

Transplantatie van Organen

Of : Zal het recht dwingen tot naastenliefde ?

Anne Demoor

I. DE SCHROOMVALLIGE INTERESSE VAN DE JURIST

Het is nu reeds enkele jaren geleden dat de eerste harttransplantaties in juridische, filosofische en godsdienstige kringen, een massa artikelen en boeken meebrachten, dit mede als antwoord op de passie en de emotiona-
liteit, dewelke juist die harttransplantaties bij het publiek deden oplaaien. Nochtans is het opmerkelijk hoe aan het begin van deze studies een schroom wordt uitgesproken, die de belangstelling voor het probleem evenaart ; dit geldt in grote mate voor de jurist, die, ter hulp geroepen door sommige geneesheren, angstig te weten wat u al of niet toelaatbaar wordt geacht (1), hen, vooral in de meest prangende vragen — misschien terecht — verwijzen naar hun eigen geweten. Nu lijkt het juist die schroomvallige en wat huiverige benadering te zijn die het bundelend aspect is van een heel aantal onderwerpen die vaak in één adem genoemd worden ; het volgend citaat is daarvoor kenmerkend : «*Het vraagstuk der euthanasie maakt aldus deel uit van een waaier van hedendaagse problemen, die de geesten van de mensen beroeren, als daar zijn de abortus, de sterilisatie (...), de castratie van seksuele delinquenten, de transplantatie van menselijke organen, het druggebruik, de vrije liefde, de reclame voor homofilie, enz.*» (1bis).

Elkeen ziet in vanwaar die schroomvallige benadering ; het gaat hier immers om tussenkomsten in wat ons meest eigen is, ons lichaam, onze geest, onze ziel, kortom onze persoon.

Alvorens men dan een regelensysteem met een erg specifieke structuur — als het recht toch is — in het meest persoonlijke van de menselijke persoon laat ingrijpen, dient men toch eens te bedenken in hoeverre door het recht aan die schroom geraakt mag en kan worden.

Vele studies over hogergenoemde onderwerpen gaan het probleem onmiddellijk te lijf met een stel mogelijke oplossingen ; daarmee is zeker niet gezegd dat ze zich op louter juridisch vlak bewegen ; heel wat etische argumenten worden geuit, waaraan trouwens de juridische oplossingen getoetst worden.

(1) Zie o.a. GROSSEN J.M., *Aspects juridiques de la chirurgie des transplantations*, p. 81 en SAVATIER J., *Et in hora mortis nostrae, Le problème des greffes d'organes, prélevés sur un cadavre*, Chronique Dalloz Sorey, XV° cahier, 968, p. 94.

(1bis) LUST A., *Over Euthanasie*, R.W. 11 februari 1973. K. 1121.

De kwestie echter van de juridische regeling van zulke erg «persoon»-lijke domeinen van de mens is echter niet alleen — zoals de Engelse hoogleraar HART in het domein van de afdwinging van de moraal bij middel van van het strafrecht (2) het pregnant uitdrukte — «*a question about morality but also itself a question of morality*» (3).

Of het gaat er niet alleen om een juridische regeling op te zetten die overeenstemt met de positieve moraal of etiek (in de zin van een aantal waarden waarover consensus wordt verondersteld) maar ook om de vraag of het überhaupt aanvaardbaar is het recht als systeem te laten tussenkomen (4).

II. MOET HET RECHT INGRIJPEN ?

1. *De medische handeling in de meest ruime zin* wordt meer en meer opgenomen in de systematiek van het recht.

De eerste ingrepen van het recht erop gericht enige controle op professionele fouten mogelijk te maken, door de medische handeling, principieel althans, als een misdrijf van slagen en verwondingen te kwalificeren, waarvoor de geneesheer in normale omstandigheden echter immuniteit genoot.

Dit liet toe de geneesheer *aansprakelijk* te stellen, telkens hij zich buiten de steeds strakkere voorwaarden voor die immuniteit tegenover de strafwet begaf.

Later werden de inspanningen vooral gericht op het in een *contractmodel* gieten van de relatie arts-patiënt ; dit werd als noodzakelijk aanzien om deze relatie met het tijdsbeeld te laten evolueren. Het contract, ontstaan door wilsovereenkomst tussen arts en patiënt, werd ideaal geacht om de patiënt in een positie van gelijke, als eiser van bepaalde rechten, tegenover de arts te plaatsen, die op zijn beurt niet langer een heilsbewerker of priester meer kon zijn (5). Immers de vooruitgang van de medische wetenschap — waardoor inderdaad in bepaalde domeinen een resultaat eisbaar is, en de patiënt dat ook weet — en de publieke financiering van de gezondheidszorg rechtvaardigen de normering van de medische handeling.

Nochtans brengt de zo juist geschetste ingreep van het recht in de medische handeling heel wat problemen mede.

(2) In HART M.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford University press.

(3) HART M.L.A., *o.c.*, p. 17.

(4) Cfr de kritiek van Prof. Mr J. TER HEIDE op het boek van TORDOIR W.F., Het verplicht dulden van medische behandelingen, in zijn preadvies voor de vereniging van gezondheidsrecht, over «*Dwang en drang in de medische behandeling*», een algemeen theoretische benadering, p. 15.

(5) TURNER C., *Le docteur, son client et leur relation dans le service national de santé en Grand-Bretagne*, Deuxième congrès de morale médicale, tome II, p. 64.

Er heerst heel wat onduidelijkheid — vooral na de opkomst van niet-therapeutische medische handelingen — omtrent de voorwaarden waaraan de medische handeling moet voldoen om van immuniteit tegenover de strafwet te genieten ; door meerdere auteurs, vooral in Nederland, werd dan ook voorgesteld op te houden de medische handeling nog principieel als een misdrijf te beschouwen. In plaats daarvan zou men zich moeten afvragen of het doel van de handeling redelijk en de middelen toelaatbaar zijn (6).

Ook de typering van de medische verzorging als een contract tussen arts en patiënt loopt mank. Men werd en wordt het niet eens of er wel een contract bestaat en zo ja, hoe men dit contract moet kwalificeren (7).

Bovendien blijken allerlei tekortkomingen te kleven aan de contractuele constructie : de toestemming van de patiënt, als noodzakelijk element om het contract tot stand te laten komen blijkt vaak een artificiële constructie ; immers in vele gevallen is het onmogelijk die te vragen (bewusteloze patiënt) en indien dat wel mogelijk blijkt, is een behoorlijke voorgegichte toestemming vaak illusoir ; bovendien heeft men last om het wederzijdse vertrouwen, dat toch zeer moeilijk kan genegeerd worden in een arts-patiënt relatie, in een contractuele relatie in te bouwen, ook al doet men dan beroep op concepten als goede trouw, gewoonte en gebruik. Dit alles toont voldoende aan hoe men op een zijspoor geraakt door juridische denkkonstrukties zonder meer over te planten in domeinen waarvoor die konstrukties nooit werden bedacht en gekonstrueerd.

De lofwaardige poging om aldus recht te laten wedervaren aan de positie van de patiënt zou op een andere, meer openhartige, manier moeten gerealiseerd worden.

2. *Het probleem van de transplantatie van menselijke organen* willen behandelen volgens juridische systeemcriteria loopt manifest mank. De medische behandeling waarbij een orgaan bij «*de donor*» ervan wordt gepreleveerd, heeft voor hem immers geen enkele therapeutische waarde, welke klassiekerwijze juist werd ingeroepen om die ingreep te recht-

(6) RANG F., *Patiëntenrecht*, Leiden 1973, p... en HAZEWINKEL-SURINGA, D., «*Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*», TJEENK-WILLINK, Haarlem, 1968, p. 218, 222 en NOYON-LANGEMEYER, «*Het wetboek van strafrecht verklaard*,» Deel II, S. Gouda, R. BROUWER EN ZOON, Arnhem 1954, beide besproken in VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *Medisch-Juridische aspecten van het einde van het menselijk leven*, KLUWER-DEVENTER, 1970, p. 43, voetnoot 1.

