ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 2 août 1979, d'une demande d'avis sur un projet de loi "sur le prélèvement et la transplantation d'organes et de tissus", a donné le 17 décembre 1979 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, de 2e augustus 1979 door de Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "betreffende het wegnemen en transplanten van organen en weefsels", heeft de 17e december 1979 het volgend advies gegeven :

OBSERVATIONS GENERALES.

I. Le projet a pour but, suivant l'exposé des motifs, de fournir un cadre législatif à la transplantation d'organes, technique chirurgicale qui, dans certains cas, constitue la meilleure, sinon la seule manière de traiter une affection organique grave, mais qui se heurte, dans le silence de la loi, à des obstacles juridiques et psychologiques souvent difficiles à surmonter.

Ces obstacles sont notamment liés au consentement du donneur de l'organe ou du tissu à transplanter. Il y a évidemment lieu de considérer l'exigence de ce consentement comme un principe fondamental qui doit commander toute la matière. Les conditions de la manifestation du consentement et surtout les garanties de sa liberté soulèvent cependant de nombreuses difficultés, qu'il s'agisse de personnes vivantes ou de personnes décédées.

En ce qui concerne les personnes vivantes, l'article 5, alinéa 1er, du projet énonce notamment la règle que le prélèvement ne peut être effectué que si le donneur y consent librement. L'article 6 détermine certaines modalités selon lesquelles le consentement devra être émis pour être valable. Mais comme l'observation en est faite ci-dessous à propos de l'article 5 et des articles suivants auxquels cet article 5 renvoie, les dispositions contenues dans l'article 6 ne délimitent pas leur champ d'application de manière adéquate.

En ce qui concerne les personnes décédées, le projet institue une présomption : comme le déclare l'exposé des motifs (p. 2), "celui qui, durant sa vie, n'a pas manifesté son opposition au don de ses organes après son décès, est censé avoir marqué son accord" (voir l'article 10).

./...

Comme on le verra dans la suite du présent avis, le principe du respect du libre consentement du donneur ne peut suffire à la solution des difficultés que les dispositions du projet sont de nature à faire surgir. En effet, pour partie, ces difficultés tiennent précisément aux modalités et à la preuve du consentement du donneur, surtout lorsque celui-ci est une personne vivante.

Il est bien évident, à cet égard, que l'intention de faciliter les transplantations d'organes et de tissus pourrait se trouver contrariée dans la pratique par la crainte que les médecins pourraient éprouver de s'exposer à des actions judiciaires en responsabilité médicale, si le projet ne traçait pas avec assez de netteté les limites de cette responsabilité, notamment du point de vue de la preuve d'un consentement valable.

II. L'exposé des motifs se réfère, en page 3, à la résolution du 11 mai 1978 (n° 29) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

> "sur l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux prélèvements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine".

Il affirme que le projet en est "de toute évidence une concrétisation ... sur le plan interne".

Par la généralité de ses termes, cette déclaration risque de créer une confusion quant à la portée exacte du projet.

Ainsi que le précise un autre passage de l'exposé des motifs (p. 4), le projet apporte "une solution à un seul problème urgent, celui de la transplantation d'organes". Il a donc une portée plus restreinte que la résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, résolution dont les "règles s'appliquent à tout prélèvement, greffe, transplantation et autre utilisation de substances d'origine humaine prélevées ou recueillies à des fins de thérapeutique et de diagnostic au profit de personnes autres que le donneur, et aux fins de recherche" (article 1er).

Par ailleurs, même dans les limites de cet objet, le projet s'écarte, par endroits, des règles énoncées par la résolution. Sans doute celle-ci n'a-t-elle aucun caractère

.../...

contraignant. Elle a cependant été adoptée par le Comité des Ministres, au sein duquel la Belgique est évidemment représentée, dans un but d'harmonisation des législations des Etats membres. Il appartiendra au législateur d'apprécier si des dispositions pour lesquelles des divergences entre le projet et la résolution seront relevées dans la suite du présent avis, ne devraient pas être revues.

III. Le projet se veut entièrement distinct de la loi du 7 février 1961 relative aux substances thérapeutiques d'origine humaine. Mais celle-ci s'applique à

> "toute substance prélevée sur un être humain et destinée à des fins thérapeutiques telle que sang, globules rouges, sérum, plasma, protéines et dérivés, ainsi que tout tissu ou organe constitutif de l'organisme humain" (article ler),

tandis que le projet, "sans préjudice" de cette loi, s'applique "au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus du corps humain, en vue d'un traitement médical" (article ler). Il suffit de confronter ces deux dispositions pour constater que, dans le cas de prélèvement de tissus ou d'organes, il sera malaisé, voire impossible, de déterminer laquelle des deux lois sera d'application. Ce recoupement partiel du champ d'application des deux lois risque de créer une insécurité juridique d'autant plus regrettable que les peines prévues par l'article 16 du projet sont plus sévères que celles que commine l'article 9 de la loi du 7 février 1961.

Il serait donc hautement recommandable que le législateur, d'ailleurs à l'exemple du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, rassemble en un seul instrument toutes

les règles législatives relatives aux prélèvements, greffes et transplantations d'organes, de tissus et de substances d'origine humaine.

+

+ +

EXAMEN DES ARTICLES.

Article 1er.

Pour les raisons exposées ci-dessus et de l'accord des fonctionnaires délégués, l'alinéa 1er en projet serait mieux rédigé comme suit :

"La présente loi est applicable aux prélèvements d'organes ou de tissus du corps humain d'une personne appelée "donneur" en vue de la transplantation de ces organes ou tissus à des fins thérapeutiques sur le corps d'une autre personne appelée "receveur", aux conditions fixées par la présente loi et par la loi du 7 février 1961 relative aux substances thérapeutiques d'origine humaine".

Cette rédaction rend l'alinéa 2 superflu puisqu'elle fait clairement apparaître que le donneur et le receveur sont des personnes différentes.

.../...

Article 2.

Cette disposition serait mieux rédigée comme suit :

"Article 2.-

Les prélèvements ou transplantations d'organes ou de tissus ne peuvent être opérés qu'à des fins thérapeutiques et dans les conditions déterminées par la présente loi".

+

L'intitulé du chapitre II reproduit inutilement celui du projet lui-même.

Par ailleurs, les articles 3 et 4 apparaissent comme des dispositions générales dont la place normale est au chapitre ler.

Le chapitre II devrait donc commencer après l'article 4 et recevoir l'intitulé de la section première : "Prélèvement sur des personnes vivantes".

Article 3.

Il serait préférable de donner à cette disposition une rédaction positive.

.../...

Par ailleurs, il apparaît de l'exposé des motifs que les prélèvements et transplantations ne pourront être réalisés que dans les hôpitaux soumis à la loi du 23 décembre 1963 sur les hôpitaux. Il est utile de le préciser.

Le texte suivant, qui a reçu l'accord des fonctionnaires délégués, est proposé :

"Article 3.-

Toute transplantation d'organes ou de tissus et, sauf le cas d'urgence, tout prélèvement doivent être effectués dans un hôpital soumis à la loi du 23 décembre 1963 sur les hôpitaux".

Article 4.

Suivant cette disposition :

"La cession d'organes et de tissus ne peut poursuivre aucun but lucratif.

Le Roi peut fixer des règles visant à dédommager le donneur des frais éventuels ainsi que de la perte de revenus".

1. En son alinéa 1er, l'article tend à poser le principe, repris d'ailleurs des avant-projets antérieurs et de la résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, de la non-rétribution du "don" d'organe ou de tissus.

.../...

Le terme de cession vise certainement la relation juridique entre le donneur et le receveur, mais il n'est pas évident qu'il comprenne aussi l'organisme qui, le cas échéant, a recueilli le don pour le remettre ensuite, alors que c'est dans cette hypothèse que la prohibition de tout but lucratif paraît la plus utile.

Suivant l'article 6 de la loi du 7 février 1961,

> "Le Ministre de la Santé publique et de la Famille fixe, de façon à exclure tout profit, le prix auquel les substances thérapeutiques d'origine humaine sont dispensées et délivrées".

Les fonctionnaires délégués ont exposé que, dans la pratique, le Ministre veille à fixer le "prix" du sang au coût réel de la propagande, de la récolte, du transport, du stockage et de la livraison du sang "donné". C'est donc ce coût, plutôt que le prix, qui est fixé par le Ministre.

Pour éviter toute erreur d'interprétation, le texte de l'alinéa 1er gagnerait à être revu et complété, afin qu'il fasse clairement apparaître que la gratuité est requise à tous les stades de la cession.

