

## Orgaantransplantatie en mensenrechten

Werner Dreesen

*Langsheen een algemene beschouwing over de orgaantransplantatie (waarbij een omschrijving wordt gegeven van het woord en waarbij de taak van het recht op dit vlak wordt vermeld, alsmede de bestaande wetgeving daaromtrent, om dan de juridische positie van het lichaam en het lijk met betrekking tot de orgaantransplantatie te bepalen) wordt deze problematiek juridisch getoetst aan de relevante artikelen van het EVRM (Essentiële vragen hierbij zijn: Wanneer mag een orgaantransplantatie gebeuren?, Wie mag deze uitvoeren en waar mag ze gebeuren?, Welke organen mogen worden geëxplanteerd?, En tenslotte, wie draagt de kosten van de transplantatie en wie krijgt er implantatievoorrang?).*

*Enkele progressieve besluiten tonen aan dat er voor juristen nog een werkterrein braak ligt om een uniforme regeling op internationaal vlak uit te werken die als basis kan dienen voor een specifieke wetgeving per nationaal of supranationaal territorium.*

*Des considérations générales concernant la transplantation d'organes humains (on donne une définition de ce mot; la tâche du droit sur cette matière, de même que la législation existante, pour aboutir à la position juridique du corps vivant et du corps mort en rapport avec la transplantation d'organes) nous mènent à confronter cette problématique aux articles appropriés de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Des questions essentielles sont les suivantes: Quand est-ce qu'une transplantation d'organes peut avoir lieu?, Qui est légitimé à l'exécuter et où est ce qu'elle peut se passer?, Quels organes est-ce qu'on peut explanter?, Enfin, qui paye les frais de la transplantation d'organes et qui reçoit la priorité d'implantation?).*

*Quelques conclusions progressives nous montrent qu'il y a encore beaucoup à faire pour les juristes concernant le développement d'un règlement international uniforme qui pourrait être la base d'une législation spécifique sur un territoire national ou supranational.*

*A general consideration about the transplantation of human organs (that takes into account the definition of the word, the task of the law on this matter and a report of existing legislation; this makes possible to appoint the position of the human body alive and dead with relation to the transplantation of organs) is juridically tried out to the relevant clauses of the European Convention of the Human Rights (Quite important are the following questions: When can a transplantation of*

*organs occur ?, Who can execute it and where can it happen ?, Which organs can be explantated ?, And finally, who carries the costs of the transplantation and who gets priority for an implantation ?).*  
*Some progressive conclusions are formulated and show the need to elaborate a uniform international regulation by jurists, whereon a specific legislation for national or supernational territory can be based.*

## **§ 1. EEN ALGEMENE BESCHOUWING OVER DE ORGAAN-TRANSPLANTATIE**

### **A. Definitie en taak van het recht op het vlak van de orgaantransplantatie**

#### *1. Wat is orgaantransplantatie ?*

Ofschoon een definitie geven altijd gevaarlijk is (wegens onvolledigheid of een te algemeen karakter) lijkt het mij niet zo moeilijk deze van de orgaantransplantatie te formuleren. Verwonderlijk is wel dat de geraadpleegde (toch gerenomeerde) juridisch gerichte auteurs geen van allen een beschrijving geven (1-2). Het woord "orgaantransplantatie" spreekt misschien genoeg voor zichzelf. Toch vind ik het definiëren noodzakelijk.

Men zou orgaantransplantatie algemeen kunnen omschrijven als het overbrengen van één of meerdere menselijke organen of weefsels uit een al dan niet levend menselijk lichaam (explantatie) naar een levend menselijk lichaam (implantatie), uitgevoerd door een derde, en waarbij de gever "donor" en de ontvanger "receptor" of "acceptor" wordt genoemd.

In de geneeskunde maakt men een onderscheid tussen de auto, de allo-, de xeno- en de isotransplantaties. Onder autotransplantatie verstaat men een transplantatie van een weefsel of een orgaan bij hetzelfde individu. De allotransplantatie (homotransplantatie) betekent het transplanteren van een orgaan tussen twee individuen van dezelfde species, bijvoorbeeld van mens op mens of van hond op hond. De term xenotransplantatie (heterotransplantatie) wordt gebruikt, wanneer men organen transplanteert tussen verschillende species, bijvoorbeeld van geit op hond of van aap op mens. Deze wijze van transplanteren is tot

(1-2) Een omschrijving van het woord 'transplantatie' werd wel gegeven door WINKEL, F.W., "Toestemmings- vs. geen-bezwaarsysteem: een rechtspsychologische excursie", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1982, 98.

op heden in de kliniek onbruikbaar (3). Onder isotransplantatie ten slotte wordt begrepen "transplantaties tussen twee 'individuen van dezelfde species die bovendien ook histogenetisch identiek zijn" (4).

"Orgaantransplantaties kunnen zowel orthotopisch als heterotopisch geschieden. Onder orthotopische implantatie verstaat men de ingreep waarbij het orgaan 'bij de receptor' op dezelfde plaats komt te liggen als het orgaan oorspronkelijk lag 'bij de donor'. De meeste hart- en levertransplantaties worden orthotopisch uitgevoerd, evenals de longtransplantaties. De niertransplantatie zal practisch altijd heterotopisch worden uitgevoerd, dit wil zeggen op een andere plaats dan de oorspronkelijke localisatie" (5).

Men kan echter verder gaan in het definiëren van het woord orgaantransplantatie en daarin meerdere aspecten van deze handeling opnemen, zodanig dat het nog complexer wordt. En hier wordt een definitie pas echt gewaagd. De omschrijving die nu volgt kan misschien geen voldoening schenken aan specialisten ter zake, maar zij is toch een poging de onderwerpen in dit artikel (dat hoofdzakelijk juridisch gericht is) kernachtig samen te vatten.

Orgaantransplantatie, beperkt tot de allotransplantatie, orthotopisch of heterotopisch uitgevoerd, is dan het afstaan of laten wegnemen (explantatie) (6) in de grootst mogelijke anonimiteit tijdens het leven van de donor of na zijn dood en met zijn toestemming of deze van de naastbestaanden, van één of meerdere organen uit zijn lichaam door een daartoe bevoegd geneesheer in een daartoe geëigende ruimte, ten einde één of meerdere organen die "niet of niet goed functioneren" (7) of ontbreken in het lichaam van een ander persoon (de receptor) te laten vervangen door de zijne of te laten inplanten (implantatie) waardoor de receptor een beter leven zou kunnen lijden of om zijn dood uit te stellen in de nabije of veel verdere toekomst, dit alles zonder levens-

(3) DEROM, F., "Transplantatieleer", in *Leerboek chirurgie*, DE BOER, J., DEROM, F., GRUWEZ, J.A., KUIJER, F.J., den OTTER, G., ZWAVELING, A.I., Utrecht/Antwerpen, Bohn, Scheltema & Holkema, 1983, 182; wat betreft de xenotransplantatie bestaat er nu een experimenteel precedent. Bij Los Angeles in Loma Linda Medical Center... (Californië, USA) werd op 26 oktober 1984 bij een baby (om privacyredenen enkel Fae genoemd) een bavianenhart ingeplant. De ingreep kon het leven van het kindje echter niet redden; het overleed nog geen maand later.

(4) DEROM, F., *o.c.*, 183.

(5) *Idem*.

(6) Een omschrijving hiervan vindt men bij VAN HERTEN, J.H.S., "Toestemming bij ontleding, niet gerechtelijke sectie en orgaanexplantatie", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1980, 190.

(7) TORRINGA, R.A., "Transplantatie van menselijke organen", *Ars Aequi*, 1970, XIX, I, 1.

gevaar of onnodige zelfverminking voor de donor, en zonder winst-oogmerk.

Vooraf inzake de toestemming is het onderscheid tussen de orgaan-transplantatie van doden op levenden en van levenden op levenden essentieel. In § 2 volgt een uitgebreidere bespreking desbetreffend.

## 2. *Wat is de taak van het recht op dit vlak?*

Het behoort tot de taak van het recht in de maatschappij om, wanneer er over belangrijke onderwerpen die veel menen betreffen een kennelijke onenigheid of onduidelijkheid heerst, in het algemeen belang daarin orde te scheppen (8).

Dat dit nodig is op het terrein van de orgaantransplantatie kan niet worden ontkend. Het is een uitgelopen rivier die op een geëigende wijze moet worden gekanaliseerd. Immers: "il serait navrant que des règles juridiques archaïques fassent obstacle au progrès de la technique médicale et rendent impossible les audacieuses tentatives de greffes d'organes faites pour sauver la vie des patients que les thérapeutiques plus classiques ne permettent pas de soigner efficacement" (9).