(7) Zie bv. in Nederland de volgende opvattingen : MAEYER J.M. *Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht*, p. 38 ; KURTMAN M.G.J.M., *De verhouding tussen ziekenfonds, medewerker verzekerde*, N.J.B. 1969, p. 338. VELDKAMP C.M.J., *De plaats van de geneesheer in de wettelijke structuur van de sociale gezondheidszorgen, De geneesheer en het recht*, serie Medisch recht nr. 1, KLUWER, 1968, 97 bladz. ; voor België zie o.a. RIJKMANS, X. en MEERT - VAN DE PUT R., *Les droits et les obligations des médecins, ainsi que les dentistes, accoucheuses et infirmières*, Bruxelles, LARCIER, Tome I, P. 164.

vaardigen, tenzij men natuurlijk zover zou gaan als bv. het Hoogste Gerechtshof in Massachusetts (V.S.) dat argumenteerde dat een transplantatie van een nier van een minderjarig kind in zijn tweelingsbroer (transplantatie die gebeurde met toestemming van kind en ouders) ook voor de «donor» een «benefit» zou zijn en aldus het klassiek geneeskundig contract inriep.

Ik geloof inderdaad dat dit een «*courageous piece of sophisticated reasoning*» (8) is, dat het geneeskundig contract als middel, als techniek gebruikt, en dat deze drie cases van de Massachusetts Court (9) «*cheating*» zijn «*by maintaining... that the child would suffer a trauma if he were not allowed to give twin a kidney or whatever it might be*» (10) (11).

In Frankrijk is het de jurisprudentiële theorie van de noodzaak, die de transplantatie de noodzakelijke immuniteit tegenover de strafwet kwam geven (12). En ook dit lijkt in zoverre «*cheating*», dat zulke rij voorwaarden worden gesteld opdat de theorie zou spelen, dat die een wel erg doorzichtige camouflage worden voor wat in feite een beleidsbeslissing, een optie, is.

III. TRANSPLANTATIE VAN ORGANEN — PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN EN RECHTEN OP DE PERSOON

De krampachtigheid van de toepassing van de systematiek in het probleem der transplantaties werd in vele studies erover ingezien. Er wordt dan ook grif toegegeven dat het in feite gaat om een rangschikking van waarden (13).

Juist omwille van de grote rol, die waarden hier spelen grijpt men als uitgangspunt ook heel gemakkelijk naar de *persoonlijkheidsrechten* (14). De persoonlijkheidsrechten vloeien immers voort uit één centrale waarde, namelijk het respect voor de menselijke persoon, in de meest ruime zin,

(8) HILBRANDON, «*The human body and the law*», a paper presented to the University of Aberdeen Law Society, February, 26, 1968, p. 12.

(9) MAIDEN V/HARRISON n° 686151, Eq. Mass. Sup. Jud. Ct., June 12, 1957, HUSKEY V/HARRISON, n° 68666, Eq. Mass. Sup. Jud. Ct., Aug. 30, 1957, FORSTER V/HARRISON, n° 68674, Eq. Mass. Jud. Ct., Nov. 20, 1957.

(10) DAVID DAUBE, *Ethics in medical progress*, p. 198.

(11) Zie nochtans in dezelfde zin de uitspraak van het gerechtshof in Washington in de zaak Me. Makoce V. MC. Mahari 1973, besproken in SKEGG P.D.G., Covent to medical procedures on minors, *Modern Law Review*, 1973, p. 378.

(12) Zie MALHERBE, J., *Médecine et droit moderne*, Paris 1968, p. 37 ; DOLL, J.P., *La discipline des greffes des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Paris, 1970, p. 59-60 ; — SAVATIER, R., Les problèmes juridiques des transplantation d'organes humains, *Jurisclasseur Period.*, I, Doctrine, 1969, 2247.

(13) Zie bv. SAVATIER R., *loc. cit.*, 2247.

(14) Zie bv. VAN-TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL H.A.H., *o.c.*, p. 17 e.v.

dewelke men onder anderen ook door het recht beschermd wenst te zien. Nochtans moeten hierbij twee bedenkingen gemaakt worden.

1° Een beroep doen op waarden en persoonlijkheidsrechten kan niet zonder meer een oplossing brengen. Immers ook de menselijke solidariteit, als waarde, kan in bepaalde gevallen «*rechten op een persoon*» (o.a. schending van zijn fysische integriteit zoals bij transplantaties) justifiëren, welke begrensd worden en in konflikt komen met de persoonlijkheidsrechten aan deze persoon toegekend (15).

Men kan trouwens verder gaan en beweren dat heel wat transplantaties zouden geoorloofd zijn indien men gebruik maakte van een rationeel (ekonomisch) model dat zou bepalen hoe de waarde «*leven*» bevoorbeeld maximaal zou kunnen gerealiseerd worden (16).

2° De tweede bemerking is fundamentele; wanneer men beroep doet op waarden, zoals daar zijn het respect voor de menselijke persoon, het menselijke leven, de gezondheid, het belang van de patiënt, het vertrouwen in de medische stand, enz... gebruikt men die waarden, en de veronderstelde consensus erachter dan niet lichtzinnig ter *rechtvaardiging* achteraf van het rechtssysteemtheoretisch gevonden of zelf opgebouwd model!

Stelt men zich de vraag in hoeverre daarover een werkelijke (en niet een zelf gekonstrueerde) consensus bestaat of welke de bestaansvoorwaarden zouden kunnen zijn voor zulke consensus.

Wanneer men spreekt over *de* waarde van het leven, de gezondheid, enz., laat men dan diegene over wiens leven het gaat wel voldoende aan het woord?

IV. TRANSPLANTATIE EN DE LEGALISATIE VAN DWANG

Aansluitende bij de vorige opmerking, zou ik dus steeds willen uitgaan van de wil van de betrokken persoon zelf, eerder dan van «*de waarden*», of «*het belang van de patiënt*» zoals dat door anderen (bijv. de geneesheer) voor hem geconcipeerd wordt.

In hoeverre die wil van de persoon zelf moet genegeerd worden omwille van zijn «*sociale functie*» zal ook ter sprake komen. Mijn invalshoek, namelijk de persoon zelf, met zijn wensen en verlangens, wordt hopelijk verklaard door de hogerstaande opmerkingen, toch zeker met betrekking tot dit studieobject, waar het gaat om het meest eigene van de persoon zelf.

(15) Zie DECOCQ A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris 1960, p. 3-4.

(16) Zie de opmerkingen van STEIN P. en SHAND J., in *Legal values in Western society*, Edinburg University Press 1974, p. 178 e.v.

A. In hoeverre mag een persoon over zijn lichaam beschikken ?

Daar aangenomen wordt dat het persoonlijkheidsrecht van de mens op leven gedragen wordt door de waarde die men hecht aan het instandhouden van het menselijk leven in het algemeen wordt in de westerse rechtssystemen niet aanvaard dat de mens volledig vrij over zijn leven beschikt (17).

Wel mag hij zijn recht op leven beperken ; in de meeste rechtssystemen is het dan ook aanvaard dat een persoon zijn lichamelijke integriteit schaadt en zijn levenskansen soms aanzienlijk vermindert, door een *niet-levensnoodzakelijk orgaan* af te staan. De rechtmatigheid daarvan, nog door DIERKENS in 1962 ontkend (18) wordt ook in het Belgisch recht aanvaard mits het gaat om een gift, die niet strijdig is met de openbare orde en de goede zeden en wanneer de kansen op het succes van de operatie het risico voor de donor aanzienlijk overtreffen (19).

Het preleveren van een *levensnoodzakelijk orgaan* — en tot die transplantaties zal ik mij in deze studie beperken — wordt integendeel in ons rechtssysteem alleszins onaanvaardbaar geacht, wanneer dit gebeurt bij een levend persoon, ook al stemt die persoon toe. Er wordt dan betoogd dat evenmin de «*vrije wil van de persoon zelf*» moord of zelfmoord voor het recht aannemelijk kan maken, de toestemming, in de huidige stand van het recht dit effect kan hebben ten aanzien van de uitname van levensnoodzakelijke organen.

Nochtans zou men kunnen aanvoeren dat de donor zelf het toch als waardevol kan aanzien, vooral wanneer hij ongeneeslijk ziek is, zijn eigen dood zinvol te weten door er iemands anders leven mede te redden ; bovendien wordt in ons huidig recht aan een persoon wel toegelaten zijn leven om een ander van de verdrinkingsdood te redden ; waarom niet om een ander, stervend omwille van een defektief orgaan te redden (20) ?