2. L'alinéa 2 fait l'objet du commentaire suivant dans l'exposé des motifs :

> "Le dédommagement éventuel du donneur ne doit être prévu que dans le cas de cession d'organes par une personne vivante (1). En fait, des interventions de l'assurance maladie sont prévues dans les frais occasionnés par les soins prodigués au donneur lorsque ce dernier est couvert par un régime de sécurité sociale.

.../...

(1) Cette première phrase ne se retrouve pas dans le texte néerlandais de l'exposé des motifs.

Le Roi peut prendre des mesures complémentaires dans le cas où un règlement additionnel s'impose, surtout en cas d'incapacité de travail.

Il faut toutefois tenir compte du caractère exceptionnel de ces cas".

Ce commentaire ne répond que partiellement aux questions que suscite l'alinéa 2 de l'article 4. Il crée même un doute supplémentaire dans la mesure où il laisse entendre que les pouvoirs du Roi se limiteraient aux cas où le donneur ne serait pas couvert par un régime de sécurité sociale, alors que le texte lui-même est plus général.

a. Dans quelle mesure le projet entend-il que le donneur soit dédommagé ? Ce ne serait pas porter atteinte au principe de la gratuité du "don" d'organe ou de tissus que de prévoir l'indemnisation complète du donneur, y compris, par exemple, la réparation de l'invalidité permanente partielle dont il pourrait être atteint à la suite du prélèvement. Cette indemnisation complète supposerait cependant qu'elle soit mise à charge, soit du receveur, soit d'un organisme tiers, ce qui ne semble pas correspondre à l'intention du Gouvernement.

b. Celui-ci paraît vouloir s'en tenir à une indemnisation forfaitaire procédant du régime d'assurance maladie-invalidité lorsqu'il est applicable et de règles arrêtées par le Roi, dans le cas contraire.

Certes le prélèvement d'organe ou de tissus, pour lequel le consentement du donneur est requis, pourrait être considéré comme une mutilation volontaire, mais même

.../...

à supposer qu'une telle interprétation du don d'organe ou de tissus puisse être retenue, encore n'assimilerait-elle certainement pas l'acte désintéressé du donneur à la faute grave qui permet de refuser l'octroi des prestations suivant l'article 70, § 3, b, de la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité, modifié par l'arrêté royal n° 19 du 4 décembre 1978.

c. Ce système n'écarte cependant pas toute difficulté, même dans le cas, assurément le plus fréquent, où le donneur est assujetti à l'assurance maladie-invalidité.

Par exemple, aux termes des articles 52, § 1er, et 70 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, l'ouvrier et l'employé ont droit à leur rémunération pendant respectivement les sept ou les trente premiers jours d'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident. Corrélativement, pour la période durant laquelle il a droit à sa rémunération, le travailleur ne peut prétendre aux indemnités de l'assurance maladie-invalidité (loi du 9 août 1963, article 57, § 1er, modifié par la loi du 27 juin 1969). Le travailleur incapable de travailler à la suite d'un prélèvement auquel, par hypothèse, il se sera soumis volontairement, ne sera pas, strictement parlant, atteint d'une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident. Il serait d'ailleurs peu équitable de faire supporter par l'employeur, même pour une période limitée, les conséquences d'une incapacité à laquelle le travailleur s'est volontairement exposé. Pourtant la rémunération sera due car, ainsi qu'on l'a déjà relevé, le don d'organe ou de tissus ne pourra pas être assimilé à une

.../...

faute grave commise par le travailleur, alors qu'une telle faute est, avec certaines situations étrangères à la question présentement examinée, le seul cas où la rémunération n'est pas due pour les sept ou les trente premiers jours d'incapacité selon qu'il s'agit d'un ouvrier ou d'un employé (loi précitée du 3 juillet 1978, articles 52, § 3, 2°, et 73, § 2, b).

La seule référence implicite à l'indemnisation prévue par le régime d'assurance maladie-invalidité ne suffit donc pas à réaliser un système complet et sûr d'indemnisation du donneur, y compris dans le cas où celui-ci est bénéficiaire de la sécurité sociale.

3. Même complété afin de répondre aux observations qui précèdent, le système d'indemnisation de la loi en projet laissera intact le droit du donneur d'obtenir réparation, conformément au droit commun, du préjudice qui lui aurait été causé par une faute commise à l'occasion du prélèvement. Le risque d'actions judiciaires en responsabilité médicale, tel qu'il a été évoqué dans l'observation générale n° I ci-dessus, subsiste donc. Il sera même accru, si l'on peut dire, par les mécanismes propres à l'assurance maladie-invalidité qui subrogent de plein droit l'organisme assureur au bénéficiaire lorsque le dommage pour lequel il est fait appel aux prestations est couvert par le droit commun (loi du 9 août 1963, article 70, § 2).

+

.../...

Conformément à l'observation faite ci-avant, la section I devrait être remplacée par l'intitulé suivant :

"Chapitre II - Prélèvement sur des personnes vivantes".

Article 5.

1. Tel qu'il est libellé, l'article 5, alinéa 1er, du projet subordonne la validité de l'accord du donneur vivant, à la double condition que le donneur soit âgé d'au moins 18 ans et qu'il consente librement au prélèvement. L'exposé des motifs précise qu'il incombe au médecin de juger si le donneur est capable de consentir librement. Il s'agit, déclare ce document :

> "d'une appréciation par le médecin de la capacité de fait du donneur, même mineur d'âge, de prendre une décision en connaissance de cause dans cette matière très personnelle".

Il n'est pas inutile de rappeler les règles qui régissent le consentement du malade dans le cadre du contrat médical usuel : le consentement du malade doit être libre et éclairé. Le médecin doit informer le malade de manière telle que celui-ci soit réellement en mesure d'exercer un choix entre l'acceptation et le refus de toute thérapeutique qui présenterait un caractère dangereux pour lui ou qui sortirait des actes médicaux courants (del Carril, "Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical", R.G.A.R. 1966, n° 7677, p. 5). L'étendue du devoir d'éclairer le malade est interprétée diversement. L'opinion classique estime que le malade est suffisamment informé lorsqu'il est averti des avantages et des risques normaux d'une intervention (Ryckmans et Meert, "Les droits et obligations des médecins", 2e éd. 1971, n° 570). La jurisprudence française

.../...

va plus loin et décide que le malade doit être prévenu des risques prévisibles, même anormaux, sauf ceux qui se présentent dans les hypothèses les plus exceptionnelles (Cass. Fr. Civ. 14.4.1961, Gaz. Pal. 1961/2/53 et Paris 13.4.1964, D. 1964, Somm. 98). S'il incrimine le médecin, le malade doit prouver que le traitement ou l'intervention ont été pratiqués sans consentement ou hors des limites du consentement ou avec un consentement insuffisamment éclairé (del Carril, étude citée, p. 7; Mazeaud et Tunc, Traité de responsabilité civile, 5e éd. t.I, n° 511, note 721).

La doctrine et la jurisprudence considèrent que le consentement du malade à l'intervention doit émaner du patient lui-même (Dalcq, Novelles, 2e éd. Dr. Civ. t.V., vol. 1er, n° 1086). Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un mineur, son représentant légal ou la personne sous l'autorité de laquelle il se trouve, sont qualifiés pour prendre la décision, (Dalcq, op. cit., n° 1087 et la jurisprudence citée; Note Leclercq : "Le médecin peut-il opérer un enfant mineur sans le consentement du père ?", J.T. 1949, p. 317), ce qui ne dispense pas de recueillir le consentement du mineur lui-même, chaque fois que c'est possible (R. Dierkens, "Lichaam en lijk", n° 51 et les références citées à la note 46). Si le malade est hors d'état de manifester sa volonté, le consentement pourra émaner de ses représentants légaux ou de ses proches (Dalcq, op cit. 1088).

Les principes qui viennent d'être rappelés s'appliquent lorsque l'intervention et le traitement ont un but thérapeutique pour le sujet traité. Il semble qu'une circonspection au moins égale doit être de règle lorsque l'intervention a le but altruiste qui est à la base même du projet.

.../...

On notera cependant que le projet, dans l'hypothèse où le donneur est un incapable juridique, ne prévoit pas l'intervention de la personne appelée par la loi civile à le représenter ou à l'assister. Il est donc permis de se demander si le consentement de l'incapable sera à lui seul suffisant, l'appréciation de la valeur de celui-ci étant, comme le suggère l'exposé des motifs, abandonnée à la conscience du médecin. Ou, faudra-t-il décider que le consentement de l'administrateur, tuteur ou curateur de l'incapable sera seul requis ? Ou encore, le double consentement de l'incapable et de son représentant ou assistant légal sera-t-il nécessaire ?