Een kunstmatige ingreep is dankzij het wetenschappelijk onderzoek mogelijk geworden en dringt zich op wanneer een louter natuurlijk genezingsproces niet meer mogelijk is.

Tal van juridische problemen kunnen oprijzen inzake de belangenbescherming van de donor of van zijn naastbestaanden, en van de receptor (acceptor), die terwille van de rechtszekerheid best gecodificeerd worden. Anderzijds betreft orgaantransplantatie het meest eigene van de mens als lichaam, waarvoor men eerbied moet opbrengen.

"Alvorens men dan een regelsysteem met een erg specifieke structuur - zoals het recht toch is - in het meest persoonlijke van de menselijke persoon laat ingrijpen, dient men toch eerst te bedenken in hoeverre door het recht aan die schroom geraakt mag en kan worden" (10).

Weliswaar vindt ook de opvatting, dat het hier een zuiver medische en niet juridische aangelegenheid betreft, ruim ingang. Men houdt voor niet in te zien waarom het recht en zijn geschreven regelen, o.m. de wet

(8) VAN TILL-d'AULNIS de BOUROUILL, H.A.H., "Doodscriteria, achtergronden van de verwarring en een poging tot verheldering", *T.P.R.*, 1974, 496.

(9) SAVATIER, J., "Et in hora mortis nostrae", *Dalloz Sirey*, chronique jurisprudence, 1968, 89.

(10) DE MOOR, A., "Transplantatie van organen. Of: zal het recht dwingen tot naastenliefde?", *Jura Falc.*, 1976-1977, 69.

en het reglement, zich in deze materie zou mengen (11). Daartegenover dient gesteld dat het recht toch aansluiting moet vinden bij een juist zeer menselijke problematiek. Het recht gecreëerd door en voor mensen kan niet zomaar buiten spel worden gezet. Het wordt de hoogste tijd dat de jurist zich inventief met de transplantatieproblematiek gaat inlaten (12).

Nieuwe regelen dienen te worden geformuleerd, die hoofdzakelijk een waarborg zouden zijn 'voor het behoud van het menselijke, dat typisch inhoudt: eerbied voor de menselijke persoon en tegelijk samenhangigheid, verbondenheid met andere mensen', maar regelen die ook door het medisch korps zelf worden verwacht, en zelfs geëist, mede tot zijn eigen bescherming. De vorderingen van chirurgie en biologie leiden niet enkel tot buitengewone resultaten, maar ook tot de drempel van het ongeoorloofde (13).

Beter voorkomen dan genezen. Een oud spreekwoord dat de Belgische wetgever weleens aan de alarmbel kan laten trekken, "zoniet zullen bij hun snelle ontwikkeling de realiteiten zelf eerlang de poorten van het recht inbeuken, zonder dat men het onthaal zal hebben voorbereid en gericht, dat hen moest worden voorbehouden" (14).

## **B. Een overzicht van wetgeving met betrekking tot de orgaantransplantatie**

### *1. Welke wetgeving staat er concreet in verband met de orgaantransplantatie?*

Het is niet de bedoeling in het kader van dit artikel alle wetgeving in het binnen- en buitenland te bespreken. Dit zou wel interessant kunnen zijn om de vergelijking van de orgaantransplantatie met de mensenrechten meer perspectie te geven, maar ook dat is niet de bedoeling. Ik zal mij daarom beperken tot de opsomming van de ons dichtst omringende landen waar een wettelijke voorziening is getroffen. Vervolgens haal ik aan wat er op Europees vlak bestaat.

Maar hoe is vooreerst de situatie in België? De wet van 25 augustus 1961 betreffende de uitwisseling van therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong heeft eigenlijk niets te maken met de orgaan-

(11) MATTHIJS, J., "Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet", *R.W.*, 1971-1972, 165. Deze paragraaf is een louter citaat en niet de opvatting van Matthijs zelf.

(12) SCHUTYSER, K., boekbespreking: "Juridische aspecten van orgaantransplantaties", Hirsch Ballin E.D., *T.P.R.*, 1970, 62.

(13) MATTHIJS, J., *o.c.*, 165.

(14) MATTHIJS, J., *o.c.*, 166.

transplantatie. Dit blijkt al gauw uit art. 1 van deze wet, dat bepaalt wat men onder deze bestanddelen verstaat, nl. het mensenbloed en de derivaten ervan (15).

Vervolgens is er de wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong (16). Ook deze wet is niet relevant voor de orgaantransplantatie. Haar art. 1 bepaalt immers wat onder deze therapeutische bestanddelen moet worden verstaan: "ieder bestanddeel dat van een mens afgenomen wordt en voor therapeutische doeleinden bestemd is, zoals bloed, rode bloedcellen, serum, plasma, proteïnen en derivaten, alsmede weefsels en organen waaruit het menselijk lichaam samengesteld is". En het artikel gaat verder: "het bepaalde in deze wet is *niet* van toepassing op de extempore transfusies en overenting". Hiermee wordt het actieterrain van de wet beperkt: zij is dus niet van toepassing op organen die direct na hun wegneming worden gebruikt, en is aldus niet van toepassing op de orgaantransplantatie, waarbij de explantatie en implantatie zo snel mogelijk moeten gebeuren.

Wel was er het wetsvoorstel van de heer Ch. Cornet d'Elzium betreffende het wegnemen van organen post mortem (17). Dit wetsvoorstel werd geamendeerd door de heer Duerinck op 24 maart 1970 in de Kamer van Volksvertegenwoordigers (18).

Tenslotte is er momenteel (februari 1984) bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers nog een wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen en weefsels ingediend daterend van 27 februari 1981 (19).

Op 9 januari 1985 werd in de Kamer van Volksvertegenwoordigen een derde wetsvoorstel neergelegd betreffende de orgaantransplantatie (20).

Wat betreft het buitenland hebben volgende landen een concrete regeling (21): Denemarken, Finland, Zweden, Engeland, Nederland, Luxemburg, Frankrijk, Zwitserland, Italië, Tsjechoslowakije, Spanje en Portugal.

(15) *B.S.*, 28 oktober 1961, 8142; zie ook MATTHIJS, J., *o.c.*, 180.

(16) *B.S.*, 22 mei 1964, 5735; zie ook *Parl. Hand.*, Senaat, 1959-1960, 2228 en 2229.

(17) *Parl. St.*, Kamer, 1968-1969, n. 1/248, 2.

(18) *Parl. St.*, *o.c.*, nr. 2/248, 1.

(19) *Parl. St.*, Kamer, 1980-1981, 774.

(20) *Parl. St.*, Kamer, 1984-1985, nr. 1, 1098. Dit wetsvoorstel heeft geen deel uitgemaakt van de literaire informatie. Het werd ingediend één jaar na het voltooiën van dit werk. Het komt echter volledig overeen met de ontwikkelde visie op de orgaantransplantatie, behalve wat betreft het voorstel tot het strikte niet bezwaarsysteem bij orgaanafstand.

(21) Ik verwijs voor de juiste referenties naar MATTHIJS J., *o.c.*, 179-180. Een uitwerking vindt men bij X., "Utilisation thérapeutique de tissus et d'organes du corps humain", *Recueil Internationale de législation Sanitaire*, 1969, volume 20, 21-23.

Op Europees vlak is er concreet over de orgaantransplantatie de resolutie (78)29 van de Raad van Europa: zij dagtekent van 11 mei 1978 en draagt als titel: "Harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine" (er is ook een engelstalige uitgave). Vervolgens is er ook de aanbeveling nr. R (79)5 van de Raad van Europa betreffende "Le transport et l'échange internationaux de substances d'origine humaine", dagtekenend van 14 maart 1979.

## 2. Welke artikelen van het EVRM zijn relevant met betrekking tot de orgaantransplantatie?

Zoals ik reeds zei in de inleiding zijn er bij mijn weten geen vergelijkende studies, specifiek over dit onderwerp dan, verricht. Wel heeft Prof. Dr. H.J.J. LEENEN 'het zelfbeschikkingsrecht en de privacy van de mens in de gezondheidszorg' onderzocht in combinatie met art. 8 EVRM (22). Maar dat alleen is niet voldoende voor de orgaantransplantatieproblematiek.