De mens mag wel beslissen wat er met zijn lichaam gebeurt *na zijn dood* ; dit blijkt, wanneer men juridische systeemcriteria gebruikt, uit de wetten op de begrafenis en de lijkverbranding (21).

(17) Zie bv. VAN TILL D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, p. 20-21.

(18) DIERKENS R., *Lichaam en lijk, raakpunten van recht en geneeskunde*, 1962, p. 27 CV.

(19) Over de toelaatbaarheid en de vereisten hiervoor van transplantaties «*ex vivo*» kan men lezen bij DOLL J.P., *La discipline des greffes, des transplantations, et des autres actes concernant le corps humain*, p. 52-108 ; MÅLHERBE J., *o.c.*, p. 36 e.v., MEYERS W., *The human body and the law*, Edinburgh University Press, p. 120-125 ; zie eveneens MATTHIJS, J., *Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet*, R.W. 1971-72, p. 171 e.v., en de referenties aldaar.

(20) Zie SMITH T.B., *Law and the human body, the relevance of coment*, Adress tot the Royal College of surgeons, Edinburgh, 10 november 1967.

(21) DIERKENS R., *o.c.*, p. 142-143 ; zie ook de Nederlandse wet op de Lijkbezorging, weergegeven bij TORRINGA R.A., *Transplantatie van menselijke organen Ars Aequi* 1970, XIX ; zie eveneens de Franse wet van 15 november 1887 sur la Liberté des Funérailles, weergegeven bij DOLL. J.P., *o.c.*, p. 154 ; zie ook de

De macht van de mens om over zijn lichaam te beschikken na zijn dood, wordt gegrond op zijn persoonlijkheidsrecht, dat reikt tot over de dood heen (22).

Nochtans wordt ook hier het persoonlijkheidsrecht weer beperkt door konflikterende waarden. Immers kan de piëteit die van oudsher aan het lijk wordt gehecht (23), bepaalde beschikkingsdaden ongeoorloofd maken ; een beschikking van een persoon dat zijn lijk als beestenvoer zou worden gebruikt, werd in strijd met de openbare orde en de goede zeden geacht (24).

Dat iemand zijn lijk bestemt voor transplantatie of andere medische of wetenschappelijke doeleinden blijkt echter niet in strijd met die noodzakelijke piëteit. Dit wordt thans in alle landen aanvaard (25). De gevoelens van de naastbestaanden kunnen evenmin aan de beschikking zijn rechtmatigheid ontnemen (26) en (27).

B. Moet het om een gift gaan ?

Het recht op eigen lichaam wordt als persoonlijkheidsrecht buiten de vermogensrechtelijke sfeer gesitueerd (28). De mens heeft dus, redenerend vanuit juridische systeemcriteria, geen eigendomsrecht, noch een recht van vruchtgebruik op zijn eigen lichaam.

De karakterisatie van de rechten op eigen lichaam als persoonlijkheidsrechten behoedt ons in bepaalde mate van het gevaar dat de menselijke persoon zelf, tot in zijn intiemste bestanddelen, als verhandelbare zaak, objekt van het door idealen als vrijheid en gelijkheid (vrij en gelijk tot

beslissing van het Franse Hof van Cassatie van 3 maart 1886 en van het Belgische Hof van Cassatie van 3 juli 1899, DOLL J.P., *o.c.*, p. 154.

(22) TORRINGA R.A., *loc. cit.*, p. 2 ; zie in die zin ook MAEYER J.M.M., Transplantatie van organen in het privaatrecht, *T.P.R.* 1969, p. 158 ; DIERKENS R., *o.c.*, p. 139 ; over het recht van de mens over zijn lichaam, zie VAN TILL D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, p. 24 e.v.

(23) Zie hierover DIERKENS R., *o.c.*, p. 145 en DOLL J.P., *o.c.*, p. 139-148.

(24) DOLL J.P., *o.c.*, p. 155-156.

(25) De Anglo-Amerikaanse common-law (dus afgezien van de wetgeving op dat stuk) beperkte de beschikkingsmacht van het individu op zijn lichaam, zie DWORKIN G., The law relating to organtransplantation in England, *Modern Law Review*, 1970, p. 375, nochtans is het volgens de moderne common law toegelaten zijn toestemming tot orgaanverwijdering na zijn dood te geven, zie MEYERS W., *The human body and the law*, Edinburgh 1970, p. 106.

(26) Of zoals SAVATIER het uitdrukt «...dans l'hierarchie des valeurs, celle qu'on sauve sur l'homme vivant, personnifiant l'esprit, prime celle du cadavre, qui, déserté par l'esprit va retourner à la poussière» — SAVATIER R. *loc. cit.*, 2247.

(27) Zie eveneens MAEYER J.M.M., *loc. cit.*, p. 101, DOLL J.P., *op. cit.*, p. 171, MATTHIJS F., *loc. cit.*, p. 222 ; contra is in 1962 DIERKENS R., *op. cit.*, p. 170.

(28) MAEYER J.M.M., *loc. cit.*, p. 156 ; DIERKENS R., *o.c.*, p. 27 e.v. ; TORRINGA R.A., *loc. cit.*, p. 2.

het verkopen van al wat hij heeft tot zijn eigen persoon toe !) geïnspireerde vermogensrecht zou worden.

Die dreiging is niet zo denkbeeldig. Reeds wordt aangenomen dat een persoon zijn haren of zijn semen verkoopt ; er wordt dan onderscheid gemaakt tussen «onderdelen die het lichaam zelf kan vervangen», waarover — ook in de vermogensrechtelijke zin — zou mogen overeengekomen worden, en niet door het lichaam vervangbare onderdelen t.a.v. dewelke elk contract ongeoorloofd zou zijn (29).

Gaan we echter op de duur ook niet aannemen dat iemand zijn hart, zijn longen, zijn hersenen verkoopt, onder de levenden, of terzake des doods misschien ? Zo is in Zweden bv. de verkoop van zijn lijk op voorhand toegelaten ; een arme man die zijn lijk verkocht had aan het Koninklijk Instituut voor Anatomie, stelde achteraf een vordering in om van zijn contract bevrijd te worden ; niet alleen werd hij in het ongelijk gesteld maar bovendien werd hij veroordeeld tot schadevergoeding omdat hij zonder voorafgaande toestemming een tand had laten trekken... (30).

De afstand van delen van zijn lichaam of lijk moet een gift blijven en dit om ruimte te laten dat het de vrije persoon zelf is die beslist, zonder dwang of druk.

C. De mens als sociale functie

«We are making dreadful mistakes in throwing away tissues and organs from thropeless and irreversible comatose cases which could be used in transplants. We are consigning many people to the grave by not making this decision» (31).

De mens kan aldus medisch opgevat worden als een leverancier van levende stof, een zeer schaars goed (32). Dit verwijst naar de sociale functie van de mens. Daarbij zullen drie vragen rijzen wat betreft het probleem van transplantaties van organen ; namelijk :

- Kan men iemand dwingen in het belang van anderen op te treden, zelfs al wenst hij dit niet ?
- Kan men van een persoon veronderstellen dat hij in het belang van anderen optreedt ?
- In hoeverre kan men een persoon aanmoedigen in het belang van anderen te treden ?

Om die vragen zinvol te beantwoorden moet men, naar mijn gevoelen twee zaken onderzoeken.

(29) TORRINGA RA., *loc. cit.*, p. 2 en MAEYER J.M.M., *loc. cit.*, p. 157.

(30) Verhaald door DOLL J.P., in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1969, p. 66.

(31) Uitspraak van Dr. BECKER van Harvard, geciteerd by STEIN P. en SHAND J., *o.c.*, p. 180.

(32) TER HEIDE J., *Preadvies voor de vereniging voor gezondheidsrecht*, p 14.

Vooreerst waartoe zal men al dan niet iemand dwingen, wat juist vraagt men van hem ?

Vervolgens, wie oordeelt over «*het belang van anderen*» ?

Het antwoord op de eerste vraag luidt klaarblijkelijk : «*Men vraagt hem zijn cadaverorganen af te staan na zijn dood*». Maar de dubbelzinnigheid ligt nu juist hierin dat dit moment van de dood niet meer zo duidelijk vaststaat. Reeds sinds enkele jaren spreekt men in medische termen over de «*dood als proces*» (33).