Cette question mérite d'autant plus d'attention qu'en droit commun, l'administrateur, le tuteur ou le curateur de l'incapable est appelé à prendre des décisions ou à concourir à celles-ci, non seulement lorsque ces décisions ont un caractère patrimonial, mais aussi, dans certains cas, lorsqu'elles ont trait à la personne de l'incapable. Ainsi, les ascendants du mineur sont-ils appelés à donner leur consentement au mariage de celui-ci (Code civil, art. 148 et ss.). En outre, le tuteur du mineur, dont la désignation est principalement inspirée par la sauvegarde des intérêts matériels de celui-ci, a pour obligation de "prendre soin" de la personne de son pupille, particulièrement lorsque l'autorité parentale fait défaut à ce dernier (Code civil, art. 450, al. 1er). La même remarque vaut pour le tuteur de l'interdit qui est assimilé au mineur "pour sa personne et ses biens" (Code civil, art. 509).

.../...

La Résolution (78) 29 du Conseil de l'Europe évoque le rôle du représentant légal dans les décisions relatives au prélèvement d'organes ou de tissus. L'article 6 de cette Résolution dispose que les prélèvements de substances susceptibles de régénération ne pourront être effectués qu'avec le consentement du représentant légal de l'incapable, sauf opposition de l'incapable lui-même. Par contre, les prélèvements de substances non susceptibles de régénération sur les incapables juridiques sont, d'après le même texte, en principe interdits. Les législations nationales auront cependant la faculté d'autoriser de tels prélèvements sous certaines conditions, notamment "si le donneur est capable de discernement et a donné son accord" et "si le représentant légal et une autorité appropriée ont autorisé le prélèvement".

Il incombe au législateur belge de décider s'il opte pour le régime plus libéral, qui paraît être celui du projet. Ce régime est cependant susceptible de susciter des difficultés pratiques dans le cas où la liberté du consentement du donneur serait ultérieurement contestée, en particulier pour les sujets frappés d'incapacité pour infirmité mentale.

A défaut d'un régime de liberté, la préférence pourrait être donnée,soit à un régime d'interdiction pure et simple, soit au régime plus nuancé de la Résolution européenne.

2. Suivant l'alinéa 2 :

> "Lorsque le prélèvement peut avoir des conséquences graves pour le donneur ou lorsqu'il s'agit d'organes ou tissus qui ne se régénèrent pas, il ne peut être effectué qu'en respectant les dispositions des articles 6 et 7".

.../...

Cette disposition semble signifier a contrario que le médecin est dispensé de respecter les articles 6 et 7 lorsqu'il s'agit d'organes ou de tissus qui se régénèrent.

Or le paragraphe 1er de l'article 6 impose au médecin une obligation d'information qui paraît devoir raisonnablement s'appliquer à tous les prélèvements, car elle conditionne la liberté effective du consentement du donneur (voir Dalcq, op. cit., 2e éd., n° 1080; - del Carril, op.cit.; J.J. Desmarez, "Manuel de médecine légale à l'usage des juristes", p. 541).

De même, le paragraphe 2 dudit article 6, qui interdit le prélèvement lorsque le médecin juge que le donneur n'est pas en mesure de décider avec discernement ou qu'il agit pour des raisons non altruistes, énonce une règle générale élémentaire dont l'application ne saurait être restreinte aux seuls cas de prélèvements d'organes ou de tissus qui ne se régénèrent pas.

La concordance entre les articles 5, alinéa 2, 6 et 7 devrait donc être revue.

3. On observera que le projet s'écarte de la résolution du Comité des Ministres dont les articles 3 et 4 sont rédigés en termes plus rigoureux.

4. Dans le commentaire déjà cité que l'exposé des motifs donne (p. 7) de l'article 5, on lit notamment :

> "C'est en fait le médecin qui doit juger si le donneur est capable de consentir librement. Il s'agit d'une appréciation par le médecin de la capacité de fait du donneur, même mineur d'âge, de prendre une décision en connaissance de cause dans cette matière très personnelle".

C'est probablement sur ce point que la responsabilité du médecin, évoquée dans l'observation générale n° I ci-dessus, risque de susciter les questions les plus délicates et, partant, de contrarier, dans la pratique, l'accomplissement des actes médicaux que le projet entend favoriser.

Les principes que la jurisprudence et la doctrine ont dégagés quant à la responsabilité du médecin en ce qui concerne le consentement d'un patient se rapportent en effet à la relation contractuelle ou quasi-contractuelle entre le médecin et le malade qu'il soigne, dans le but de le guérir ou, du moins, d'améliorer son état de santé (del Carril, op. cit.). Le malade peut, lorsqu'il a accepté un traitement ou une intervention, être présumé consentant aux risques que "tout traitement et toute intervention sont susceptibles d'entraîner" (Dalcq, op. cit., n° 1074). Sur le plan de la preuve, c'est au demandeur qu'il appartiendra de renverser la présomption "qui veut que normalement le médecin qui traite un malade le fasse avec son assentiment" (Dalcq, op. cit., n° 1095).

Tout autre est évidemment l'hypothèse du projet. Le but thérapeutique du médecin, lorsqu'il effectue un prélèvement d'organe ou de tissus, n'est pas poursuivi au bénéfice du donneur, mais à celui du receveur.

Du point de vue de l'intégrité physique, et abstraction faite des mobiles de la transplantation, il y a même contradiction entre l'intérêt du donneur et celui du receveur, de sorte que le désintéressement et l'objectivité du médecin de ce dernier à l'égard du donneur, sans devoir être nécessairement suspectés, pourraient difficilement conduire les tribunaux à admettre une présomption analogue à celle qui protège relativement le médecin contre les réclamations de "son" patient, en ce qui concerne la preuve du consentement de celui-ci.

.../...

En d'autres termes, il pourrait être jugé que cette preuve incombe au médecin et que, s'il ne l'apporte pas, sa faute pourrait être détachable de toute faute dans l'acte médical, alors que, suivant Dalcq, dans la relation contractuelle ou quasi-contractuelle entre le médecin et son patient, la faute du premier consistant à ne pas s'assurer du consentement du second, ne saurait, par elle-même et en l'absence de toute faute dans l'acte médical, avoir été la cause d'aucun dommage (op. cit., n° 1074).

On peut dès lors se demander si le désir de simplification des procédures, dont participe l'article 5, alinéa 2, du projet, ne risque pas de provoquer de nombreux cas d'abstention volontaire des médecins et s'il ne serait pas préférable d'entourer le consentement du donneur de formalités qui, sans compliquer inutilement la prise d'une décision qui devra parfois être rapide, ne laisseraient pas le médecin seul en face d'une responsabilité excessive.

Article 6.

Les mots "de façon appropriée" sont équivoques. Ils laissent, en effet, supposer que le médecin pourrait ne pas fournir lui-même les informations requises alors que telle ne paraît pas être l'intention du Gouvernement.

Le texte suivant est proposé :

"Article 6.-

Le médecin qui envisage d'effectuer un prélèvement d'organe ou de tissus doit :

.../...

1° informer de façon claire et complète le donneur et les personnes dont le consentement est requis, des conséquences physiques, psychiques, familiales et sociales du prélèvement,

2° constater que le donneur a pris sa décision avec discernement et dans un but altruiste,

3° s'assurer, le cas échéant, que les consentements requis ont été donnés ".

Article 7.

La rédaction suivante est proposée :

"Article 7.-

Indépendamment du consentement du donneur, est requis le consentement :

soit de l'époux vivant en commun avec le donneur et en mesure d'exprimer valablement sa volonté,

soit des personnes qui exercent à l'égard du donneur le droit de garde, s'il est mineur non émancipé".

Cette proposition de texte est faite sous réserve de l'observation n° I, sous l'article 5.

Article 8.

Cet article devrait être rédigé comme suit :

.../...

"Article 8.-

Lorsque, en vue de la transplantation sur un frère ou une soeur, un prélèvement d'organe ou de tissus est envisagé sur une personne âgée de moins de dix-huit ans, qui l'accepte, outre les consentements prévus aux articles précédents, l'approbation préalable d'un collège de trois médecins est requise.

Ce collège, qui ne peut comprendre les médecins effectuant le prélèvement ou la transplantation, en examine toutes les conséquences éventuelles avant de donner son avis".

+

Conformément à l'observation faite ci-dessus, la partie du projet consacrée au prélèvement après la mort, doit en former le chapitre III, sous l'intitulé suivant :

"Chapitre III - Prélèvement après le décès".

Article 9.

La rédaction suivante est proposée :

.../...