Dezelfde auteur betoogt wel in een ander werk dat de "totaliteit en eenheid van de geestelijk-stoffelijke persoon als 'zodanig beschermd' wordt in het recht via o.a. individuele grondrechten zoals die in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het Europees Verdrag van de rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, en andere regelingen (grondwetten o.a.) zijn neergelegd" (23). Maar verder ontbreekt elke specificatie in verband met de orgaantransplantatie.

Het is de bedoeling in dit werk de relevante artikelen uit het EVRM te lichten die als referentiepunten kunnen dienen bij de verschillende (problematische) aspecten van de orgaantransplantatie. Een opsomming moge hier volstaan: een vergelijkende bespreking volgt verweven in § 2. Met betrekking tot de orgaantransplantatie komen de artikelen 2 (lid 1), art 3, art 5 (lid 1), art 8 (lid 1 en 2), art 9 (lid 1 en 2), art 10 (lid 1 en 2) in aanmerking.

In § 2 zal ik dus deze artikelen geïnterpreteerd verweven in de tekst van de orgaantransplantatieproblematiek. Ten aanzien van de artikelen 13 en 14 geldt evenwel een letterlijke toepassing met betrekking tot de orgaantransplantatie.

(22) LEENEN, H.J.J., *Rechten van mensen in de Gezondheidszorg*, Alphen aan den Rijn/Brussel, Samson, 1978, 24-44.

(23) LEENEN, H.J.J., "Recht op eigen lichaam", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1978, 4.

## C. De juridische positie van het lichaam en het lijk met betrekking tot de orgaantransplantatie

### 1. De beschikking over lichaam en lijk: een zuiver persoonlijkheidsrecht?

De mens is een eenheid van stoffelijkheid (objekt) en geestelijkheid (subjekt) vertegenwoordigd door zijn lichaam. Deze componenten maken de persoonlijkheid van de mens uit. Ze scheiden is onmogelijk, hoewel soms het lichaam wordt ondergebracht als een aparte categorie voor en na de dood.

Men kan "het lichaam enerzijds onderbrengen als een stoffelijke zaak waarover eigendom mogelijk zou zijn, anderzijds is het deel (of deel geweest) van een menselijke persoon, waardoor het zich onderscheidt van alle zaken die in het rechtsverkeer omgaan" (24).

De 'analogie met de eigendom' (25) is niet ver te zoeken als men stelt dat men organen kan afstaan: met beschikt soeverein over 'zijn' lichaam. Een "analogie met het erfrecht" (26) kan ontwaard worden wanneer men organen afstaat na het overlijden. Een analogie met het contractenrecht kan evenzeer in deze optiek worden doorgevoerd, omdat toch bepaalde afspraken moeten gemaakt worden naar aanleiding van "de transfer".

Dergelijke stellingen kunnen wel enige wrevel wekken: "Rechtssubjekt en rechtsojekt kunnen hier niet aan elkaar worden tegengesteld" (27). Het lijkt mij daarom beter het menselijk lichaam en lijk te beschouwen als zijnde 'rei extra patrimonium', "zaken niet vatbaar voor eigendom of welke vermogensrechten ook" (28). "Het stoffelijk deel van de mens is dus geen zaak in vermogensrechtelijke zin" (29) en het lijk "is geen nagelaten deel des erflaters vermogen" (30).

Het gaat hier om het menselijk zelfbeschikkingsrecht, niet om een vermogensrecht (31). De mens is mens door zijn lichamelijkeheid en als zodanig rechtssubjekt (32). Mijn lichaam is niet als 'zaak', als 'rechts-

(24) LEENEN, H.J.J., *o.c.*, 37.

(25) *Idem.*

(26) *Idem.*

(27) MAEIJER, J.M.M., "Transplantatie van organen en het privaatrecht", *T.P.R.*, 1969, 156.

(28) VAN OVEN, J.C., "Recht op eigen lichaam", *N.J.B.*, 1926, 19.

(29) PETIT, Ch., "Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtbetrekking", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1950, 431.

(30) *Idem.*

(31) LEENEN, H.J.J., *o.c.*, (24), 40.

(32) LEENEN, H.J.J., *o.c.*, (24), 39.



objekt' aan mijn heerschappij onderworpen (33), het is mijn hele persoonlijkheid die wordt ingezet voor het nemen van een beslissing, die zich in het extra-patrimoniaire beweegt, louter humanitaire doeleinden nastreeft, maar toch materie tot voorwerp heeft, dat echter slechts even materie is, want bestemd voor een vrij onmiddellijke integratie in een andere persoonlijkheid.

In deze zin kan ik dus mijn lichaam of delen ervan niet verkopen: het afstaan van weefsel of orgaan met het oog op een transplantatie kan hoogstens "een zuivere gift" (34) zijn. Maar "niettemin zijn contracten met betrekking tot het lichaam wel mogelijk" (35).

Men moet hier echter oppassen dat een dergelijk contract niet in strijd is met de openbare orde. Dat is het geval "wanneer het de vrijheid van de persoon aan banden legt, of het plegen van een misdrijf beoogt" (36). Het kan in overeenstemming zijn met de openbare orde en de goede zeden wanneer het doel moreel verantwoord is, "wanneer ... natura, gentium jus, vel mores civitati ..." het niet buiten de mogelijkheid van de overeenkomst plaatsen" (37). De afstand van delen van het lichaam of lijk moet een "gift" blijven, en dit om ruimte te laten aan de vrije persoon zelf, die beslist zonder dwang of druk (38).

Het recht van de mens op zijn lichaam en lijk kan uitgeoefend worden als een buiten het vermogensrecht liggend persoonlijkheidsrecht. Dit recht op zelfbeschikking moet in de grootste vrijheid kunnen worden gerealiseerd, zonder evenwel de gezondheid in gevaar te brengen of het lijk aan experimentele willekeur over te leveren.

## 2. *Geëxplanteerde organen: overgang van een persoonlijkheidsrecht naar een eigendomsrecht?*

De vraag stelt zich of organen die uit het lichaam of lijk zijn weggenomen geen voorwerp meer zijn van het persoonlijkheidsrecht. Zij maken materieel geen deel uit van het lichaam, noch van de donor, noch van de receptor. In het rechtsverkeer bestaan ze voor een moment op zichzelf en zijn als dusdanig een zaak geworden. Kan men dan eigenaar worden van de afgescheiden organen? De mens zou dan geen eigenaar zijn van zijn lichaam als geheel, maar wel van de afgescheiden organen ervan.

(33) MAEIJER, J.M.M., "Transplantatie van organen en het privaatrecht", *T.P.R.*, 1969, 156.

(34) MATTHIJS, J., *o.c.*, 169.

(35) LEENEN, H.J.J., *o.c.*, (24), 38.

(36) DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, Brugge, Die Keure, 1962, nr. 22, p. 20.

(37) *Idem.*

(38) DE MOOR, A., *o.c.*, 76.

Bij het stellen van die vragen mag de jurist zich niet laten "vangen" om via de klassieke denkcategorieën over de verwevenheid van "lichaam en ziel" en over "een zaak", chirurgisch afgescheiden, per sé andere klassieke rechtsinstituten zoals "eigendom", "verkoop", "gift" op de aldus afgescheiden zaak te willen toepassen. Hij loopt dan onvermijdelijk vast, omdat zulke klassiekers niet geconcipieerd zijn voor rechtsrelaties die ter gelegenheid van een orgaantransplantatie ontstaan. Een illustratie daarvan is de vraag die sommigen zich stelden, of deze afgescheiden organen niet te beschouwen waren als 'rei nullii', voor het geval de organen niet aan een specifiek bepaald persoon worden geschonken, maar geïmplanteerd worden bij de patiënt die het op het ogenblik van de explantatie het 'meest' nodig heeft (39). Dit zou dan met zich brengen dat de arts of het ziekenhuis een kortstondig moment eigenaar van die afgenomen organen waren geworden (40), waarna zij soeverein hebben beschikt aan wie zij werden toegekend.

Ook het voorstellen als een zuivere gift van organen, waardoor men het zeggenschap erover verliest en de geëxplanteerde organen in een juridische fictie reeds worden beschouwd als een geïntegreerd deel van het menselijk persoonlijkheidsrecht van de patiënt, die ze krijgt ingeplant, getuigt van zulke beslotenheid in het klassieke carcass.

Het is opvallend hoe deze problematiek gelijkenissen vertoont met de "sperma-banken", samengesteld door onbekende bezorgers ten behoeve van onbekende toekomstige moeders (of proefbuizen), of met de reeds bestaande wetgeving in zake bloed, serum, proteïnen enz.