Het is trouwens via de onzekerheid over het moment van de dood dat de transplantaties van levensnoodzakelijke organen in aanraking kwamen met het rechtssysteem. Er kwamen immers enkele opzienbare gevallen voor de rechtbank zoals de niet uitgegeven Engelse zaak «*Regina v. Potter*», waar er grote verwarring heerste tussen «*medical death*» en «*legal death*» en waar men zich afvroeg of een lever werd verwijderd uit iemand die eigenlijk «*legally alive*» was (34), of zoals de ten onrechte dood verklaarde donor van Birmingham.

Aldus begon men in juridische kringen onvrede te ervaren met uitdrukkingen als «*niemandslaan*» tussen leven en dood (35), en nood te voelen aan de bepaling van de juridische dood als een lijn, een grens, die in casu zou markeren vanaf wanneer het opensnijden van een patiënt straffeloos wordt maar die ook in andere domeinen van het recht (o.a. het erfrecht, het huwelijksvermogenrecht, de levensverzekering en de pensioenen) noodzakelijk werd geacht (36).

Nochtans zijn meerdere auteurs van mening dat de conclusie «*de patiënt is dood*» een medische aangelegenheid is, waarmede juristen zich niet hoeven in te laten (37).

Deze redenering is juist en onjuist. Ze is juist in zoverre men bedoelt dat op dit ogenblik een wettelijke definitie van de dood, gepaard gaande met een bepaalde diagnostiek om die vast te stellen «*an over enthusiastic and perhaps unwarranted means of accomodation of the transplant surgeon*» (38) zou zijn.

(33) Zie o.a. REETSMA K., Ethical problems with artificial and transplanted organs : An approach by experimental ethics, in «*Ethical Issues in medicine, the role of the physician in today's society*», E. FULLER TORREY Editor, Boston 1968, p. 255.

(34) MEYERS W., o.c., p. 116 ; DWORKIN G., loc. cit., p. 369.

(35) Waarover gesproken wordt bij DOLL J.P., o.c., p. 198-199 ; MAEYER J.M.M., loc. cit., 1325-1331.

(36) VAN TILL D'AULNIS DE BOUROUILL H.A.M., Doodscriteria, achtergronden van verwarring en poging tot opheldering, T.P.R. 1974, Nr. 2-3, p. 539 ; eveneens in die zin : VAN AGT A.A.M., *Het ziekenhuis en de eerbied voor het menselijk leven*, Serie Medisch Recht 4, KLUWER Deventer, p. 84.

(37) SAVATIER J., *Cahiers Laënnec*, Maart 1968, p. 26-40 ; zie ook DOLL J.P., La Discipline des greffes..., o.c., p. 210-214, DWORKIN G., p. 375. loc. cit. ; zie eveneens de opvattingen geciteerd bij VAN TILL D'AULNIS DE BOUROUILL, in T.P.R., loc. cit., p. 497.

(38) MEYERS W., o.c., p. 120.

Zoals gezegd zijn het immers de eerste transplantaties van levensnoodzakelijke organen geweest, die de noodzaak van een wettelijke definitie van de dood ter sprake brachten; zo heeft trouwens bijvoorbeeld de Franse circulaire van 24 april 1968, dewelke nieuwe (39) doodscriteria voorop stelt, de weg vrij gemaakt — en was verplicht ook zo bedoeld (40) — voor de Franse «Roblaintransplantatie».

Het is niet wenselijk en gevaarlijk in de huidige situatie aan de transplantatiechirurg de (juridische) macht te geven te oordelen over het belang of de waarde van het leven van anderen, hoewel dit in een aantal buitenlandse rechtssystemen gedaan wordt (41).

Iets dergelijks zou pas mogelijk zijn wanneer er een ondubbelzinnig antwoord was op de volgende vragen.

a. Wanneer is iemand niet meer te beschouwen als een menselijke persoon? Dit is een vraag naar een *etisch-antropologische definitie van de dood*. Hierover bestaat reeds onenigheid. VAN TILL — D'AUNIS DE BOURNOUILL (42) neemt aan dat iemand leeft zolang hij intermenselijke communicatie kan opvangen, ook al zendt hij er geen meer uit. W. SCHUURMANS - STEKHOVEN daarentegen meent dat het leven slechts bestaat indien er naast inkomende ook «*uitgaande*» bewustzijntekenen voorkomen (43). Wel is duidelijk dat «*het ogenblik waarop het menselijk leven ophoudt*» voor allen gelijk moet vaststaan; het is inderdaad onaanvaardbaar één doodscriterium te hanteren voor een bepaald soort mensen en een ander voor een andere groep mensen (bv. orgaandonors). Alle mensen zijn om dezelfde reden «*dood*», namelijk omdat ze als menselijk persoon hebben opgehouden te bestaan. Het is ook duidelijk dat wanneer dat is, ons allen aangaat en dat dit niet alleen een louter medische aangelegenheid is (44) (45).

b. Hoe vertaalt men dit antropologisch criterium in een *biologisch* gegeven?

(39) Nieuw tegenover de dekretten van 3 februari 1948, 27 januari 1955, en 19 september 1958.

(40) MEYERS W., *o.c.*, p. 113.

(41) De Spaanse Ordonnantie van 30 april 1951, het Italiaans dekreet van 11 augustus 1969, het Franse wetsvoorstel GERBAUD «Tendant à définir la mort clinique et à permettre le prélèvement d'organes en vue de greffes sur d'autres personnes», het Belgische wetsvoorstel van 16 januari 1969, ingediend door volksvertegenwoordiger CORNET d'ELZIUS, de Franse circulaire van 24 april 1968, waarvan de tekst is weergegeven bij DOLL J.P., *o.c.*, p. 294, 301, 307, 289 en 224.

(42) VAN TILL D'AUNIS DE BOURNOUILL in T.P.R., 1974, *o.c.*

(43) In Nederlands juristenblad, 24 mei 1975, 6664.

(44) Zie C.O.T. van het Nederlandse Rode Kruis, Eindrapport. Ethische werkgroep, p. 50.

(45) Zie ook HUNT P.M.A., «*Defining death*», p. 2, geciteerd bij MEYERS W., *o.c.*, p. 120: «The definition of death is not purely a medical question but also has become a social question that must be considered by the appropriate legislation and judicial authorities on a public policy basis».

Er bestaat tamelijk grote eensgezindheid om te verklaren dat het biologisch einde van het menselijk leven de «*hersendood*» is (46).

c. Hoe dan moet die *hersendood medisch-technisch* gediagnosticeerd worden? Hier ligt het grote struikelblok; inderdaad is er een onderscheid tussen de definitie van de dood (bv. als *hersendood*) en de technieken die men gebruikt om vast te stellen wanneer iemands hersenfunctie nu wel volledig en blijvend is stilgevallen; en daarover is men het nog helemaal niet eens (47) (48). Omdat dit alles niet vaststaat, zal men zich moeten houden, zoals trouwens de meeste auteurs die zich verzetten tegen een juridische definitie van de dood voorstellen, aan het voorschrijven in ons rechtssysteem van een reeks voorzorgsmaatregelen om te verhinderen dat de patiënt-donor overhaastig dood zou worden verklaard (49).

Ook de meeste buitenlandse wetgevingen volstaan hiermede (50). Maar dan moet men ook inzien dat men aldus een juridische definitie geeft

(46) DOLL J.P., *o.c.*, p. 200; zie ook MATTHIJS J., *loc. cit.*

(47) zie het artikel van VAN TILL D'AULNIS DE BOUROUILL in T.P.R. 1974, *loc. cit.*, waar vooral drie scholen onderscheiden worden.

(48) Daarom is men geen stap vooruit door de dood als «*hersendood*» in een wet te karakteriseren want dan zal men bekomen dat iedere chirurg die «*hersendood*» op dezelfde manier vaststelt; nochtans heeft de Russische Minister van gezondheid transplantaties toegelaten op voorwaarde dat de patiënt «*clinisch dood*» is, zonder nadere omschrijving; zie DOLL J.P., *o.c.*, p. 213.

(49) SAVATIER J., *loc. cit.*, p. 91-92; Matthijs J., *loc. cit.*, p. 221; MAEYER J.M.M., *loc. cit.*, p. 163; DWORKIN G., *loc. cit.*, p. 375.