"Article 9.-

Les organes et les tissus destinés à être transplantés peuvent être prélevés sur une personne dont le décès a été constaté au préalable.

Le décès doit être constaté par un collège de trois médecins dont sont exclus ceux qui traitent le receveur ou qui effectueront le prélèvement ou la transplantation.

Le collège de médecins se fonde sur l'état le plus récent de la science pour constater le décès.

Les médecins mentionnent dans un procès-verbal daté et signé, l'heure du décès et la méthode de sa constatation. Ce procès-verbal et, le cas échéant, les documents qui y sont annexés, doivent être conservés pendant dix ans".

L'article 67 de la Constitution permettra au Roi d'exécuter cette disposition en arrêtant les modalités de la conservation des procès-verbaux qu'elle vise.

Il a semblé peu indiqué d'insérer dans l'article une disposition expresse d'habilitation, d'autant plus qu'elle aurait pu laisser croire qu'aussi longtemps qu'un arrêté royal d'exécution n'avait pas été pris, les procès-verbaux n'avaient pas à être conservés.

.../...

Article 10.

A. Suivant l'alinéa 1er de cette disposition :

"Aucun prélèvement ne peut être effectué, s'il est manifeste que le donneur s'y est opposé de son vivant".

1. Quand sera-t-il "manifeste" que le donneur s'est opposé de son vivant à un prélèvement d'organes ou de tissus après son décès ?

L'exposé des motifs fournit à cet égard les indications suivantes (pp. 8 et 9) :

> "Comme il s'agit d'une matière compréhensible pour tout le monde, il suffit que l'opposition soit exprimée d'une manière claire et précise. Cette opposition peut par exemple être indiquée par une mention écrite sur la carte médicale distribuée par le Ministère de la Santé publique et que l'intéressé joint à sa carte d'identité.
>
> Le Gouvernement n'a toutefois pas l'intention de rédiger des règles exclusives en ce qui concerne les modalités d'expression de cette opposition.
>
> L'opposition peut être exprimée tant par le témoignage des proches que par toutes les personnes informées de ladite opposition; elle peut également être déduite d'une présomption au cas où l'appartenance de l'intéressé à une religion qui interdit la cession et la transplantation est connue.
>
> Si le défunt n'a pas exprimé une telle opposition de la façon habituelle et que les proches ne communiquent pas cette opposition on peut raisonnablement supposer que le défunt ne s'est pas opposé à ce que le prélèvement ait lieu.
>
> Le Roi peut le cas échéant préciser davantage les modalités de cette opposition. Il est plus facile de modifier un arrêté que d'amender une loi

.../...

si la procédure prévue ne s'avère pas bonne".

L'opposition pourra donc être prouvée par toutes voies de droit, y compris même, semble-t-il, par la commune renommée, l'intention du Gouvernement n'étant pas "de rédiger des règles exclusives (beperkende regels op te leggen) en ce qui concerne les modalités d'expression de cette opposition".

2. Qui jugera s'il y a eu opposition manifeste du défunt ? Aucune procédure n'étant prévue -mise à part celle que le Roi pourra fixer en vertu de l'article 14 et sur laquelle aucune indication n'est fournie, sauf qu'il ne s'agira pas de "règles exclusives" -, on peut supposer que la décision appartiendra, une nouvelle fois, au médecin qui opérera le prélèvement. Si , cependant, celui-ci passait outre à une opposition des proches, jugeant qu'elle ne reflète pas une opposition manifeste du défunt, il s'exposerait en vertu de l'article 16, 2°,b), du projet, à un emprisonnement d'un mois à un an ou à une amende de mille à dix mille francs, au cas où le tribunal en jugerait autrement que lui. Le médecin va-t-il courir ce risque ?

3. A qui appartiendra l'initiative quant à savoir s'il y a eu opposition ou non du défunt, de son vivant ? Bien évidemment, dans la pratique, cette initiative devra être prise par le médecin, lui seul courant le risque d'une condamnation pénale et éventuellement civile. Il lui appartiendra de s'enquérir des sentiments du défunt auprès des proches de celui-ci et ces derniers, pour les raisons exposées au numéro 2 ci-dessus, disposeront en fait d'un véritable droit de veto.

.../...

Combiné avec l'article 16, 2°, b), et interprété à la lumière de l'exposé des motifs, l'article 10, alinéa 1er, sera nécessairement appliqué, non pas selon sa lettre, mais comme si un prélèvement ne pouvait être effectué que s'il est manifeste que le donneur ne s'y est pas opposé de son vivant.

On ne voit pas, dès lors, en quoi le projet innove, sauf sur le plan des sanctions et comment, par conséquent, il pourrait contribuer, suivant son objectif, à enrayer "une diminution du nombre des transplantations en Belgique" (Exposé des motifs, p. 1).

B. Suivant l'alinéa 2 de l'article 10 en projet :

> "Si le donneur est âgé de moins de 18 ans ou n'était pas en mesure de faire connaître sa volonté, cette opposition peut être exprimée par les proches du donneur aussi longtemps que celui-ci est en vie".

Cette disposition appelle des réserves analogues à celles qui viennent d'être formulées à propos de l'alinéa 1er.

La notion de "proches" et les difficultés qui peuvent surgir en cas de désaccord entre les "proches" seront évoquées dans les observations relatives à l'article 14.

Article 11.

Suivant cette disposition :

> "En cas de mort violente, de décès suspect ou si la cause de la mort est inconnue, le médecin qui

procède au prélèvement d'organes ou de tissus, doit rédiger un rapport qu'il transmet sans délai au Procureur du Roi. Ce rapport doit reprendre les données qui concernent l'état du corps de la personne décédée et des parties de corps prélevées et qui peuvent être d'importance pour déterminer la cause et les circonstances du décès. Dans ce rapport figureront plus précisément les données qui ne pourront plus être examinées par la suite en raison du prélèvement".

1. Le premier objet de l'article est de dispenser le médecin, dans les cas de mort violente, de décès suspect ou si la cause de la mort est inconnue, de recueillir l'accord des proches avant de procéder au prélèvement.

L'exposé des motifs fournit -sous l'article 10- les raisons de cette dérogation à la règle générale énoncée par ledit article 10.

2. Le second objet de l'article est de permettre, dans les mêmes cas, des prélèvements d'organes avant une éventuelle autopsie, moyennant l'envoi ultérieur au Procureur du Roi d'un rapport fournissant les éléments utiles à la détermination des causes du décès.

Il semble "indispensable que le médecin expert jouisse d'une qualification particulière en médecine légale, sanctionnée si possible par un titre académique" (J.-J. Desmarez, op. cit., p. 36). Rien n'indique que le médecin qui procèdera au prélèvement d'organes ou de tissus, aura nécessairement cette qualification, ni qu'il pourra, par conséquent, contribuer à la recherche des causes d'un décès avec la même compétence qu'un médecin légiste.

.../...

Le rapport que, suivant le projet, il sera tenu d'adresser au Procureur du Roi n'aura pas nécessairement non plus la même valeur scientifique ni, en cas de poursuites judiciaires, la même force probante qu'un rapport d'expertise médico-légale.

Suivant l'exposé des motifs (p. 10),

"il a été préféré à dessein de ne pas demander l'accord préalable du Procureur afin de ne pas perdre un temps précieux".

Cette déclaration paraît avoir été faite en méconnaissance des règles d'organisation et de fonctionnement des parquets, au sein desquels un magistrat est nuit et jour de garde pour prendre et communiquer, au besoin par téléphone, les décisions urgentes que requiert l'office du ministère public.

Il appartiendra au législateur de décider si les exigences de l'ordre public doivent fléchir, sur ce point, devant celles de l'action thérapeutique.

Article 12.

Suivant cette disposition :

"L'identité du donneur ne peut être divulguée et le nom du receveur ne peut être communiqué à la famille du donneur".

I. Cette disposition s'applique uniquement aux cas de prélèvements après le décès puisqu'elle est insérée dans la section II (devenue chapitre II).

Cette portée est d'ailleurs confirmée par l'exposé des motifs.

.../...

Celui-ci indique la raison pour laquelle le texte du projet est plus restrictif que l'article 2, 2 de la Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, disposition aux termes de laquelle :

> "L'anonymat du donneur et du receveur doit être respecté, sauf lorsqu'il existe entre eux des relations familiales ou personnelles étroites".

D'une manière générale, on peut, en effet, concevoir qu'un strict anonymat soit difficile à respecter, sauf lorsque la transplantation est effectuée à l'intervention d'une banque d'organes ou de tissus.