Het lijkt niet zinnig hier van eigendomsovergangen te spreken. Anderzijds kan de materialiteit van afgescheiden organen als entiteiten niet worden ontkend, terwijl ook een rechtsordening ervan zich opdringt. Mede gelet op de finaliteit van deze kunstmatige entiteiten, die enkel maar een zinvolle betekenis hebben, wanneer ze terug in een persoon geïntegreerd worden, en aldus van diens hele persoonlijkheid gaan deel uitmaken, is enkel een rechtsinstelling "sui generis" op haar plaats, wars van begrippen zoals eigendomsrecht, maar eigen-regelend. Voor geëxplanteerde organen: bewarings- en bewakingsplicht van de bewaarder, organisatie van beslissingsbevoegdheid voor implantatie, toestemming, enz.

(39) Op de voorrangproblematiek kom ik in § 2 nog terug.

(40) De problematiek van diefstal van organen bij onrechtmatige wegname laat ik hier buiten beschouwing.

### 3. Geïmplanteerde organen : een zuiver eigendomsrecht ?

Sommigen houden voor dat "de enkele afscheiding een wijze van rechtsverkrijging" (41) is.

Het is weerom dezelfde denkwijze, die in het vorige punt becritiseerd werd.

Ik ben eerder van mening dat, eens de receptor het orgaan heeft ingeplant gekregen, in overigens in alle opzichten volkomen normale omstandigheden, hij niet meer of niet minder eigenaar van dat orgaan is, als de donor er eigenaar van was.

De receptie is zo totaal en integrerend dat een "eigendomsverkrijging" of een "eigendomsrecht" desbetreffend geen toepasselijke begrippen zijn.

De mens, en zeker de mens in nood, is nog wat anders zijn dan een op te lappen machine met een werkbon, waarop onderdelen en werkuren de componenten van de rekening uitmaken.

Omdat het zoveel te maken heeft met de fundamentele integriteit van de menselijke persoonlijke persoon, waarin ook het begrip "toestemming" centraal staat (42), vormt dit hoofdstuk een aanloop naar de relevante artikelen van het EVRM.

## § 2. DE ORGAANTRANSPLANTATIE IN HET LICHT VAN HET EVRM

### A. Wanneer mag een orgaantransplantatie gebeuren ?

Enkele algemene voorwaarden kunnen hier vooreerst opgesomd worden, getoetst aan de letter en de geest van het EVRM.

Een uitwerking is vervolgens opgenomen in dit hoofdstuk.

De verwijdering van één of meer organen is geoorloofd bij de donor in leven wanneer :

- de toestemming in volle helderheid van geest en volledig vrij werd genomen, zonder winst oogmerken. De wettelijke vertegenwoordigers van minderjarigen en van andere onbekwamen kunnen ter zake voor hun pupil niet toestemmen (43).

(41) PETIT, Ch., *o.c.*, 434.

(42) De problematiek van het toestemmings- of geen bezwaarsysteem komt in § 2 uitgebreider aan bod.

(43) TORRINGA, R., *o.c.*, 7.

- het niet gaat om een "charitatieve zelfverminking" (44), maar om een afstand, gedaan uit menselijke solidariteit tot levensredding en/of genezing van de receptor, al dan niet accuut aanwezig.
- hij/zij een "voldoende voorafgaande accurate en adequate voorlichting" (45) heeft gehad.
- de ingreep een louter therapeutisch doel voor ogen heeft (waarbij innovaties op het transplantatieterrein kunnen gebeuren, maar geen louter experimenteel doel beogen).
- de ingreep de grootst mogelijke anonimiteit betracht.
- de transplantatie in het ziekenhuis gebeurt door een daartoe bevoegd geneesheer.

Wat betreft de wegneming van organen uit een lijk moeten ten minste volgende voorwaarden zijn vervuld :

- de dood moet als een vaststaand feit ingetreden zijn. (cfr. infra).
- de toestemming tot explantatie van organen van de overledene moet bekend zijn. Bij stilzwijgen beslissen in voorkomend geval de naastbestaanden (toestemmingssysteem - zie verder).
- de ingreep dient op discrete wijze te gebeuren ; met name dienen de sporen van de ingreep zoveel mogelijk verwijderd te worden" (46). Een verslag van de explantatie dient opgesteld.
- de anonimiteit geldt voortdurend, behalve voor de justitie, die, indien noodzakelijk, steeds gegevens kan opvragen.
- een bruikbare receptor hoeft niet noodzakelijkerwijze op het ogenblik van de explantatie aanwezig te zijn.
- wegname moet gebeuren door een daartoe bevoegd geneesheer in een ziekenhuis.

Wat betreft de voorwaarden tot implantatie bij de receptor moeten we het volgende beschouwen :

- om het leven van de receptor te redden, of wanneer deze niet in staat is zijn wil te uiten, moet de geneesheer in elk geval de implantatie uitvoeren. Voor een niet-levensnoodzakelijk orgaan moet men wachten op de mening van de patiënt. Bij minderjarigen en andere onbekwamen moeten de ouders of de wettelijke vertegenwoordigers worden ingelicht en beslissen zij in de plaats van de onbekwame, wanneer deze niet tot de jaren des onderscheids is gekomen.

(44) TORRINGA, R., o.c., 7.

(45) MATTHIJS, J., o.c., 171.

(46) KNOTTENBELT, J., "Transplantatie en toestemming", *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie*, 1970, 252.

- de ingreep moet nuttig zijn en therapeutisch de levensomstandigheden van de receptor wijzigen in de toekomst (geen loutere experimentatie).
- de receptor moet voorafgaandelijk worden ingelicht omtrent de ingreep. Zoals gezegd moet bij minderjarigen en andere onbekwamen de voorlichting gegeven worden aan de ouders of andere wettelijke vertegenwoordigers.
- anonimiteit is geboden.
- de receptor neemt de kosten voor zijn rekening (eventueel verhaalbaar via de Ziekteverzekering).
- de implantatie moet worden verricht door een daartoe bevoegd geneesheer in een ziekenhuis.

## **B. De explantatie bij een donor in leven (ex vivo, ante mortem) en de implantatie bij de receptor (acceptor) (47)**

### *1. De toestemming*

De toestemming is ongetwijfeld vereist (art. 8 EVRM) (48). Men kan er niet toe gedwongen worden (art. 3). Evenmin gaat het op, gebruik te maken van een uitzonderlijke en voorbijgaande geestestoestand van een potentiële donor en een mogelijke receptor om zijn toestemming te verkrijgen (art. 5) en de explantatie uit te voeren (art. 2).

De toestemming tot explantatie is niet geoorloofd wanneer het belang van de receptor niet minstens even groot is (maar waar ligt het criterium?) als het risico voor de gezondheidsondermijning of het overlijden van de donor (art. 2 en 5). Men kan te allen tijde zijn toestemming tot explantatie intrekken, zelfs tot vlak voor de ingreep (art. 9, lid 1) en dit moet geëerbiedigd worden (art. 8), ook al is het niet redelijk verantwoord (art. 8). Dat het de receptor vrij staat zijn toestemming in te trekken vóór de implantatie is onbetwistbaar (art. 8), maar of dit ook zo is wanneer de explantatie reeds gebeurd is, lijkt mij voor betwisting vatbaar. Practisch gezien zal deze situatie misschien niet voorkomen. Donor en receptor zullen veelal tegelijk "onder narcose" op de operatietafel liggen.

Betreffende minderjarigen en andere onbekwamen (geestesgestoorden, geesteszieken, wettelijk onbekwaam verklaarden, enz.) dient men ook

(47) Wat betreft de terminologie is het beter te spreken van "toestemming tot orgaanexplantatie ten behoeve van transplantatie" met het oog op implantatie: VAN HERTEN, J.H.S., o.c., 195.

(48) In de volgende bladzijden zal ik enkel nog de relevante artikelen vermelden zonder expliciet EVRM erbij te schrijven, want het gaat enkel over dit Verdrag.

rekening te houden met hun rechten. Algemeen (49) kan men stellen dat anderen niet in de plaats van de onbekwamen kunnen beslissen een orgaantransplantatie toe te staan (art. 2 en 8). In het belang van de onbekwame, wanneer hij/zij nog niet tot 'de jaren des onderscheids' is gekomen, moeten zijn/haar wettelijke vertegenwoordigers dit wel kunnen. "De zeer diep in de persoonlijkheids sfeer ingrijpende aard van deze vorm van beschikking verzet zich m.i. hiertegen" (50).

Voor zover de onbekwamen hun mening kunnen uiten en redelijk kunnen verantwoorden, lijkt het mij geoorloofd dat ze ondanks hun juridische rechts onbekwaamheid toestemming tot explantatie kunnen geven (art. 8). voor zover natuurlijk ook de andere voorwaarden, die gelden voor de handelingsbekwamen, vervuld zijn.