(50) Als voorzorgsmaatregel werden in buitenlandse wetgevingen voorzien:

1° De dood moet minsten door twee artsen worden vastgesteld. Dit is aldus bepaald in:

— Het wetsvoorstel CORNET d'ELZIUS, hoger reeds vermeld.

— De Luxemburgse wet van 17 november 1958, weergegeven bij DOLL J.P., *o.c.*, p. 293.

— De Spaanse wet van 18 december 1950, weergegeven bij DOLL J.P. *o.c.*, p. 293.

— Zie eveneens aldus de aanbeveling van de Engelse MAC LENNAN ADVISORY GROUP, ingesteld als een «*Government Committee*» in 1969 waarover gesproken wordt in DWORKIN G., *loc. cit.*, p. 375.

2° De artsen die de dood vaststellen moeten onafhankelijk zijn van het transplantatieteam; dit wordt uitdrukkelijk geëist in de volgende regelingen:

— De deklaratie van Sydney, weergegeven bij DOLL J.P., *o.c.*, p. 301.

— Het Italiaans dekreet van 11 augustus 1969, weergegeven bij DOLL J.P., p. 301.

— Het besluit van het Ministerie van Volksgezondheid van Tsjechoslovakije van 24 januari 1968, weergegeven bij DOLL J.P., *o.c.*, p. 305.

— De Franse wet van 7 juli 1949 op de keratoplastie, weergegeven bij DOLL J.P., *o.c.*, p. 250.

— De Amerikaanse Uniform Anatomical Gift Act, zie MEYERS W., *o.c.*, p. 112.

3° Het team dat de dood vaststelt moet bestaan uit gekwalificeerde personen, waartoe ook een wetsdokter kan behoren:

— De Poolse wetgeving voorziet in de toelating van het hoofd van het hospitaal.

— De Tsjechoslovaakse wetgeving eist de toelating van de wetsdokter.

— Volgens het Italiaans dekreet van 11 augustus, moet een college van geneesheren, waaronder specialisten, beslissen.

Deze wetgevingen worden weergegeven bij DOLL J.P., *o.c.*, p. 215 en 301.

aan de dood ; hierin juist ligt de verwarring in de denkwijze van de meeste tegenstanders ervan. Immers, wanneer men in een wet zegt dat een arts, na de in die wet bepaalde proceduremaatregelen te hebben nageleefd, «*juridisch safe*» tot een orgaanverwijdering mag overgaan, dan neemt men aan dat de patiënt op dat moment zijn rechtsbescherming verloren heeft, dus «*juridisch dood*» is.

Inzake de hierboven gestelde vraag, namelijk waartoe men de potentiële donor dwingt of aanspoort, betekent dit dat men hem dwingt of aanspoort, tot orgaansafstand na een beslissing van een reeks geneesheren, waarbij uw recht slechts vermag er voor te zorgen dat die beslissing «*zorgvuldig*» genomen wordt ; beslissing trouwens die in de juridische systematiek een hele reeks konsekventies heeft (o.a. verlies van rechterlijke bescherming). Hoewel dit het belangrijkste punt is, dat verduidelijking vroeg voor de openhartigheid in het probleem van dwang en drang inzake transplantaties, is er nochtans nog een andere verduidelijking te maken.

De transplantatie moet zo vlug mogelijk na de dood gebeuren. Daarom ook heeft ze gevolgen dewelke het sterven van de donor verstoren ; reeds voordat de donor gestorven is, worden voorbereidende maatregelen genomen voor de aanstaande transplantatie ; bloedafname voor weefseltypering, injecties met anti-stollingsmiddelen, een langer voortgezette beademing en bloedsomloop. Het sterven wordt gerekt, de stervende wordt eventueel vervoerd, het lijk misschien gepreserveerd, het ons vertrouwde gedragspatroon rond een sterfbed wordt verbroken (51).

Houdt men er rekening mede, indien men iemand dwingt of aanspoort tot orgaanafstand, dat dit ook een inbreuk op hetgeen men soms noemt, *zijn recht onverstoord te sterven*, veronderstelt (52) ?

De tweede inleidende vraagstelling was wie eigenlijk oordeelde over het belang van anderen.

Staat het dan zo duidelijk vast dat transplantaties in het belang zijn van anderen ?

Vooreerst kan men zich afvragen of de recipiënt van het orgaan bereid is en het psychisch aankan om, ook na de operatie nog, met de dood voor ogen te leven, of alleszins in afhankelijkheid van voortdurende medische zorg (53) ; de zieke ervaart immers niet altijd de verlenging van zijn leven als een waarde.

Is men het er vervolgens wel over eens dat transplantaties in dié zin in het belang van anderen zijn, dat ze het leven van vele mensen, als «*zinnol menselijk leven*» kunnen verlengen of dat de medische wetenschap in elk

(51) VAN TILL D'AULNIS DE BOUROUILL, Medisch juridische aspecten van het einde van het menselijk leven, o.c., p. 32.

(52) Zie de belangenafweging in het eindrapport van de C.O.T. van het Nederlandse Rode Kruis, juridische werkgroep, p. 82-83.

(53) Eindrapport Commissie Orgaantransplantatie van het Nederlandse Rode Kruis, mei 1971, p. 130.

geval in de toekomst grote vooruitgang zal maken door te experimenteren op dat gebied (54) ?

En heeft men onderzocht of het nodige transplantatiemateriaal niet ter beschikking is zonder dat men dwang of aansporing tot orgaansafstand moet gebruiken ? (55)

Bovendien heeft de gemeenschap toch ook belang bij een gelijke verdeling van de gezondheidszorg (en de financiële middelen ter beschikking ervan) over al haar leden (56). De zware financiële en arbeidsintensieve inspanning, dewelke de transplantaties vereisen, nopen ertoe het levensbelang van de ontvanger of het belang dat hij heeft bij het herwinnen van zijn gezondheid (en het belang dat de chirurg heeft bij een succesvolle transplantatie) af te wegen tegen het belang dat de gemeenschap heeft bij een voldoende ontwikkeling en vooruitgang — voor allen op gelijke wijze — van de normale medische behandelingen in de ruimste zin.

Schept men de mogelijkheidsvoorwaarden opdat prioriteiten zouden kunnen bepaald worden in de aanwending van het menselijk en financieel potentieel ter beschikking van de gezondheidszorg (onder meer of de ziekteverzekering de kosten van de ingreep en de medische verzorging van de receptor achteraf zal dragen) ?

Na deze vraagstellingen, kan het probleem van eventuele dwang of drang tot orgaanafstand zuiver benaderd worden. En daarbij gaat het niet alleen om dwang op de donor zelf maar ook om dwang op de naastbestaanden.

1. KAN MEN IEMAND DWINGEN IN HET BELANG VAN ANDEREN OP TE TREDEN, OOK AL WENST HIJ DIT NIET ?

Wanneer een persoon uitdrukkelijk wenst niet in het belang van anderen op te treden, dan moet men zijn beschikking dienaangaande respekteren ; zelfs het levensbelang van de potentiële ontvanger kan de ingreep niet rechtvaardigen. Deze opvatting krijgt steun van alle wettelijke regelingen in het buitenland. Ook de naastbestaanden kunnen in dit geval geen toestemming verlenen.

Doll vermeldt ter rechtvaardiging van deze mening dat de weigering tot lijkschending religieuze of wijsgerige achtergronden kan hebben (57).

Nochtans zouden KHOTTEMBELT in Nederland (58) en KOHLHAAS in Duitsland (59) noch aan de toestemming, noch aan de weigering van de overledenen enig belang willen hechten.

(54) Negatief hierover is BEEKHUIS C.H., Niet gerechtelijke secties, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1967, p. 21 ; in hoeverre kunnen trouwens artificiële organen geen oplossing bieden ?

(55) Zie hierover de polemiek tussen KNOTTENBELT en SLUYTERS : KNOTTENBELT J., *loc. cit.*, p. 250 en SLUYTERS B., *loc. cit.*, p. 364.

(56) MATTHIJS J., *loc. cit.*, p. k.165.

(57) Zie DOLL J.P., *o.c.*, p. 62.