II. L'article 12 du projet est néanmoins rédigé en des termes que l'exposé des motifs ne suffit pas entièrement à expliquer.

On peut se demander notamment pourquoi c'est seulement à la famille du donneur que le nom du receveur ne peut être communiqué.

+

Il appartiendra au législateur d'apprécier si l'article 12 pourra être respecté dans tous les cas par d'autres personnes que celles qui sont professionnellement tenues au secret alors qu'il s'agit d'une disposition assortie de la sanction pénale relativement lourde prévue à l'article 16, 1°, c), du projet.

Quant aux personnes tenues au secret professionnel, il conviendrait de préciser si elles sont exclusivement visées par l'article 12 et par l'article 16,

c'est-à-dire, si ces dispositions spéciales sont exclusives de l'application de l'article 458 du Code pénal.

Article 13.

Cette disposition se borne à paraphraser une règle élémentaire de déontologie médicale, règle dont la jurisprudence en matière de responsabilité médicale fait une application constante.

L'exposé des motifs reconnaît d'ailleurs que

> "les mêmes règles doivent être applicables à la transplantation qu'à d'autres formes de traitement médical, par exemple une intervention chirurgicale".

Or, point n'est besoin d'une disposition législative expresse pour que ces règles soient appliquées, avec toute la souplesse nécessaire, par la jurisprudence.

La seule portée de l'article est, par sa combinaison avec l'article 16, 2°, c), d'ériger en infraction spéciale ce qui ne serait, dans la plupart des cas, qu'une faute de caractère purement civil.

Selon les fonctionnaires délégués, l'intention du Gouvernement est de ne pas aller jusque-là et de supprimer le c) du 2° de l'article 16.

Dans ces conditions, l'article 13 devrait être omis, de même que la section III dont il est la seule disposition.

+ .../...

Le chapitre III devient le chapitre IV. Dans le texte français, l'intitulé devrait être mis en concordance avec le texte néerlandais et être lu :

"Chapitre IV - Dispositions finales et pénales".

Article 14.

Suivant cette disposition :

"Le Roi peut fixer des règles relatives aux modalités selon lesquelles s'expriment le consentement, l'approbation et l'opposition visés aux articles 5, 7, 8 et 10 et désigner les personnes et l'ordre des personnes qui sont susceptibles de participer à ces procédures".

L'exposé des motifs (p. 10) commente cette disposition en ces termes :

"La compétence facultative qui est donnée au Roi concerne les règles selon lesquelles le consentement est accordé par le donneur lors de prélèvements de son vivant et par les proches si ce consentement est requis.

Cette compétence a également pour objet de déterminer quels proches peuvent exprimer leur opposition au prélèvement après le décès et l'ordre parmi eux.

Le Roi peut également fixer les modalités suivant lesquelles l'opposition du donneur au prélèvement après son décès peut être exprimée ou prouvée".

On rappellera que l'habilitation ainsi donnée au Roi avait encore été justifiée, dans le commentaire de l'article 10, par la considération qu'"il est plus facile de modifier un arrêté que d'amender une loi si la procédure prévue ne s'avère pas bonne" (p. 9).

.../...

Toute habilitation pourrait être expliquée par la même considération. Celle-ci laisse entière la question de savoir si la compétence dont il s'agit est une compétence susceptible d'être déléguée.

A cet égard, en ce qui concerne le prélèvement sur une personne vivante, on considère généralement que celle-ci dispose sur son corps d'un droit absolu, subordonné cependant à la règle, également impérative, selon laquelle un droit doit être apprécié et exercé, non seulement en fonction de la personne même, mais aussi des tiers et de la société (R. Dierkens, op. cit., n° 52). Il appartient au législateur de régler lui-même, du moins dans ses traits essentiels, l'exercice de ce droit fondamental, si une telle réglementation lui paraît nécessaire. On ne peut admettre que ce pouvoir soit délégué, dans son ensemble, au Roi.

Le même raisonnement doit être appliqué au prélèvement sur un cadavre. Les proches n'ont aucun droit personnel sur le corps du défunt. C'est en tant que dépositaires présumés de la volonté de celui-ci qu'ils peuvent revendiquer que la leur soit prise en considération (Voir, en matière de sépulture, De Page t. IX, n° 30 et les références citées en note).

Il faut ajouter que le point de savoir si tel ou tel proche est le mieux qualifié pour exprimer la volonté présumée du défunt est une question de pur fait, étrangère au droit successoral (De Page, loc. cit.).

On voit dès lors mal comment pourrait être arrêté un "ordre de personnes" appelées à participer aux procédures qui seraient organisées en vertu de l'article 14

.../...

du projet. Si, généralement, le conjoint et, à son défaut, les enfants et, à leur défaut, les parents, seront choisis dans cet ordre, (voir Bruxelles, 19 mars 1968, Pas. II, p. 176) il se pourrait qu'en raison de circonstances particulières, ledit ordre ne puisse être suivi. On peut, au surplus, douter qu'il soit possible de donner, par voie d'autorité, une solution générale aux difficultés qui pourraient naître d'un désaccord entre proches à un même degré de parenté. Vu la diversité des situations de fait, il paraît désirable de laisser déterminer par les tribunaux la solution des contestations particulières soulevées par les cas d'espèces.

En conclusion, l'article 14 ne permet pas de compenser les insuffisances, relevées plus haut, des articles 5, 6, 7, 8 et 10. Ces dernières dispositions devraient donc être revues.

Article 15.

Cette disposition confirme l'intérêt qu'il y aurait à réunir en un seul texte les dispositions de la loi du 7 février 1961 et celles du présent projet (voir observation générale n° III ci-dessus) mais, même si le Gouvernement ne se ralliait pas à cette solution, l'article 15 serait superflu compte tenu de la rédaction qui a été proposée plus haut pour l'article 1er.

En toute hypothèse, la méthode de la législation par référence est à déconseiller.

.../...

Article 16.

La phrase liminaire est superflue et doit être omise. Il va de soi, en effet, que les dispositions pénales de l'article 16 sont d'application sans préjudice des dispositions du Code pénal et des peines disciplinaires.

Pour le surplus, la disposition serait plus simplement rédigée comme suit :

"Article 16.-

Les infractions aux articles 3, 4 et 12 sont punies d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cinq cents francs à cinq mille francs ou d'une de ces peines seulement.

Les infractions aux articles 5 à 11 sont punies d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de mille francs à dix mille francs ou d'une de ces peines seulement".

Article 17.

Afin d'éviter toute équivoque quant à la date à laquelle prend cours le délai de cinq ans, il serait préférable d'écrire, sur le modèle de l'article 619 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 7 avril 1964 :

"... dans les cinq ans qui suivent la décision judiciaire définitive portant la condamnation du chef d'infraction à la présente loi ou à un arrêté pris en exécution de celle-ci".

.../...

Article 18.

Le Livre 1er du Code pénal, sous réserve de son chapitre VII et de son article 85, étant applicable de plein droit, l'article 18 serait mieux rédigé comme suit :

"Article 18.-

Le chapitre VII et l'article 85 du Livre 1er du Code pénal sont applicables aux infractions à la présente loi et aux arrêtés pris en exécution de celle-ci".

ALGEMENE OPMERKINGEN.

I. Het ontwerp heeft volgens de memorie van toelichting tot doel een wettelijke regeling tot stand te brengen voor de transplantatie van organen, een heelkundige techniek die in bepaalde gevallen de beste en vaak zelfs enige wijze voor het behandelen van een ernstige organische aandoening is, maar waaraan bij stilzwijgen van de wet soms moeilijk op te lossen juridische en psychologische problemen in de weg staan.

Die problemen houden onder meer verband met de toestemming van de donor van het te transplanteren orgaan of weefsel. De eis dat er toestemming is moet vanzelfsprekend als een voor de hele materie fundamenteel beginsel worden beschouwd. Maar de vraag hoe die toestemming te kennen wordt gegeven en vooral welke waarborgen de vrijheid van toestemming moeten omringen, doet heel wat moeilijkheden rijzen, ongeacht of het om levenden dan wel om overledenen gaat.

Wat de levenden betreft stelt artikel 5, eerste lid, van het ontwerp onder meer als regel dat de wegneming niet mag worden verricht dan bij een donor die daar vrij in toestemt. In artikel 6 worden dan een aantal nadere regelen gegeven voor de geldigheid van de toestemming. Maar uit de bepalingen van dat artikel 6 blijkt niet adequaat hoever hun werkingssfeer reikt, zoals zal worden opgemerkt bij artikel 5 en bij de daaropvolgende artikelen waarnaar dat artikel 5 verwijst.