Wat betreft de overleden onbekwamen kan men betogen dat een beslissing tot explantatie tijdens het leven genomen door hun vertegenwoordigers, moet geëerbiedigd worden (art 8). Maar als de onbekwame zijn bezwaar bij leven heeft geuit en redelijk verantwoord, mag een explantatie niet gebeuren (art. 5, 8 en 9).

Bij stilzwijgen van beide partijen is orgaanuitname verboden.

## 2. *Het doel van de donatie*

Het woord donatie (donere (latijn), donner (frans) houdt reeds de gedachte in dat het gaat om een gift.

Het zelfbeschikkingsrecht moet worden geëerbiedigd als men organen tijdens het leven wil afstaan vanuit een menselijk solidair oogpunt of uit naastenliefde (art. 8) gepaard met een altruïstische instelling. Maar men moet een onderscheid maken tussen het afstaan van een niet-levensnoodzakelijk en een levensnoodzakelijk orgaan. Deze laatste categorie mag geen voorwerp zijn van explantatie bij de levende mens (art. 2, 5 en 8). Dit zou neerkomen op moord of zelfmoord. Evenmin mag dit gebeuren wanneer de donor ongeneeslijk ziek is, want dit zou actieve euthanasie betekenen (art. 2). Wat betreft de niet-levensnoodzakelijke organen kan men inderdaad niet verhinderen een explantatie toe te staan (art. 8). Maar ook hier moet een redelijk verantwoord doel aanwezig zijn (art. 8 lid 2): bij voorbeeld geen masochisme of heldendaad, waardoor men de belangstelling wekt bijvoorbeeld bij de massamedia, want dan moet er ook worden ingegrepen (art. 8 lid 2).

(49) Een uitvoerige en gedetailleerde uitwerking zou mij te ver leiden; ik verwijs naar MATTHIJS, J., *o.c.*, nr. 23-24, k. 174,175,176, 209-212 en naar GRENOUILLEAU, J.B., "Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes". *Dalloz Sirey*, chronique jurisprudence, 1977, 215-216.

(50) TORRINGA R., *o.c.*, 7.

### 3. De verschuldigde informatieplicht

Een orgaantransplantatie betreft essentieel twee partijen wier belangen dienen gevrijwaard te worden.

Voor de explantatie bij de donor en de implantatie bij de receptor is de behandelende geneesheer voorlichting verschuldigd omtrent de ingreep.

De donor moet van alle mogelijke risico's en gevaren met betrekking tot zijn eigen gezondheid en lichaam op de hoogte worden gebracht (art. 2, 3, 5 en 8).

De receptor moet worden geïnformeerd over de aard van de ingreep (zelfde artikelen): een klare en eenvoudige uitleg over het genezingsproces, over de eventuele kansen op afstoting en over mogelijke alternatieven (ook na de mislukking van de implantatie).

### 4. De verantwoorde ingreep

Laat ik vooreerst de receptor beschouwen. De geneesheer moet met alle mogelijke middelen de toestand verbeteren of het leven redden van zijn patiënt (art. 2). Het is niet zijn eerste opdracht hierbij experimenteel te werk te gaan (art. 3), doch standaard-therapeutisch zonder uit te sluiten dat nieuwe technieken worden toegepast. Men spreekt dan van een "therapeutisch experiment" (51). "Men houdt voor dat de geneesheer terecht zijn toevlucht neemt tot experimentatie wanneer hij geconfronteerd wordt met een hopeloze toestand van de patiënt (52). Het gaat dus ook niet op, bij twee kerngezonde mensen een experimentele transplantatie te verrichten (art. 2, 3) om bvb. de reacties op deze behandeling te meten; zelfs wanneer beide proefmensen daarin zouden toestemmen, blijft het ongeoorloofd.

(51) VANDERMEERSCH D., "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *T.P.R.*, 1983, 856. Criteria voor deze behandeling zijn 1/ een bijzondere reden, "eigen aan de experimentele techniek die he voor de betrokken patiënt aangewezen maakt precies de experimentele boven de standaardtechniek te verkiezen" (art. 2) 2/ "De voorlichting van de patiënt en zijn vrije toestemming". (art. 3, 8), 3/ de verhouding "tussen het belang van het nagestreefde resultaat en de risico's die de patiënt loopt. Indien deze verhouding onredelijk is moet het experiment als niet toelaatbaar worden aanzien (art. 2, 3, 8).

(52) Idem.

Wat betreft de donor moet men stellen dat een orgaanafstand enkel verantwoord is wanneer het leven van de receptor op het spel staat en geen andere geschikte overleden donor ter beschikking staat of kan gevonden worden (art. 2, 8), en dit binnen een zeer korte tijdspanne: de receptor is immers stervende. Het is onverantwoord dat de donor een levensnoodzakelijk orgaan moet afstaan (art. 2, 3, 8) of afstaat (art. 2, 8). Het lijkt mij dat een totaal verbod van orgaantransplantatie bij een 'levende' donor verantwoord is, wanneer er geen receptor aanwezig is (art. 2, 3); bij de overleden donor kan dit anders liggen (cfr. infra).

##### 5. De anonimiteit

Het is duidelijk dat alleen reeds om psychologische redenen de anonimiteit moet gelden tussen de donor (al dan niet overleden) en de receptor, ook met betrekking tot hun familieleden. Art. 8 is hier relevant. Het betreft echter ook een recht op privacy (art. 8) wat o.m. inhoudt (vooral in de gezondheidszorg): "het recht op geheimhouding van gegevens" (53). Nochtans kan op de anonimiteit een uitzondering worden gemaakt voor naaste vrienden en familieleden in functie van donor of receptor (54). Men kan aannemen dat zij tot de intieme sfeer behoren van de donor of de receptor en aldus geen inbreuk maken op de anonimiteitsvereiste.

Het beroepsgeheim van de transplanterende geneesheer is alleszins, bij uitstek, op dit vlak van de geneeskunde geboden.

##### 6. De arts in het ziekenhuis

Volledigheidshalve dient benadrukt dat deze soort ingrepen door een vakbekwaam geneesheer dienen te worden uitgevoerd in omstandigheden die medisch verantwoord zijn, hetgeen meestal betekent dat zij best in een daartoe geoutilleerd ziekenhuis plaatsvinden.

(53) LEENEN H.J.J., o.c., 34.

(54) OCHINSKY, S., "Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine", *Journal des Tribunaux*, 1980, 2: 'L'anonymat de donneur et receveur doit être respecté: une seule exception: lorsqu'il existe entre-eux des relations familiales ou personnelles étroites.'



## C. De explantatie bij een overleden donor (ex mortuo, post mortem) en de implantatie bij de receptor (acceptor)

### 1. Toestemmingssysteem of geen-bezwaarsysteem?

#### a. Met betrekking tot de overledene en zijn naastbestaanden

Laat ik, vooraleer een argumentatie-pro één van beide systemen te geven, kort bespreken waarover het gaat. In heel deze problematiek van de orgaantransplantatie neemt het belang van de receptor om weer gezond te worden een voorname plaats in. Daar tegenover staat dat mensen er toe bewogen 'kunnen' worden organen af te staan (al dan niet door campagne) of niet. Men maakt een onderscheid tussen het toestemmingssysteem en het strikte toestemmingssysteem enerzijds en het geen-bezwaarsysteem en het strikte geen-bezwaarsysteem anderzijds. Een derde systeem "waarbij noch op het standpunt van de overledene, noch op dat van de nabestaanden acht geslagen behoeft te worden" (55) laat ik buiten beschouwing. Toch een klein woord: het zelfbeschikkingsrecht van de mens niet eerbiedigen die bij leven een orgaantransplantatie weigerde, noch dat van de naastbestaanden is in strijd met art. 8 lid 1. Wat betreft art. 8 lid 2 is geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan omdat de weigering tot orgaantransplantatie geen van de genoemde uitzonderingen van toegestane inmenging in het gedrang brengt.

Wat betreft de twee andere systemen citeer ik De Moor A., een duidelijker omschrijving geven van deze begrippen kan niet (56).

- Het toestemmingssysteem houdt in: "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 worden geacht".
- Het geen-bezwaarsysteem 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

(55) KNOTTENBELT, J., o.c., 242.