(58) KNOTTENBELT J., Transplantatie en toestemming, *W.P.N.R.*, 1970, nr. 5082, p. 250.

(59) KOHLHAAS M., Transplantation van Körperorganen als Rechtsproblem, *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, nr. 8, 23 februari 1968, p. 366-368.

Weefsels en organen van een dode, die voor transplantatie behouden kunnen blijven, zouden beschouwd worden als goederen die toebehoren aan de gemeenschap, waarover elke zeggenschap van de overledene of van zijn familie uitgesloten zou zijn of «*levenserhätung andern geht for Pietat*» (60).

In het licht van het voorgaande, moet men zich toch afvragen of het hier wel alleen om «*Pietat*» of om «*lijkschending*» gaat.

2. DE OVERLEDENE HEEFT ZIJN WIL NIET TE KENNEN GEGEVEN.

KAN HIJ VERONDERSTELD WORDEN IN HET BELANG VAN
ANDEREN OP TE TREDEN ?

KOHLHAAS en KHOTTEMBELT stellen dan ook als regel, dat, wanneer de donor zijn wil niet te kennen heeft gegeven, op basis van de menselijke solidariteit toestemming ondersteld dient te worden.

De meerderheidsopvatting lijkt echter te zijn dat toestemming niet mag ondersteld worden.

In de discussie hieromtrent worden voortdurend feitelijke met normatieve argumenten verward.

Het feitelijke argument luidt als volgt :

«*Onze mensen stemmen wel of niet toe in orgaansafstand als zij zwijgen*» ; om dit te kunnen uitmaken zou men hierover een sociologische enquête dienen te doen, die echter de mensen voorlicht over wat er juist van hen gevraagd wordt (61) (62).

Het normatieve argument daarentegen luidt :

«*De mensen moeten hun sociale functie inzien ; zij moeten leren inzien dat in het levensbelang van de anderen het nodig is toestemming te onderstellen*».

Voor men zulke norm via het rechtssysteem legaliseert, dient men zich rekenschap te geven van de hoger beschreven konsekventies tenminste om de discussie hierover duidelijk te laten verlopen.

Juridische systeemcriteria, gehaald uit de wetten op de lijkbezorging of op de begrafenis (63) of vanuit de rechtspraak in analoge zaken (64), kunnen hier echt niet de doorslag geven.

Toestemming onderstellen lijkt mij niet mogelijk wegens het ontbreken

(60) KOHLHAAS, M., *loc. cit.*, p. 367.

(61) Zie hoger

(62) De resultaten van de opiniepeiling, geleid door de I.F.O.P. van 10 januari 1968 kunnen dan ook niet overtuigen ; immers wordt daar gevraagd of men bereid zou zijn, zijn organen af te staan voor transplantatie nadat de dood «gecertificeerd» zou zijn ; hetzelfde geldt voor de opiniepeilingen van de kranten «France-Soir» en «Paris-Presse», beiden geciteerd bij DOLL J.P., *o.c.*, p. 172-173.

(63) Zoals in de discussie KNOTTENBELT, *loc. cit.*, p. 243, en SLUYTERS B., transplantatie en toestemming, een commentaar, *W.P.N.R.*, 1-8 augustus 1970, p. 363 e.v. of zoals in Zwitserland Siegrist H.O. doet, *Organtransplantation und Recht, München Med. Wschr.* 13 (1969), p. 745.

van doorslaande feitelijke argumenten en wegens het gevaar — althans tot nog toe — van de legalisatie van normatieve argumenten.

3. KAN MEN IEMAND AANSPOREN IN HET BELANG VAN ANDEREN OP TE TREDEN ?

Naast de principiële kwestie omtrent het al of niet vermoeden van toestemming vanwege de overledene, is men het in de juridische literatuur duidelijk oneens over de *rechten van de naastbestaanden* om al of niet toe te stemmen of zich te verzetten tegen de transplantatie.

Aldus worden vier «systemen» voorgesteld (65).

— *Het toestemmingssysteem* : alleen bij toestemming van de donor is orgaanverwijdering veroorloofd ; bij stilzwijgen van de donor kunnen de naastbestaanden toestemmen ; geven zij geen toestemming of bewaren zij het stilzwijgen, dan mag niet tot orgaanverwijdering worden overgegaan.

— In het *strikte toestemmingssysteem* zou, bij stilzwijgen van de donor niet gelet worden op het standpunt van de naastbestaanden en de ingreep niet geoorloofd geacht worden.

— *Het geen bezwaarsysteem* : Dit houdt evenals het toestemmingssysteem in dat bij toestemming van de donor de ingreep geoorloofd is, terwijl bij bezwaar de ingreep niet kan doorgaan en bij stilzwijgen van de donor de beslissing bij de naastbestaanden berust. Het verschil met het toestemmingssysteem is dat bij stilzwijgen van de donor en de naastbestaanden de ingreep geoorloofd is.

— Bij het *strikte geen-bezwaarsysteem* kan het standpunt van de naastbestaanden buiten beschouwing blijven : bij stilzwijgen van de donor wordt de ingreep geoorloofd geacht.

In buitenlandse wetgevingen vindt men voorbeelden van drie van deze systemen (66).

(64) In Nederland wordt aldus, dit maal ter ondersteuning van het recht van de naastbestaanden, vaak het Hoge Raad arrest vermeld, waarin een persoon, die kronen en stifttanden van een lijk wegnam, jegens de naastbestaanden wegens diefstal veroordeeld werd ; dit arrest werd trouwens bekritiseerd, zie TORRINGA R.A., *loc. cit.*, p. 3 en 4.

(65) KNOTTENBELT J., *loc. cit.*, nr. 5081.

(66) a) *Voorbeelden van het toestemmingssysteem* :

- De *Braziliaanse wet* van 10 augustus 1968 vereist de geschreven toestemming van de echtgeno(o)te(e) ofwel in de volgende rangorde : de afstammelingen, de voorouders, de zijverwanten, of religieuze of civile corporaties, die verantwoordelijk zijn voor het lijk.
- De *Spaanse Ordonnantie* van 17 februari 1955 vereist in principe de toestemming van de naastbestaanden, behalve wanneer het onmogelijk is hun wil te kennen.
- De *Luxemburgse wet* van 17 november 1958 vereist de toestemming van de naastbestaanden, in de volgorde waarin zij tot de erfopvolging geroepen zijn.
- Het *Fransé wetsvoorstel Gerbaud* vereist de geschreven toestemming van «tous les ayants droit». Zie bij DOLL, *o.c.*, p. 289, 296, 302 en 305.
- De *Amerikaanse Uniform Anatomical Gift Act* vereist de toestemming door een aantal personen, bepaald in volgorde van prioriteit behalve wanneer die

