigheid van andere opgedoen het (vergelyk *Pinchin and another v Santam Insurance Co Ltd* 1963 2 SA 254 W). Die fetus moet egter eers gebore word alvorens hy enige „reële” regte kan verkry — tot en met die stadium van sy geboorte is sy aansprake nie bloot voorwaardelik nie maar boonop ook nog fiktief, dit wil sê 'asof'-regte en -aansprake. Buiten vir die feit dat die reg

kwalik met iets soos 'n fiktiewe regssubjektiwiteit kan opereer (vergelyk Du Plessis 1976:11), kan 'n mens jouself tereg die vraag afvra of dit enige saak sal maak indien die volledige regssubjektiwiteit van die fetus erken word. Word die fetus dan nooit gebore nie, kan ewe maklik geredeneer word dat sy regssubjektiwiteit, net soos die van 'n mens wat ná geboorte sterf, tot niet gegaan het. Die huidige posisie kan ook aanleiding tot velerlei vergrype gee. Gestel A se vader bepaal dat A se oudste kind sy erfgenaam sal wees. Toe A se vader sterf is B, A se kind, reeds verwek maar nog nie gebore nie. B word nou 'n „fiktief” reghebbende. Sou A nou deur middel van 'n aborsie van B ontslae raak (om byvoorbeeld self erfgenaam te word), dan is A wel skuldig aan 'n misdryf. As hy B se lewe na geboorte beëindig het, sou A nie kon erf nie op grond van die reël dat die „bloedige hand nie erf nie”. Op grond van die bogemelde beginsels behoort hierdie reël egter geen toepassing te vind as B nog nie gebore was nie: A kan met 'n paar honderd rand boete sy erfposisie bekostig met die argument dat sy „bloedige hand” wat inbreuk gemaak het op die regte van B, inbreuk gemaak het op fiktiewe (nie-bestaande) regte en dat die „bloedige hand” gevolglik maar net 'n fiksie was!

Veral waar lewensvatbaarheid nie meer in ons reg as 'n vereiste vir geboorte beskou word nie (vergelyk Du Plessis 1976: 12), staan die *nasciturus* met sy fiktiewe regte feitlik weerloos. As sy lewe deur 'n kriminele of terapeutiese aborsie beëindig word, kan daar aan een van die voorvereistes vir die ontstaan van sy regssubjektiwiteit, naamlik geboorte, nie voldoen word nie sodat, *ex post facto* beskou, die vrug nie oor enige doeltreffende mate van regssubjektiwiteit (of 'n reg op lewe), selfs in die privaatregtelike sin van die woord, beskik het nie. Word hierdie noodwendige *lex lata*-gevolgtrekking nie deur alle mediese feite weerspreek nie? Die Christen behoort daarop aan te dring dat die Godgegewe integriteit van die menslike skepsel, al is hy vorgeboortelik, konsekwent in die konteks van juridiese beskermingswaardigheid deurgetrek moet word: die verskille in die lewenskwaliteite van 'n fetus en 'n volwasse mens is immers nie beginselverskille nie maar blote graad- en omstandigheidsverskille.

Die mens is 'n wesentlike skepping van God en God se

skeppingswerk begin reeds wanneer die vroulike eiersel en die manlike spermatoosoon saamsmelt. En wanneer hierdie vrugbare saad eenmaal in 'n groeibodem geplaas is, is die beëindiging van hierdie skepping 'n vergryp teen die wet van God — 'n oortreding van Exodus 20:13!

6. Samevatting

Om kortliks saam te vat:

- (i) aborsie behoort onder alle omstandighede gestraf te word as 'n vorm van moord;
- (ii) daar kan slegs 'n beginselonderskeid getref word tussen die afdrywing van 'n sigoot wat nog nie oor latensie beskik nie en die afdrywing van 'n volwaardige fetus — slegs in die eersgenoemde geval het 'n mens nie met 'n moordsituasie te make nie;
- (iii) die enigste regverdigingsgrond wat daar (juridies en andersins) vir 'n aborsie in 'n noodtoestand behoort te bestaan, is die bedreiging van die moeder se lewe of haar gesondheid (maar selfs in hierdie geval behoort dit nog steeds aan die moeder en ander belanghebbendes oorgelaat te word om te kan kies).

Die Roomse Kerk handhaaf hierin 'n baie korrekte siening. In 'n pouslike ensikliek word aborsie beskryf as direkte moord op 'n onskuldige lewe — 'n lewe wat net so heilig en beskermenswaardig is as dié van die moeder (vergelyk Valkhoff, datum onbekend:5). Weliswaar gaan die Pous té (ongenuanseerd) ver deur selfs die moontlikheid van 'n noodtoestand te ontken en aborsie, selfs waar die moeder in lewensgevaar verkeer, te verbied. Tog behoort daar selfs op hierdie „uiterste” terrein ruimte vir 'n vrye, etiese keuse-uitoefening gelaat te word.

Dit moet ten slotte herbeklemtoon word dat aborsie (anders as byvoorbeeld die meeste vorme van „vrye liefde”) geen bloot etiese vraagstuk is wat soveel moontlik aan die dwang van die reg onttrek behoort te word nie, maar 'n prinsipiële juridiese saak waarby die beskerming van die belange en die regte van ongeboortes direk op die voorgrond staan.

BRONNE

- BAJEMA, C.A. 1974. Abortion and the meaning of personhood. Grand Rapids.
- DE MUELENAERE. 1977. Die oomblik van menswording. *S.A. Mediese Tydskrif* 52(12):469-472.
- DROGENDIJK, A.C. 1970. Wanneer is er in de ontwikkeling van de menselijke vrucht sprake van een individu? *Geloof en wetenskap* 68:14-23.
- DU PLESSIS, L.M. 1974. Reg en etiek – enkele implikasies. *Koers* 39(4):220-246.
- DU PLESSIS, L.M. 1976. Vraagstukke rondom die lewe juridies besien. Potchefstroom.
- GELDENHUYS, F.G. 1974. Medical aspects of abortion. (In: G.C. Oosthuizen e.a. The great debate abortion in South African context. Kaapstad.)
- HAHLO, H.R. & KAHN, E. 1973. The South African legal system and its background. Kaapstad.
- KLOTZ, J.W. 1973. A Christian view of abortion. London.
- LINDEBOOM, G.A. 1970. Vrijere vruchtafdrijving? Amsterdam.
- O'DONOVAN, O. 1975. The Christian and the unborn child. Bromcote.
- SAERBECK, K. 1974. Anfang und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe. Berlyn.
- SHERMAN, F.E. 1974. The problem of abortion after the Supreme Court decision. Lutheran Church in America.
- THIELICKE, H. 1961. Nihilism: its origin and nature – with a Christian answer. London.
- THIELICKE, H. 1963. Einführung in die christliche Ethik. München.
- VALKHOFF, J. s.j. Het vraagstuk van de *abortus provocatus*. Amsterdam.
- VAN DER VYVER, J.D. & VAN ZYL, F.J. 1972. Inleiding tot die regs wetenskap. Durban.

**