Ten aanzien van overleden personen stelt het ontwerp een vermoeden in; zo verklaart de memorie van toelichting (blz. 2) : "Wie tijdens zijn leven geen verzet heeft uitgedrukt wordt geacht akkoord te gaan om zijn organen af te staan na zijn overlijden".

.../...

Zoals verder in het advies zal blijken, reikt het beginsel dat de vrije toestemming van de donor wordt ontzien, niet toe voor het oplossen van de moeilijkheden waartoe de bepalingen van het ontwerp aanleiding kunnen geven. Die moeilijkheden houden immers voor een deel juist verband met de wijze en het bewijs van de toestemming van de donor, vooral wanneer hij een persoon in leven is.

In dat verband is het duidelijk dat het voornemen om de weg te effenen voor transplantaties van organen en weefsels in de praktijk wel eens zou kunnen afstuiten op de huiverigheid van geneesheren om zich rechtsvorderingen inzake medische aansprakelijkheid op de hals te halen, als het ontwerp de grenzen van die aansprakelijkheid, met name uit het oogpunt van het bewijs van geldige toestemming, niet voldoende scherp zou aangeven.

II. De memorie van toelichting verwijst op bladzijde 4 naar de resolutie van 11 mei 1978 (nr. 29) van het Comité van Ministers van de Raad van Europa

> "over de harmonisering van de wetgevingen van de lidstaten met betrekking tot de wegnemingen, overentingen en transplantaties van substanties van menselijke oorsprong".

De memorie verklaart dat het ontwerp "vanzelfsprekend een concretisering van de Europese resolutie op intern vlak" is.

Een zo algemeen gestelde verklaring kan verwarring doen ontstaan omtrent de juiste draagwijdte van het ontwerp.

Zoals een andere passus uit dezelfde memorie (blz. 4) aangeeft doet het ontwerp een oplossing aan de hand voor een

.../...

"dringend probleem dat beperkt en wel omschreven was, namelijk dit van de orgaantransplantaties". Het ontwerp heeft dus een beperkter draagwijdte dan de resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, welke in artikel 1 bepaalt : "Les présentes règles s'appliquent à tout prélèvement, greffe, transplantation et autre utilisation de substances d'origine humaine prélevées ou recueillies à des fins de thérapeutique et de diagnostic au profit de personnes autres que le donneur, et aux fins de recherche".

Zelfs in die mate begrensd wijkt het ontwerp overigens hier en daar af van de regels van de resolutie. Deze moge hoegenaamd niet dwingend zijn, zij is wel door het Comité van Ministers - waarin België vanzelfsprekend vertegenwoordigd is - aangenomen, met het oog op de harmonisering van de wetgevingen van de Lid-Staten. De wetgever zal moeten uitmaken of bepalingen waarvan verder in dit advies wordt opgemerkt dat ze afwijken van de resolutie, niet behoren te worden herzien.

III. Het ontwerp heet volkomen los te staan van de wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong. Deze is echter van toepassing op

> "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 of organen waaruit het menselijk organisme samengesteld is" (artikel 1),

terwijl het ontwerp "onverminderd" die wet van toepassing is "op de wegneming en de transplantatie van organen en weefsels van het menselijk lichaam met het oog op een medische behandeling" (artikel 1). Alleen al uit een vergelijking van die

.../...

twee bepalingen blijkt dat in geval van wegneming van weefsels of van organen bezwaarlijk en wellicht zelfs onmogelijk uit te maken zal zijn welke van beide wetten toepassing zal vinden. Dat gedeeltelijk samenvallen van de werkingssfeer van de twee wetten kan tot rechtsonzekerheid leiden, hetgeen des te meer te betreuren valt daar artikel 16 van het ontwerp strengere straffen stelt dan artikel 9 van de wet van 7 februari 1961.

Het zou derhalve hoogst wenselijk zijn dat de wetgever, trouwens naar het voorbeeld van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, alle wettelijke regelen inzake wegneming, overenting en transplantatie van organen, weefsels en bestanddelen van menselijke oorsprong in een enkele tekst zou samenbrengen.

\+

\+ \+

ONDERZOEK VAN DE ARTIKELEN.

Artikel 1.

Om de hiervoren opgegeven redenen en in overleg met de gemachtigde ambtenaren wordt voorgesteld het eerste lid van het ontwerp als volgt te redigeren :

"Deze wet is van toepassing op de wegneming van organen of weefsels van het menselijk lichaam van een persoon, "donor" genoemd, met het oog op het voor therapeutische doeleinden transplanteren van die organen of weefsels op het lichaam van een andere persoon, "receptor" genoemd, onder de voorwaarden bepaald in deze wet en in de wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong".

.../...

Deze redactie, waarin duidelijk uitkomt dat donor en receptor verschillende personen zijn, maakt het tweede lid overbodig.

Artikel 2.

Deze bepaling zou beter als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 2.-

Organen of weefsels mogen slechts weggenomen of getransplanteerd worden voor therapeutische doeleinden en onder de voorwaarden bepaald in deze wet".

+

Het opschrift van hoofdstuk II is een onnodige herhaling van het opschrift van het ontwerp zelf.

De artikelen 3 en 4 lijken voorts algemene bepalingen te zijn, die normaal in hoofdstuk I thuishoren.

Hoofdstuk II zou bijgevolg moeten beginnen na artikel 4, met het opschrift van afdeling 1 : "Wegneming bij levenden".

Artikel 3.

Het verdient aanbeveling deze bepaling in positieve zin te redigeren.

.../...

Uit de memorie van toelichting blijkt dat wegneming en transplantatie alleen mogen worden verricht in ziekenhuizen die onderworpen zijn aan de wet van 23 december 1963 op de ziekenhuizen. Het ware nuttig dat duidelijk te stellen.

De volgende tekst, waarmee de gemachtigde ambtenaren hebben ingestemd, wordt voorgesteld :

"Artikel 3.-

Iedere transplantatie van organen of van weefsels en, behoudens in spoedgevallen, iedere wegneming moet geschieden in een ziekenhuis onderworpen aan de wet van 23 december 1963 op de ziekenhuizen".

Artikel 4.

Deze bepaling luidt :

"De afstand van organen en weefsels moet zonder winstoogmerk geschieden.

De Koning kan regelen stellen om de donor schadeloos te stellen voor eventuele onkosten en inkomstenderving".

1. In het eerste lid bedoelt het artikel als beginsel te stellen - een beginsel dat overigens ontleend is aan vroegere voorontwerpen en aan de resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa - dat voor het "geven" van organen of weefsels geen vergoeding wordt uitgekeerd.

De term "afstand" doelt stellig op de rechtsbetrekking tussen donor en receptor, maar het is niet duidelijk of hij ook

.../...

slaat op de instelling die in voorkomend geval de gift heeft ontvangen om ze vervolgens door te geven, terwijl juist in dat geval het verbod van winstoogmerk het meeste zin lijkt te hebben.

Artikel 6 van de wet van 27 februari 1961 bepaalt :

> "De Minister van Volksgezondheid en van het Gezin bepaalt de prijs waartegen therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong worden afgeleverd en ter hand gesteld, derwijze dat elke winst is uitgesloten".

De gemachtigde ambtenaren hebben verklaard dat de Minister in de praktijk toeziet dat de "prijs" van het bloed wordt vastgesteld op de werkelijke kostprijs van de propaganda en van het inzamelen, vervoeren, opslaan en afleveren van het "gegeven" bloed. Het zijn dus veeleer die kosten dan de prijs welke de Minister vaststelt.

Ter voorkoming van verkeerde interpretatie zou de tekst van het eerste lid het best zo worden herzien en aangevuld dat duidelijk uitkomt dat in alle fasen van de afstand kosteloos moet worden gehandeld.

2. In verband met het tweede lid verstrekt de memorie van toelichting de volgende commentaar (1) :

> "Feitelijk wordt in tussenkomsten van de ziekteverzekering voorzien voor de gezondheidszorgen aan de donor, wanneer deze onder een stelsel van maatschappelijke zekerheid valt.

.../...

---

(1) De eerste zin van de Franse tekst staat niet in de Nederlandse.

Indien er behoefte bestaat aan een aanvullende regeling, vooral voor de werkonbekwaamheid, kan de Koning verdere maatregelen treffen.

Men moet er echter rekening mee houden dat het hier gaat om uitzonderingsgevallen".