- weten dat de overledene tegengestelde richtlijnen gegeven heeft, zie bij MEYERS W., *op. cit.*, p. 112.
- In het eindrapport van de Commissie Orgaantransplantatie van het *Nederlandse Rode kruis* (hoger reeds geciteerd) wordt met grote meerderheid voor het toestemmingssysteem geopteerd.
- b) *Voorbeelden van het geen-bezwaarsysteem :*
- De *Deense wet* van 2 juni 1967 (art. 3) verbiedt orgaanuitname ingeval van bezwaar van de naastbestaanden of indien de religieuze of filosofische opvattingen van de overledene of van zijn familie zich er tegen verzetten.
 - De *Italiaanse wet* van 3 april 1967 (Art. 1) verbiedt orgaanuitname indien de echtgenote of de naastbestaanden (tot de tweede orde) zich daartegen verzetten.
 - Volgens de *Zweedse wet* van 1958 (Art. 8) mag tot orgaanuitname overgegaan worden behalve wanneer de naastbestaanden zich verzetten of wanneer de operatie onverenigbaar is met de principes van de overledene of van de naastbestaanden, zie bij DOLL J.P., *o.c.*, p. 291, 296, 303.
 - Het reglement inzake obducties en transplantaties dat sinds mei 1969 in het *Akademisch Ziekenhuis te Gent* in werking is, huldigt de volgende opvatting : In principe kunnen organen uit een lijk worden weggenomen met het oog op een transplantatie die noodzakelijk of nuttig wordt geacht. Nochtans mogen de patiënt of de naastbestaanden zich verzetten : dit verzet moet uitdrukkelijk worden uitgebracht hetzij in de receptie, hetzij bij het diensthoofd, of bij één van de geneesheren van dienst, zie bij MATTHYS J., *loc. cit.*, k 222.
 - De *Nederlandse Commissie* van de Gezondheidsraad heeft in een interimrapport in 1968 haar voorkeur uitgesproken voor een geen-bezwaarsysteem.
- c) *Voorbeelden van het strikte geen-bezwaarsysteem :*
- In *Frankrijk* bepaalt een *dekreet* van 20 oktober 1947 dat in bepaalde, op een lijst voorkomende hospitalen, «sans délai» tot autopsie of orgaanuitname mag worden overgegaan, behalve wanneer er een gerechtelijk onderzoek aan de gang is, of wanneer de overledene gestorven is tengevolge van een arbeidsongeval, tot de islamitische godsdienst behoort of oorlogsverminkte is. Dit mag gebeuren «sans consultation de la famille» : aan de familieleden wordt dus geen gelegenheid tot verzet gegeven. Wel moet rekening gehouden worden met spontaan geuite bezwaren van de familieleden ; dit werd duidelijk naar aanleiding van een vordering vanwege «L'Union départementale des Associations familiales» bij de Raad van State; zie bij DOLLE J.P., *o.c.*, p. 80.
 - In *Polen* en in *Tsjechoslovakije* wordt geen acht geslagen op de bezwaren van de familieleden ; zie bij DOLL J.P., *o.c.*, p. 245 en MAEYER J.M.M., *loc. cit.*, p. 162.
- d) *Betwiste wettelijke regelingen :*
- De *Engelse Human Tissue Act* (Art 2) machtigt «the person lawfully in possession of the body» tot orgaanuitname toestemming te geven, behalve ingeval van bezwaar van de overledene of de familieleden, zelfs indien aangenomen wordt dat «the person lawfully in possession of the body het hospitaal is waar de donor overlijdt — en hierover bestaat discussie — dan nog wordt het hospitaal de plicht opgelegd om, bij gebreke aan geuite bezwaren «to make such reasonable enquiry as may be practicable», wat in de praktijk erop neer komt dat de toestemming van de familieleden moet bekomen worden. Zie MEYERS W., *o.c.*, p. 107 en 108 ; LOUISELL D.W., *Ethics in medical progress*, p. 88.
 - Ook het in *Nederland*, krachtens de wet op de lijkschouwing geldende systeem is niet gans duidelijk. KNOTTENBELT meent dat de wet toestemming van de naastbestaanden niet vereist ; volgens SLUYTERS is toestemming volgens dezelfde wet wel vereist ; volgens TORRINGA zou de wet op de lijkbezorging, mits orgaanverwijdering daar uitdrukkelijk in te voegen, als «geen-bezwaarsysteem» kunnen gelden ; zie de reeds geciteerde artikelen.

Opgemerkt dient te worden dat de naastbestaanden maar ten tonele komen wanneer de stervende zijn wil niet te kennen heeft gegeven. Immers wanneer een persoon een beslissing heeft genomen omtrent zijn eigen sterven, na voldoende te zijn voorgelicht over de consequenties van zulke beslissing, dan moeten de naastbestaanden die beslissing respekteren (67) (68).

Maar wat bij stilzwijgen van de donor ?

Kan men dan de naastbestaanden konsulteren als de mensen die de stervende van dichtbij kenden en dus weten wat hijzelf zou gewild hebben (dus niet als rechthebbers op een ongeschonden lijk (69) !) of neemt men op feitelijke grond aan dat de naastbestaanden dit niet kunnen of op normatieve grond dat het een ongeoorloofde aansporing tot naastenliefde zou betekenen hen in het stervensuur van een familielid te vragen op te treden in het belang van anderen (70) ?

Dit is de enige optie ; immers eens men aanvaardt dat de naastbestaanden kunnen gekonsulteed worden, zal men met hun bezwaren dienen rekening te houden : immers is het praktisch niet denkbaar dat een chirurg, die de naastbestaanden inlicht over het feit dat hij van plan is tot transplantatie van een orgaan over te gaan, dit toch zou doen indien die bezwaren maken. Hij doet dus de ingreep met toestemming van de naastbestaanden.

Aldus verschilt hetgeen genoemd wordt het geen-bezwaarsysteem «*in ruime zin*» niet erg van het toestemmingssysteem in ruime zin. Het enige geval waar verschil tussen beide systemen zou bestaan is wanneer in het ruime geen-bezwaarsysteem een termijn zou bepaald worden, waarbinnen

(67) Dit wordt aanvaard in bijna alle wettelijke regelingen in het buitenland ; nochtans zou, in de vroege Anglo-Amerikaanse common law zulk verzet vanwege de familieleden zeker sukses hebben gehad (MEYERS W., *op. cit.*, p. 107) ; in sommige staten van de V.S. is er trouwens nog steeds twijfel of een testamentaire toestemming tot orgaanverwijdering gevolg zou gegeven worden, indien de echtgeno(o)t(e) of de kinderen zich verzetten ; dit is het gevolg van het feit dat de common law aan de naastbestaanden een kwasi eigendomsrecht op het lijk, althans voor begrafenisdoeleinden, toekent, zie MEYERS W., *op. cit.*, p. 101 ; de Engelse Human Tissue Act machtigt slechts diegenen «*in lawful possession of the body*» de wil van de overledene uit te voeren ; deze zijn daar niet toe verplicht. Bovendien kunnen de familieleden zich verzetten.

(68) Zie in die zin ook MAEYER J.M.M., *loc. cit.*, p. 161 ; DOLL J.P., *o.c.*, p. 171 ; MATTHIJS J., *loc. cit.*, p. 222.

(69) Zie de kritiek op het Hoge Raad arrest, vanwaar hoger sprake in voetnoot 64 ; BEEKHUIS karakteriseert juist het recht van de naastbestaanden als een van het recht van de overledene zelf afgeleid persoonlijkheidsrecht, BEEKHUIS C.M., *loc. cit.*, p. 13-15.

(70) SAVATIER R., *loc. cit.*, j 2247 ; DOLL J.P., *o.c.*, p. 72.

de naastbestaanden moeten reageren en wanneer die niet gevonden zouden kunnen worden (71).

Dit laatste punt leidt tot vragen of alle naastbestaanden moeten gevonden worden (72) en akkoord gaan en hoe dit kan gebeuren binnen (73) de voor transplantatie nuttige tijdspanne. Moet er een volgorde bepaald worden tussen de naastbestaanden om te vermijden dat ze het oneens worden? Men ziet dat al deze zaken toch en verregaande inbreuk op het ons vertrouwde stervenspatroon kunnen meebrengen. De enige oplossing schijnt dan ook te zijn de mogelijkheidsvoorwaarden te creëren om *de persoon zelf zoveel mogelijk te laten beslissen* aangaande zijn eigen sterven maar dan op een gunstig moment, want veel meer nog dan voor de naastbestaanden is het voor de donor zelf een emotionele druk hem in zijn levensuur toelating tot orgaantransplantatie te vragen (74).

En ook hier zal men, bij het zoeken naar een systeem om het de persoon mogelijk te maken in een gunstig ogenblik te beslissen, te kampen hebben met de noodzaak ongeoorloofde druk te vermijden.

Men dient het publiek attent te maken op de mogelijkheid tot orgaanafstand; nochtans mag deze publiciteit geen al te sterke emotionele gebondenheid, vooral bij jonge mensen, oproepen (75).

De beslissing moet weloverwogen zijn. Men kan een leeftijdsvereiste vooropstellen (76). Men kan een vormelijke akte vereisen, als een testamentaire akte, dewelke ook een waarborg inzake leeftijd impliceert; bijna alle buitenlandse wetgevingen stellen deze vereiste (77).

(71) Hier is dan ook vaak verwarring in de discussie toestemmingssysteem-versus geen-bezwaarsysteem en worden er autoriteiten als tegenstanders van het toestemmingssysteem geciteerd, die bij nader toezien een geen-bezwaarsysteem voorstaan dat eigenlijk op hetzelfde neerkomt als een toestemmingssysteem: zo bv. DOLL J.P., o.c., waar hij Bucher citeert; eveneens MATTHIJS J., *loc. cit.*, p. k 224.