(56) DE MOOR, A., o.c., 83. Zie voor andere omschrijvingen: KNOTTENBELT, J., o.c., 242; MAEIJER, J.M.M., o.c., 161; VAN HERTEN, J.H.S., o.c., 195; TORRINGA, R.A., o.c., 7.8; WINKEL, F.W., o.c., 99.

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”.

Wat zijn nu de voor- en nadelen van beide systemen ?

Bij het toestemmingssysteem wordt het zelfbeschikkingsrecht het meest gevrijwaard zowel dat van de dode en zijn/haar familieleden (art. 8). Het nadeel van het toestemmingssysteem laat zich vooreerst voelen bij het stilzwijgen van de stervende: is het niet griezelig iemand in zijn laatste levensuur te vragen bereid te zijn tot een orgaanafstand ?

Zal een weigering op dat moment een verantwoorde beslissing zijn, in volle helderheid van geest genomen ? Het is allemaal mogelijk, maar in menselijk opzicht zo delicaat. Vervolgens stellen zich problemen bij het stilzwijgen van de overledene. Aan de naastbestaanden (ouders, of descendenten, of echtgenoot(ote), of broers en zusters) moet dan toestemming worden gevraagd. Een explantatie moet zo vlug mogelijk na het overlijden gebeuren. Het is vanuit menselijk opzicht erg pijnlijk en vervelend op dat moment toestemming tot explantatie te komen vragen. Het valt best te begrijpen dat de naastbestaanden op zulk ogenblik kunnen weigeren, misschien ten onrechte. Of “is de gezondheid van degenen die organen behoeven niet van een hogere orde dan de rechten op een lijk, dat nog slechts korte tijd zal voortbestaan” (57). Hier treedt dus het belang van de receptor naar voor. Men kan zich aldus ook “afvragen of dit toestemmingssysteem niet genuanceerd moet worden ingeval er sprake is van noodtoestanden, in die zin dat met explantatie het leven van een derde gered kan worden” (58). Deze nuancering leidt tot het geen-bezwaarsysteem en mag m.i. enkel worden toegepast als het leven van de derde op geen enkel andere manier kan worden gered (art. 2).

Men kan zich vervolgens ook de vraag stellen of het persoonlijkheidsrecht van de mens moet wijken (bij weigering tot orgaantransplantatie) voor het belang van een derde, orgaanbehoevende patiënt ?

Het voordeel van het geen-bezwaarsysteem zou erin bestaan dat een vrij constante voorziening van organen verzekerd is. De meeste mensen spreken zich toch niet uit over het al dan niet toelaten van een orgaan-

(57) LEENEN, H.J.J., “Orgaantransplantatie. Een belichting uit Europees perspectief”, *Medisch Contact*, 731.

(58) VAN HERTEN, J.H.S., *o.c.*, 195.

explantatie. De potentiële overleden donor zal zich nooit meer uitspreken en de naastbestaanden zullen treurend over het recent verlies van hun familielid/echtgenoot(note) gewoonlijk geen initiatief nemen tot het verlenen van een explantatie. Bijkomend voordeel: het lijk is na de explantatie nog toonbaar (en sporen ervan kunnen worden gecamoufleerd). Deze voordelen wegen echter niet op tegen de nadelen. Maar vooreerst, het veronderstellen van toestemming lijkt mij onaanvaardbaar: de medische noodzakelijkheid ten voordele van een derde laten primeren op het zelfbeschikkingsrecht is ongeoorloofd (art. 8, 9); de nabestaanden in het onzekere laten over de lichamelijke integraliteit van het lijk is psychologisch onverantwoord (art. 3, 8); de nabestaanden op de hoogte brengen van de ingreep kan aanleiding geven tot emotionele scènes: men kan geraakt zijn in zijn overtuiging die een explantatie verbiedt (art. 9), men kan in se tegen een orgaantransplantatie zijn en dat moet geëerbiedigd worden (art. 8, 9).

Tenslotte kunnen in dit systeem organen verwijderd worden, zelfs wanneer het onnodig of onnuttig is. Het gevaar voor een willekeurige beschikking is niet ondenkbaar en het gaat in tegen art. 8 als men onzeker is over de toestemming van de overledene of zijn nabestaanden die pertinent tegen een orgaantransplantatie kon of kunnen gekant zijn.

Ik ben voorstander van het toestemmingsstelsel (dat in overeenstemming is met art. 8), ondanks haar nadelen, maar deze kunnen worden opgelost door een actief voorlichten, een sensibiliseren van de bevolking zonder evenwel schokkend te werken (59).

De meerderheid van de mensen heeft zich waarschijnlijk nog niet bezig gehouden met de vraag of ze al dan niet organen zouden afstaan. Daarom lijkt mij het doorgeven van deze informatie aan het grote publiek perfect in overeenstemming te zijn met art. 10. Het invoeren van een kaartsysteem of een nationaal register waar de toestemming of weigering tot explantatie van eigen organen van iedere inwoner vanaf een bepaalde leeftijd op vermeld staat, kunnen de arts sneller (en gewetensvol) tot de ingreep laten overgaan, wat ook in het voordeel van de receptor is. Het verplicht te kennen te geven van zijn opvatting of bij zich dragen van deze kaart, of de verplichte registratie op een nationaal register tasten de eerbiediging van het privéleven aan (art. 8). Als men zijn toestemming heeft gegeven, moet deze te allen tijde intrekbaar zijn (art. 8, 9).

(59) Cfr. DE MOOR, A., *o.c.*, voetnoot 75: Cfr. de in Nederland gebruikte advertentie waar een jonge 'nietsnut' waarvan niemand iets van 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 uiterlijk verborg hij een gouden hart!

Bij stilzwijgen van de donor kunnen de naastbestaanden toestemming verlenen tot explantatie van organen van de overledene. Als één van hen weigert, mag de ingreep niet worden uitgevoerd (art. 8). Een tijdspanne voor toestemming of weigering moet m.i. niet worden voorop gesteld (art. 8). Quid indien de overledene zijn toestemming heeft gegeven bij leven en de naastbestaanden weigeren? Het zelfbeschikkingsrecht van de overledene primeert, het gaat ten slotte over zijn lichaam (art. 8).

#### *b. Met betrekking tot de receptor - acceptor*

Ook hier is de "stam" van de woorden interessant voor de uiteenzetting: receptor komt van recipere, recevoir, acceptor van accipere, accepter.

De patiënt moet in elk geval zijn instemming betuigen met de implantatie (art. 8) en volgens zijn eigen geweten (art. 9). Hij moet daarbij voldoende worden voorgelicht over de consequenties van de ingreep: nl. het definitief verliezen van het eigen orgaan, het geïmplantieerd worden van een vreemd orgaan met de nodige risico's die daaraan kunnen verbonden zijn (afstoting, geen merkenswaardige vooruitgang in de gezondheid, infecties, e.d.m.). Maar "een duidelijke en volledige uiteenzetting van zijn toestand, met vermelding van alle gevaren en eventueel tegenaanwijzingen die met de ingreep verbonden zijn, zou ertoe kunnen leiden ongunstige omstandigheden uit te lokken en aldus, therapeutisch gezien, af te raden zijn. Hoofdzaak is dat de aan de receptor verstrekte inlichtingen hem zouden toelaten, met een voldoende kennis van de kwaal waaraan hij lijdend is, de keuze te doen tussen de toestemming of de weigering tot transplantatie" (60). Quid met de patiënt die bewusteloos in het ziekenhuis wordt gebracht (bvb. na een ongeval) en dringend een orgaanimplantatie behoeft? Quid met de patiënt die een orgaanimplantatie weigert, maar aldus zijn eigen doods-vonnis ondertekent? Mag of moet de arts dan implanteren? (Hier wordt een raakpunt gevormd met de passieve euthanasie). Als er een orgaan voorhanden is 'moet' de arts de implantatie verrichten (zonder te wachten op het ontwaken van de patiënt als hij in levensgevaar verkeert (art. 2) of tegen de wil in van de receptor (art. 8). Het welzijn van de patiënt staat hier op de voorgrond, dan pas het zelfbeschikkingsrecht dat in casu geen veiligheid van de gezondheid met zich meebrengt (art. 5).

(60) MATTHIJS, J., o.c., 215.