Deze commentaar geeft slechts gedeeltelijk antwoord op de vragen die het tweede lid van artikel 4 doet rijzen. Hij doet zelfs een bijkomende twijfel ontstaan in zover hij te verstaan geeft dat de Koning slechts bevoegd zou zijn voor de gevallen dat de donor niet onder een stelsel van maatschappelijke zekerheid zou vallen, terwijl de tekst zelf algemener is.

a. In welke mate zou de donor volgens het ontwerp schadeloos worden gesteld ? Aan het beginsel dat het "geven" van een orgaan of weefsel kosteloos geschiedt zou geen afbreuk worden gedaan indien werd voorzien in algehele schadeloosstelling van de donor, daarin begrepen bijvoorbeeld de vergoeding voor de gedeeltelijke blijvende invaliditeit die het gevolg van de wegneming zou zijn. Die algehele vergoeding zou echter veronderstellen dat zij ten laste wordt gebracht ofwel van de receptor, ofwel van een derde instelling, hetgeen niet met de bedoeling van de Regering lijkt te stroken.

b. De Regering lijkt zich te willen houden aan een forfaitaire schadeloosstelling overeenkomstig de regeling van de ziekte- en invaliditeitsverzekering wanneer die toepassing vindt, en overeenkomstig de regelen door de Koning vastgesteld voor het tegenovergestelde geval.

.../...

Wegneming van organen of van weefsels, waarvoor de toestemming van de donor vereist is, zou kunnen worden beschouwd als een vrijwillige verminking, maar gesteld zelfs dat het geven van organen of weefsels zo kan worden geïnterpreteerd, dan nog zou de belangeloze handeling van de donor zeker niet gelijk te stellen zijn met de "zware fout" op grond waarvan de toekenning van de prestaties kan worden ontzegd volgens artikel 70, § 3, b, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 19 van 4 december 1978.

c. Met dit systeem worden echter niet alle moeilijkheden weggenomen, zelfs in het - toch wel het meest voorkomende - geval dat de donor aan de ziekte- en invaliditeitsverzekering onderworpen is.

Luidens de artikelen 52, § 1, en 70 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten hebben de werkman en de bediende recht op hun loon gedurende onderscheidenlijk de zeven of de dertig eerste dagen arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval. Tevens heeft de werknemer voor de periode waarvoor hij recht heeft op loon, geen aanspraak op uitkeringen van de ziekte- en invaliditeitsverzekering (wet van 9 augustus 1963, artikel 57, § 1, gewijzigd bij de wet van 27 juni 1969). De werknemer die arbeidsongeschikt is ten gevolge van een wegneming welke hij bij veronderstelling vrijwillig mocht hebben ondergaan, zal strikt genomen niet arbeidsongeschikt zijn wegens een ziekte of een ongeval. Het zou overigens weinig billijk zijn de werkgever, zelfs voor een beperkte periode, te doen opdraaien voor de gevolgen van een ongeschiktheid waaraan de werknemer zich vrij-

.../...

willig heeft blootgesteld. Toch zal het loon verschuldigd zijn want het geven van organen of weefsels zal, zoals reeds opgemerkt is, niet kunnen worden gelijkgesteld met een "zware fout" van de werknemer, terwijl het geval van een zodanige fout, met bepaalde toestanden die aan het thans onderzochte probleem vreemd zijn, het enige is waarin het loon niet verschuldigd is voor de eerste zeven of dertig dagen arbeidsongeschiktheid al naar het een werkman of een bediende betreft (eerdervermelde wet van 3 juli 1978, artikelen 52, § 3, 2°, en 73, § 2, b).

Met de enkele stilzwijgende verwijzing naar de vergoeding waarin de ziekte- en invaliditeitsverzekering voorziet, komt men dus niet tot een volledige en sluitende regeling inzake schadeloosstelling van de donor - ook van de donor die onder de maatschappelijke zekerheid valt.

3. Zelfs derwijze aangevuld dat aan de hier gemaakte opmerkingen tegemoet wordt gekomen, zou de schadeloosstellingsregeling van de ontwerp-wet het recht van de donor om overeenkomstig het gemeen recht te worden vergoed voor de schade die hem mocht zijn berokkend door een tekortkoming bij het wegnemen, onverkort laten. Het risico van rechtsvorderingen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de geneesheer, waarop is gewezen in de algemene opmerking I, blijft dus bestaan. Eigenlijk zal het nog vergroot worden door de mechanismen die eigen zijn aan de verzekering tegen ziekte en invaliditeit, en die meebrengen dat de verzekeringsinstelling rechtens in de plaats van de rechthebbende treedt wanneer de schade waarvoor een beroep op de uitkeringen wordt gedaan, door het gemeen recht is gedekt (wet van 9 augustus 1963, artikel 70, § 2).

+

.../...

Overeenkomstig de hiervoren gemaakte opmerking zou het opschrift van afdeling I door het volgende moeten worden vervangen :

"Hoofdstuk II. - Wegneming bij levenden".

Artikel 5.

1. Zoals artikel 5, eerste lid, van het ontwerp is gesteld, zal de toestemming van de levende donor slechts geldig zijn onder de tweeledige voorwaarde dat hij ten minste 18 jaar oud is en dat hij vrij in de wegneming toestemt. De memorie van toelichting preciseert dat het aan de geneesheer staat te oordelen "of de donor in staat is vrij toe te stemmen". "Het gaat hier", aldus de memorie,

> "om een appreciatie door de geneesheer omtrent de feitelijke bekwaamheid van de donor, zelfs de minderjarige donor, om met kennis van zaken te beslissen in deze zeer persoonlijke aangelegenheid".

Hier kan herinnerd worden aan de regels inzake de toestemming van de zieke in het kader van het gewoon medisch contract : die toestemming moet vrij en wel overwogen zijn. De geneesheer moet de zieke derwijze voorlichten dat deze werkelijk in staat is een keuze te doen tussen het al dan niet aanvaarden van enige therapeutische behandeling die voor hem enig gevaar kan opleveren of die buiten de gebruikelijke medische handelingen zou vallen (DEL CARRIL, "Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical", R.G.A.R. 1966, nr. 7677, blz. 5). Over de omvang van de voorlichtingsplicht bestaan verschillende interpretaties. Volgens de klassieke opvatting is de zieke genoegzaam voorgelicht wanneer hem kennis is gegeven van de voordelen en de normale risico's van een ingreep (RYCKMANS en MEERT, "Les droits et obligations des médecins", tweede uitg.

.../...

1971, nr. 570). De Franse rechtspraak gaat verder : de zieke moet worden gewaarschuwd voor de te voorziene, zelfs ongewone risico's, behalve die welke in de meest uitzonderlijke gevallen voorkomen (Cass. Fr. Civ. 14.4.1961, Gaz. Pal. 1961/2/53 en Paris 13.4.1964, D. 1964, Somm. 98). Indien de zieke de geneesheer beschuldigt moet hij bewijzen dat de behandeling of de ingreep heeft plaatsgehad zonder toestemming, buiten de grenzen van de toestemming of met een toestemming die na onvoldoende voorlichting was gegeven (DEL CARRIL, o.c., blz. 7; MAZEAUD en TUNC, "Traité de responsabilité civile", 5e uitg., deel I, nr. 511, noot 721).

Rechtsleer en rechtspraak stellen dat de toestemming van de zieke tot het verrichten van de ingreep moet uitgaan van de patiënt zelf (DALCQ, Novelles, 2e uitg. Dr. Civ., deel V, vol. I, nr. 1086). Voor een minderjarige echter kan de beslissing genomen worden door diens wettelijk vertegenwoordiger of door de persoon onder wiens gezag hij staat (DALCQ, o.c., nr. 1087 en de aangehaalde rechtspraak; noot LECLERCQ : "Le médecin peut-il opérer un enfant mineur sans le consentement du père ?", J.T. 1949, blz. 317), hetgeen niet wegneemt dat de toestemming van de minderjarige zelf moet worden gevraagd telkens als dat mogelijk is (R. DIERKENS, "Lichaam en lijk", nr. 51 en de verwijzingen onder noot 46). Is de zieke niet in staat zijn wil te kennen te geven, dan kan de toestemming worden gegeven door zijn wettelijke vertegenwoordigers of zijn naaste verwanten (DALCQ, o.c. 1088).

De aangehaalde beginselen gelden wanneer de ingreep en de behandeling een therapeutisch doel hebben voor de behandelde. Een op zijn minst gelijke omzichtigheid lijkt aan de dag gelegd te moeten worden wanneer de ingreep het altruïstische doel heeft dat aan het ontwerp ten grondslag ligt.

.../...