(72) Misschien kan een criterium als voorkomt in de Engelse Human Tissue Act (namelijk van de «reasonable enquiry») een oplossing bieden.

(73) Zoals voorgesteld in het Franse wetsvoorstel GERBAUD — zie hoger.

(74) Ook VAN TILL D'AULNIS DE BOUROUILL, in Medisch juridische aspecten van het einde van het mendelijk leven, o.c., opteert op die grond voor het toestemmingssysteem.

(75) Cfr. de in Nederland gebruikte advertentie waar een jonge «nietsnut» waarvan niemand iets had verwacht, bij zijn dood door een auto-ongeval iedereen verrast omdat hij een kaartje met toelating tot orgaantransplantatie bij zich had; achter zijn ruwe uiterlijkheid verborg hij een gouden hart!

(76) 21 jaar zoals in het Belgische wetsvoorstel CORNET d'ELZIUS en in de Deense wet; weergegeven bij DOLL J.P., o.c., p. 291.

(77) — De *Nederlandse wet op de lijkbezorging* (Art. 1.d en 1.e voorziet dat de overledene bij uiterste wil of bij notariële akte zijn lijk voor gedeeltelijke ontleding of lijkopening mag bestemmen; indien het lijk binnen de normale termijn kan begraven worden is geen bijzonder verlot van de burgemeester nodig.

— De *Franse wet* van 7 juli 1949 vereist «une disposition testamentaire» om zijn ogen voor transplantatie af te staan; dit moet in ruime betekenis begrepen worden: een duidelijke, getekende en gedagtekende geschreven

Nochtans dient de vraag gesteld of men, in het licht van de nood aan een beslissing vanwege de persoon zelf, het hem niet gemakkelijker moet maken zijn wil te kennen te geven. Men zou kunnen toelaten aan alle donors een (78) teken te laten aanbrengen op hun identiteitsbewijs of men zou een centraal register kunnen bijhouden, waar zowel uitdruk-

wilsuïting is voldoende (DOLL J.P., *o.c.*, p. 256-257). Voor het afstaan van zijn lijk of bijzondere delen ervan voor medische doeleinden is geen bijzondere wetgeving voorzien in Frankrijk.

- Het Franse dekreet van 20 oktober 1946, waarover reeds sprake is, spreekt niet over de beschikkingsmacht van de donor over zijn lijk. Uit de wet van 15 november 1887 «sur la liberté des funérailles» zou men eventueel een recht kunnen afleiden van elke mens om zijn lichaam af te staan aan een Anatomisch Instituut, beschikking die echter in testamentaire vorm (in ruime zin) gegoten moet worden (DOLL J.P., *o.c.*, p. 155).
- Het Franse wetsvoorstel GERBAUD vereist een schriftelijke beslissing en meer bepaald een gift of een testament.
- De Engelse *Human Tissue Act* (1961) vereist een, in het bijzijn van twee getuigen, mondelinge of schriftelijke toestemming om zijn lichaam te gebruiken voor wetenschappelijk en therapeutische doeleinden (DWIRKIN G. *loc. cit.*, p. 366).
- Aan de Engelse *Human Tissue Act* gelijkaardige bepalingen vindt men in de *Nieuw-Zeelandse Medical Amendment Act* 1954, 24 A, 1 (DIERKENS R., *o.c.*, p. 173).
- In de *Unie van Zuid-Afrika* zijn twee modaliteiten van toestemming voorzien: schriftelijk (in de vorm van een testament) op elk ogenblik van het leven, of mondeling, in aanwezigheid van één of meer getuigen, tijdens de ziekte waaraan de persoon overleden is (Post mortem examinations and removal of human Tissues Act, 1952, 1.2. (2) (a) (i)).
- De Spaanse wet van 18 december 1950 (Art 2) voorziet in een toestemming in de vorm van een authentieke akte.
- De Deense wet van 9 juni 1967 voorziet in een schriftelijke toestemming van een persoon van minstens 21 jaar.
- De Braziliaanse wet van 10 augustus 1968 schrijft alleen een uitdrukkelijke wilstoestemming van de decujus voor.
- In de *Vereigde Staten* heerst onduidelijkheid: in sommige Staten zijn er wetten, in andere niet; sommige wetten voorzien in schriftelijke toestemming (bv. die van Alabama en Ohio); anderen achten mondelinge toestemming voldoende (Maine en Nebraska) (zie bij DIERKENS R., *o.c.*, p. 173). Sommige wetten voorzien dat giften alleen aan bepaalde instellingen mogen gedaan worden, bijv. de Californische wet en de *America Uniform Anatomical Gift Act*, — zie verder: MEIJERS W. *o.c.*, p. 110. De «National Conference of commissioners on Uniform State Laws» ontwierp een uniforme wet: «The Uniform Anatomical Gift Act», die in 1969 reeds door 16 staten als wet werd aangenomen MEYERS W., *o.c.*, p. 111. Volgens deze uniforme wet is elke persoon, die bekwaam is een testament uit te voeren, eveneens bekwaam zijn hele lichaam of delen ervan af te staan aan een geneesheer, een school, een hospitaal, een orgaanbank, of zelfs aan een individu, voor wetenschappelijke en/of therapeutische doeleinden; de gift moet bij testament gedaan worden of in een geschrift, (in de aanwezigheid van twee getuigen); het is moeilijk zulke gift te herroepen.

(78) Zoals het Belgische wetsvoorstel CORNET d'ELZIUS bepaalt.

kelijke toestemmingen tot transplantatie als uitdrukkelijke weigeringen zouden opgetekend worden (79), of men zou een «*kaartensysteem*» kunnen invoeren, waarbij een persoon steeds een «*refusal card*» (80) of een «*carte de donneur*» (81) bij zich zou dragen. Ik acht het systeem van de «*carte de donneur*» te verkiezen; toestemming veronderstellen, eventueel tegengesproken door de «*refusal card*», kan ik om hogergeschetste redenen niet aanvaarden.

Men kan dus maar tot transplantatie overgaan wanneer men een «*carte de donneur*» in het bezit vindt van de stervende; eventueel zou ook één centraal register kunnen opgesteld worden dewelke, wanneer de papieren van de donor niet tijdig gevonden kunnen worden, door het hospitaal zou kunnen gekonsulteed worden.

Iedereen vanaf een bepaalde leeftijd *verplichten* zijn wil kenbaar te maken (82), zou een ongeoorloofde druk betekenen; trouwens zou men zich kunnen afvragen of transplantaties reeds belangrijk genoeg zijn om de administratieve rompslomp en de hoge kosten die met zulk systeem gepaard gaan, te rechtvaardigen.

Er dient bovendien voor gezorgd te worden dat zulke beslissing op alle momenten gemakkelijk *herroepen* kan worden.

V. KONKLUSIE

Dat dwang en drang in een rechtssysteem gelegaliseerd worden is al lang bekend.

Inzake het hier voorgebrachte probleem, is echter die dwang én de eventuele legalisatie ervan, enerzijds minder duidelijk (dan bijvoorbeeld in het strafrecht) en gecamoufleerd door een beroep op waarden — gezondheid, leven, menselijke solidariteit — welke door niemand in vraag durven gesteld worden, en anderzijds toch ook meer opzienbarend omdat het juist gaat om het ons meest eigene, ons lichaam, ons leven, onze geest.

Wat «*doet*» of «*verandert*» trouwens ingreep van het «*systeem recht*» zelf al niet? Welke reducties hebben plaats?

Deze bijdrage was bedoeld als een eerste stap in de richting van de beantwoording van deze vragen. Wellicht heb ik teveel getracht ook feitelijk juridische informatie te geven, zodat mijn bedoeling er misschien in verzonken is.

In dit geval hoop ik allen dat deze tekst alleszins de vraag oproept, waarom en hoe het recht zich met lichaam, gezondheid, leven en sterven, kan of moet inlaten?

(79) Zoals in Groot-Brittannië werd voorgesteld.

(80) Zoals in de Amerikaanse Uniform Anatomical Gift Act voorgesteld — zie MEYERS W., *o.c.*, p. 137.

(81) Afgeleverd door de «*Direction départementale de la santé*», zoals door DOLL voorgesteld.

(82) Zoals KNOTTENBELT voorstelt, *o.c.*, p. 250.