## 2. Vaststelling van de dood: een evoluerend criterium

Vroeger, toen de geneeskunde nog niet zo ver gevorderd was, volstond het stilstaan van het hart of het niet meer ademen gedurende een zekere tijd om iemand als overleden te beschouwen. Heden ten dage volstaan deze criteria niet meer alleen. De mens kan door machines 'kunstmatig' in 'leven' worden gehouden. Vooralsnog worden ook de cerebrale dood en de hersendood in oogmerk genomen (61). De medische kennis over de hersenen met betrekking tot hun functies en functionering is nog in volle uitbreiding. De dood alleen van het cerebrum betekent nog niet de dood van de mens als persoonlijkheid: dit is "vooralsnog onbewezen en berust uitsluitend op vermoedens of wishful thinking" (62). De hersendood lijkt als doodscriterium aanvaardbaar: de functionerende hersenen zijn "noodzakelijk en tevens voldoende om de geestelijk-lichamelijke eenheid in zijn minimaalste vorm tot stand te brengen" (63). Tot die conclusie is men gekomen dankzij de proeven van White waarbij de kop van een aap werd gescheiden van zijn lichaam. Door apparatuur werd de doorstroming van de hersenen voortgezet met zuurstofrijk bloed. Het bleek dat de ontlichamende kop nog gedragsactiviteiten had en zuurstof verbruikte. De apekop maakte geluiden, keek rond, at en had een electroëncefalogram die dezelfde resultaten indiceerde van een aap die wakker was (64).

Het ophouden van de hersenfuncties na een geruime tijd betekent het intreden (65) van een dood. Dat wordt geregistreerd op een electroëncefalogram (EEG) die dan rechtlijnig verloopt. Want er is inderdaad een onderscheid tussen de definitie van de dood en de technieken om vast te stellen dat iemands hersenfunctie volledig en blijvend is stilgevallen (66).

Deze technieken evolueren nog steeds en verplichten tot "een reeks van voorzorgsmaatregelen om te verhinderen dat de patiënt-donor overhaastig dood zou worden verklaard" (67), want eenieder heeft recht op leven (art. 2). Welke kunnen die voorzorgsmaatregelen zijn (de dood is belangrijk in die zin dat bepaalde organen kunnen worden geëxplan-

(61) De cerebrale dood is het volledig en blijvend funktieverlies van het cerebrum. De hersendood is het volledig en blijvend funktieverlies van het gehele orgaan hersenen.

(62) VAN TILL d'AULNIS de BOUROUIL, H.A.H., *o.c.*, 521.

(63) VAN TILL d'AULNIS de BOUROUIL, H.A.H., *o.c.*, 520.

(64) Cfr. VAN TILL d'AULNIS de BOUROUIL, H.A.H., *o.c.*, 520.

(65) "Men weet sedert lang dat de EEG tot de bevinding is gekomen dat de dood een verschijnsel is dat zich niet ogenblikkelijk voordoet maar integendeel trapsgewijze geschiedt": MATTHIJS J., *o.c.*, 218.

(66) DE MOOR, A., *o.c.*, 79.

(67) Idem.

teerd, bepaalde contracten eindigen en het erfrecht begint te werken)? Ten minste twee artsen moeten de dood officieel hebben vastgesteld, deze geneesheren staan onafhankelijk van het transplantatieteam (68) en een verslag moet worden opgesteld met betrekking tot het tijdstip van overlijden, de doodsoorzaak die het terugkeren naar het gewone aardse menselijke leven irreversibel heeft gemaakt en de vermelding van de toestemming of de weigering tot orgaanexplantatie. Op deze manier worden minimale voorwaarden geschapen opdat art. 2, 3, 5 en 8 gecombineerd met art. 9 worden nageleefd.

### *3. De informatieplicht*

Vermits de donor overleden is, kan er moeilijk aan hem voorlichting worden gegeven omtrent de explantatie. Dat de naastbestaanden op de hoogte worden gesteld is aangewezen (art. 8), dit alles natuurlijk in de veronderstelling dat toestemming tot transplantatie werd gegeven. Wat betreft de receptor verwijs ik naar hetgeen desbetreffend hierboven werd gezegd.

### *4. De verantwoorde ingreep, of is bewaring toegestaan?*

Wat betreft de eerste problematiek kan ik verwijzen naar § 2, B, 4, waar dezelfde voorwaarden dus van toepassing zijn op de overleden donor. Maar men kan zich terecht afvragen of een bewaring van organen voor een toekomstige receptor niet mag worden toegestaan. Deze bewaring geschiedt in het voordeel van de potentiële receptor (art. 2) en gaat niet in tegen de gegeven toestemming tot orgaanexplantatie door de donor (art. 8). Maar misbruiken moeten te allen tijde worden vermeden bij voorbeeld bij medische experimentatie (art. 2, 3), want dan wordt ook de toestemming van de donor tot explantatie voor implantatie bij de receptor misbruikt (art. 8).

### *5. Vergelijkende voorwaarden*

Wat betreft de positie van de onbekwamen en de anonimiteit kan ik ook verwijzen naar § 2, B, nrs. 1 en 5.

(68) DE MOOR, A., *o.c.*, 79.

## **D. Wie mag de orgaantransplantatie uitvoeren en waar mag ze gebeuren? (69)**

Het spreekt vanzelf dat de enige personen die voor het uitvoeren van orgaantransplantaties in aanmerking komen gediplomeerde artsen zijn, principieel zijn dat de chirurgen. Zij verkeren in de mogelijkheid de levensbelangen van de levende receptor en donor te handhaven (art. 2) en kunnen met een "professioneel geweten" (70) oordelen of een ingreep opportuun is (art. 3). Het lijkt ook aangewezen dat dezelfde chirurg(en) de orgaantransplantatie uitvoeren (d.w.z. én de explantatie én de implantatie). En niet dat een team de explantatie verricht en aan een ander team het orgaan overdraagt dat de implantatie zal verrichten, want zo is het 'mogelijk' dat de belangen van de donor en de receptor geschaad worden (art. 2, 3, 8). De meest aangewezen plaats om de orgaantransplantatie uit te voeren is het ziekenhuis: daar beschikt men niet alleen over de nodige apparatuur en mensen om de patiënt (donor/receptor) honderd procent te verzorgen (art. 2, 3), maar ook om aan de eisen van de privacy te voldoen (art. 8).

Maar andere omstandigheden dan normale kunnen ook tot andere voorzieningen leiden, bvb. in het geval van gewonde strijdkrachten in oorlogstijd, krijgsgevangenen, enz. (71). Hierover zal ik niet uitweiden, het betreft trouwens een specifieke regeling neergelegd in "de vier internationale Overeenkomsten van Genève dd 12 augustus 1949, goedgekeurd bij de Belgische wet van 3 september 1952 (B.S. 26 september 1952)" (72).

## **E. Welke organen mogen worden getransplanteerd?**

### *1. De beperkte medische vrijheid*

Indien de donor zijn toestemming tot explantatie heeft gegeven zal hij weten welk orgaan wordt weggenomen (informatieplicht van de geneesheer) en wordt artikel 8 niet geschonden. Door de loutere toestemming tot explantatie mogen dus geen andere organen worden getransplanteerd dan deze waarover de geneesheer heeft gesproken in het kader van zijn informatieplicht.

(69) "Le théâtre de ces pouvoirs est nécessairement l'hôpital: donc directement, ou par délégation, le service public de santé": SAVATIER, R., 'Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humaines', *Juris Classeur*, 1969, 2247, nr. 9.

(70) MATTHIJS, J., *o.c.*, 169.

(71) Cfr. MATTHIJS, J., *o.c.*, 175.

(72) MATTHIJS, J., *o.c.*, 175, nr. 25.

Men kan de gestelde vraag ook anders interpreteren : mag eender welk orgaan worden geëxplanteerd (zelfs met toestemming van de donor) en geïmplanteerd bij de receptor (ook met diens toestemming) ?

Wat betreft het eerste luik van deze vraag begeeft men zich wellicht op het terrein van de problematiek van de medische experimentatie, maar dit is zeker het geval wat betreft het tweede luik van de vraag. Het lijkt mij geoorloofd eender welk orgaan (73) te transplanteren als voldoende voorafgaande onderzoeken zijn gebeurd met betrekking tot deze ingreep (art. 2, 3) : aan alles is een begin, dit was ook het geval met de nier-, hart-, long-, pancreas- en hoornvliestransplantaties. Trouwens alle transplantaties bevinden zich nog in een experimenteel stadium, behalve de nier- en hoornvliestransplantatie (74). Deze ingrepen worden door de geneeskunde volledig beheerst. Maar het transplantatiedoel mag niet louter experimenteel zijn, er moet vooreerst altijd een therapeutische reden zijn om iemand aan een experiment te onderwerpen (art. 3) : en dat is alleen wanneer dit een laatste mogelijke 'reddingsoperatie' is om het leven van de patiënt te behouden (art. 2).

Specifiek wat betreft het tweede luik van de vraag, met betrekking tot de implantatie, kan men stellen dat ook hier het therapeutisch doel de kroon spant. Het professioneel geweten van de geneesheer speelt eveneens een grote rol, maar ik meen dat men iets moet gebruiken waarvoor het dient (art. 3). Dus, het geëxplanteerde orgaan "remplira la même fonction que celle qu'il avait dans l'organisme dont il vient" (75) (art. 3, 8).

## 2. *Wat is de juridische positie van de arts ?*

Deze vraag moet eigenlijk in het kader van dit artikel niet worden beantwoord. Het betreft meer intern recht : toch een kleine uitweiding. De arts geniet een medische immuniteit wegens opzettelijk toegebrachte slagen en verwondingen, maar of dit ook zo vanzelfsprekend is bij een orgaantransplantatie mag ook m.i. (76) niet te vlug worden aanvaard. De arts kan burgerrechtelijk aansprakelijk worden gesteld (naar Belgisch recht volgens de art. 1382 en 1383 B.W.) wegens onrechtmatige daad, en schadevergoeding kan aldus bekomen worden. Dit moet

(73) Morele overwegingen of de toelaatbaarheid in verband met hersentransplantaties, die door de steeds voortschrijdende geneeskunde wel eens zou kunnen worden mogelijk gemaakt, worden hier buiten beschouwing gelaten.

(74) RANG, J.F., VAN DE VOORDE, H., 'Juridische aspecten van de chirurgie' in *Leerboek chirurgie, o.c.*, 468.

(75) SAVATIER, J., *o.c.*, 94.

(76) Cfr. MATTHIJS, J., *o.c.*, 213.



bijvoorbeeld mogelijk zijn wanneer een orgaan is weggenomen bij een levende donor, zonder zijn toestemming, of wanneer een orgaan wordt weggenomen bij een donor die op sterven na dood is en toch het gevecht met de dood wint en zijn leven met een geëxplanteerd orgaan verder zal moeten slijten, enz...

Of de arts langs acceptors' zijde civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld en aldus schadevergoeding kan worden geëist, lijkt mij voor discussie vatbaar, zeker in het geval wanneer de toestand van de acceptor merkelijk is verbeterd sedert de ingreep.

Wat betreft de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor onopzettelijk doden of onopzettelijk toebrengen van lichamelijke letselen wordt dit naar Belgisch recht beheerst door de artikelen 398 tot 401 Sw. of door de artikelen 418 - 421 Sw. Het uiteindelijk criterium van de medische immuniteit van de geneesheer moet bestaan in enerzijds "de normale en correcte uitoefening van de geneeskunst" (77) en anderzijds "in de immuniteit van de geneesheer (t.o.v. de patiënt) die optreedt als uitvoeringsagent of aangestelde van een persoon of instelling (bvb. ziekenhuis) met wie de patiënt een medisch contract heeft gesloten" (78). In het eerste criterium heeft de patiënt geen verhaal, in het tweede kan de patiënt zich richten tegen de persoon of instelling met wie hij heeft gecontracteerd.

Bij deze problematiek zijn de artikelen 2, 3 en 8 EVRM relevant met betrekking tot het recht op leven, dat door de geneesheer moet worden behouden met de beste middelen, zonder de persoon te mishandelen zowel in het geval van de donor, als in het geval van de receptor.

## **F. Andere moeilijkheden bij de orgaantransplantaties**

Er volgt een kort antwoord op de vragen in verband met de kostenvergoeding en het voorrangsprincipe.

### *1. Wie draagt de kosten?*

De donor bij leven die zijn toestemming verleent tot orgaantransplantatie krijgt op het ziekenhuismenu een financieel dessert. Er zijn ongetwijfeld kosten, bijvoorbeeld door de consultatie(s) en observatie(s) bij de behandelende geneesheer of andere specialisten in het kader van het vooronderzoek. Ook bij de ingreep zelf zullen er kosten rijzen (ziekenhuisverblijf, vergoeding geneesheer, enz.). Maar men kan ook aan verdere gevolgen denken: de premie van de reeds lang afgesloten levens-

(77) MATTHIJS, J., *o.c.*, 213.

(78) VANDERMEERSCH, D., *o.c.*, 848.

verzekering zou kunnen worden verhoogd; en wat zal een werkgever doen indien hij verneemt dat zijn werknemer voor een bepaalde tijd zal afwezig zijn wegens de explantatie en niet meer honderd procent zijn werk zal kunnen uitoefenen als tevoren: zal hij hem ontslaan of zijn loon verminderen binnen de perken van het sociaal recht? Als dat allemaal gebeurt, wie gaat dan het financieel plan compenseren?

We moeten beschouwen dat de donor zich vrijwillig in deze situatie heeft gebracht. Een artikel van het EVRM inroepen is niet relevant: men wordt niet geschonden in een recht, men wordt niet verplicht zich op deze manier op te stellen. Een rechtstreekse werking in de nationale rechtssfeer is dan evenmin mogelijk. Bovendien kan men kosten die men zelf (ongedwongen) veroorzaakt, niet verhalen op een ander.

Uit menselijk oogpunt lijkt de schadevergoeding van de donor wel billijk: de donor moet toch geen nadeel lijden door een akt van naastenliefde. Daarom zou het sociaal zekerheidsrecht een oplossing moeten verschaffen: bvb. de receptor staat in voor de kosten van de donor (de anonimiteit kan blijven gelden: art. 8), dewelke hij langs een ziekte- en invaliditeitsverzekering geheel of gedeeltelijk kan terugtrekken. Wat betreft de donor ex mortuo kunnen bvb. de kosten van explantatie evenzeer door de familieleden van de donor verhaald worden op de receptor (ook met inachtneming van de anonimiteit: art. 8).

## *2. Wie krijgt de implantatievoorrang bij meerdere potentiële receptoren?*

“Ethisch zijn alle mensen gelijkwaardig. Juridisch hebben allen (in de meeste rechtssystemen) gelijke rechten. Biologisch functioneren allen volgens hetzelfde systeem” (79). De gelijkheid toepassen in een ongelijke situatie is moeilijk te verwezenlijken: en dat is het geval wanneer er bvb. slechts één donor en meerdere potentiële-acute receptoren aanwezig zijn.

Het professioneel geweten van de geneesheer komt hier weer opdagen. Het is een beslissing die snel moet worden genomen, waarbij toch enkele criteria kunnen worden in acht genomen. De geneesheer moet afwegen wie van de patiënten de meeste kans maakt op een verbetering van zijn/haar toestand, vervolgens wiens levensbelang onmiddellijk op het spel staat, tenslotte een beslissing nemen ‘met’ andere collega’s. Het advies inwinnen van de patiënten zelf lijkt mij ongeoorloofd, dat zou een zuivere doodskwelling zijn in de laatste minuten/uren van hun leven (art. 3).

(79) VAN TILL d’AULNIS de BOUROUIL H.A.H., o.c., 499.

Ik ben er mij van bewust dat deze criteria ingaan tegen art. 2 EVRM, waar iedereen, ook met betrekking tot het recht op leven gelijk is, zonder onderscheid. Deze criteria druisen ook wel in tegen de medische deontologie dat iedereen met de beste middelen moet worden geholpen om het leven van de patiënt te behouden. Maar een 'verontschuldiging' is misschien aanvaardbaar, in die zin dat we voor randgevallen staan. Alhoewel natuurlijk randgevallen geen uitzondering op de regel zouden mogen zijn, in die zin is 'overmacht' misschien wel acceptabel.

### **§ 3. BESLUITEN**

Een slotbeschouwing kan kort zijn. De lichamelijke integriteit van elk individu is principieel onaantastbaar. In bepaalde omstandigheden mag ze worden geschonden, maar steeds na een of andere vorm van toestemming van de betrokkenen of hun nabestaanden.

Bij de vastlegging van de criteria, te putten uit het EVRM, dient vastgesteld dat het Verdrag eigenlijk niet bedoeld is om deze materie te regelen. Het is vaak met enig kunst- en vliegwerk dat men bestaande artikelen als het ware ombuigt naar die criteria toe.

Het is best voorstelbaar en wenselijk, vooral gelet op de hoge en snelle vlucht van de medische technologie en haar internationaal karakter, dat een specifiek internationaal Verdrag in zake orgaantransplantatie als grondwet zou dienen voor een specifieke wetgeving per nationaal of supranationaal territorium.

Daarin ligt voor humanitaire en vooruitstrevende juristen een uitdaging, die zij met creativiteit en moed zouden dienen te aanvaarden.