Op te merken valt echter dat het ontwerp voor het geval dat de donor een in rechte onbekwame mocht zijn, niet voorziet in de bemoeiing van de persoon die door de burgerlijke wet geroepen is hem te vertegenwoordigen of bij te staan. Men kan zich derhalve afvragen of de toestemming van de onbekwame op zichzelf voldoende zal zijn, daar het de geneesheer is die, zoals de memorie van toelichting te verstaan geeft, over de geldigheid van die toestemming in geweten zal hebben te oordelen. Of zal alleen de toestemming van de bewindvoerder, de voogd of de curator van de onbekwame vereist zijn ? Of zal de toestemming én van de onbekwame én van zijn vertegenwoordiger of degene die hem wettelijk bijstaat noodzakelijk zijn ?

Deze vraag verdient des te meer aandacht daar het gemeen recht wil dat de bewindvoerder, de voogd of de curator van de onbekwame beslissingen nemen of daaraan meewerken, niet alleen wanneer die beslissingen op het vermogen maar ook, in sommige gevallen, wanneer zij op de persoon van de onbekwame betrekking hebben. Zo moeten de ascendenten van de minderjarige hun toestemming tot diens huwelijk geven (Burgerlijk Wetboek, artikel 148 en volgende). Bovendien moet de voogd van de minderjarige, die in hoofdzaak aangesteld is om diens stoffelijke belangen te behartigen, "zorg dragen" voor de persoon van zijn pupil, vooral wanneer er geen ouderlijk gezag meer is (Burgerlijk Wetboek, artikel 450, eerste lid). Dezelfde opmerking geldt voor de voogd over de onbekwaamverklaarde die met de minderjarige gelijkstaat "wat betreft zijn persoon en zijn goederen" (Burgerlijk Wetboek, artikel 509).

.../...

De Resolutie (78) 29 van de Raad van Europa handelt over de rol van de wettelijke vertegenwoordiger in de beslissingen betreffende het wegnemen van organen of weefsels. Artikel 6 van die Resolutie bepaalt dat regenereerbare substanties alleen met toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger van de onbekwame mogen worden weggenomen, behoudens verzet van de onbekwame zelf. Wegneming daarentegen van niet regenereerbare substanties op de persoon van rechtsonbekwamen is volgens dezelfde tekst principieel verboden. De nationale wetgevingen zullen wel bevoegd zijn om zodanige wegnemingen toe te staan onder bepaalde voorwaarden, onder meer indien de donor in staat is oordeelkundig te beslissen en zijn toestemming heeft gegeven en indien de wettelijke vertegenwoordiger en een bevoegde overheid de wegneming hebben toegestaan.

De Belgische wetgever dient te beslissen of hij kiest voor de meer vrijheid latende regeling welke het ontwerp lijkt te willen invoeren. Die regeling is er echter een die tot praktische moeilijkheden kan leiden ingeval de vrije toestemming van de donor naderhand mocht worden betwist, vooral wanneer het gaat om onbekwamen wegens geestesgebrek.

Bij gemis van een regeling die volkomen vrijheid laat zou de voorkeur kunnen worden gegeven, hetzij aan verbod zonder meer, hetzij aan de meer genuanceerde regeling van de Europese resolutie.

2. Het tweede lid luidt :

"Wanneer de wegneming ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of wanneer het gaat om niet regenereerbare organen of weefsels, mag zij slechts worden verricht overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 6 en 7".

.../...

Deze bepaling lijkt a contrario te betekenen dat de geneesheer niet overeenkomstig de artikelen 6 en 7 dient te handelen wanneer het om wel regenereerbare organen of weefsels gaat.

Paragraaf 1 van artikel 6 verplicht de geneesheer echter de betrokkenen in te lichten, en die verplichting lijkt redelijkerwijs te moeten gelden voor alle wegnemingen want zij is een voorwaarde voor een werkelijk vrije toestemming van de donor (zie DALCQ, o.c., 2e uitg., nr. 1080; DEL CARRIL, o.c.; J.J. DESMAREZ, "Manuel de médecine légale à l'usage des juristes", blz. 541).

Zo ook stelt paragraaf 2 van artikel 6, die de wegneming verbiedt indien de geneesheer oordeelt dat de donor niet in staat is oordeelkundig te beslissen of dat hij handelt om niet-altruïstische redenen, een elementaire algemene regel waarvan de toepassing niet zou kunnen worden beperkt tot het wegnemen van niet regenereerbare organen of weefsels.

De artikelen 5, tweede lid, 6 en 7 zouden derhalve met elkaar in overeenstemming moeten worden gebracht.

3. Op te merken valt dat het ontwerp afwijkt van de resolutie van het Comité van Ministers, waarvan de artikelen 3 en 4 strakker geformuleerd zijn.

4. In de reeds aangehaalde commentaar die de memorie van toelichting (blz. 8) bij artikel 5 verstrekt, wordt onder meer gezegd :

"De geneesheer moet concreet oordelen of de donor in staat is vrij toe te stemmen. Het gaat hier om een appre-

.../...

ciatie door de geneesheer omtrent de feitelijke bekwaamheid van de donor, zelfs de minderjarige donor, om met kennis van zaken te beslissen in deze zeer persoonlijke aangelegenheid".

Waarschijnlijk is het op dat punt dat de aansprakelijkheid van de geneesheer, waarop in de algemene opmerking I hiervoren is gewezen, de neteligste problemen dreigt te doen rijzen en derhalve het verrichten van de geneeskundige handelingen welke het ontwerp bedoelt te bevorderen, in de praktijk dreigt te hinderen.

De beginselen die door rechtsleer en rechtspraak naar voren zijn gebracht ter zake van de aansprakelijkheid van de geneesheer wat de toestemming van een patiënt betreft, houden immers verband met de contractuele of quasi-contractuele betrekking tussen de geneesheer en de zieke die hij verzorgt met het oog op diens genezing of althans op de verbetering van zijn gezondheidstoestand (DEL CARRIL, o.c.). De zieke die een behandeling of een ingreep heeft aanvaard, mag worden geacht ook de risico's te aanvaarden welke iedere behandeling en ingreep kan meebrengen (DALCQ, o.c., nr. 1074). Op het vlak van de bewijslevering is het zaak van de eiser het vermoeden te weerleggen dat de geneesheer die een zieke behandelt, zulks normaal met diens instemming doet (DALCQ, o.c., nr. 1095).

Geheel anders uiteraard liggen de zaken in het geval waarin het ontwerp voorziet. De geneesheer die een orgaan of weefsel wegneemt, doet dat met een therapeutisch doel waarbij niet het belang van de donor maar dat van de receptor gezocht wordt.

Uit een oogpunt van de lichamelijke gaafheid, en afgezien van de beweegredenen voor de transplantatie, is er zelfs tegenstrijdigheid tussen het belang van de donor en dat van de receptor, zodat de rechtbanken in de belangeloosheid en de objec-

tiviteit van de geneesheer van de receptor ten opzichte van de donor - al hoeft daarop niet noodzakelijk verdenking te rusten - bezwaarlijk een aanleiding zouden kunnen vinden tot het aanvaarden van een vermoeden in de aard van datgene dat de geneesheer een betrekkelijke bescherming biedt tegen de bezwaren van "zijn" patiënt wat het bewijs van diens toestemming betreft.

Met andere woorden, gevonnist zou kunnen worden dat het de geneesheer is die het bewijs dient te leveren en dat, zo hij het niet levert, zijn tekortkoming los te maken zou kunnen zijn van enige tekortkoming in de medische handeling, terwijl het, volgens DALCQ, in de contractuele of quasi-contractuele betrekking tussen geneesheer en patiënt onmogelijk is dat de tekortkoming van de eerste, die erin bestaat dat hij zich niet van de toestemming van de tweede heeft verzekerd, uit zichzelf en bij gemis van enige tekortkoming in de medische handeling de oorzaak van enige schade zou zijn (o.c., nr. 1074).

De vraag is dan ook gewettigd of het streven naar vereenvoudiging van de procedures, waarvan artikel 5, tweede lid, van het ontwerp blijk geeft, er niet toe kan leiden dat geneesheren zich in veel gevallen opzettelijk gaan onthouden, en of het niet verkieslijk zou zijn aan de toestemming van de donor formaliteiten te verbinden die, zonder dat zij het tot stand komen van een vaak zeer snel te nemen beslissing nodeloos compliceren, de geneesheer niet alleen zouden laten staan tegenover een buitensporige verantwoordelijkheid.

Artikel 6.

De woorden "op aangepaste wijze" zijn dubbelzinnig : zij laten de veronderstelling open dat de geneesheer de vereiste inlichtingen door anderen zou kunnen laten geven, hetgeen de Regering niet lijkt te bedoelen.

.../...

De volgende tekst wordt voorgesteld :

"Artikel 6.-

De geneesheer die zich voorneemt een wegneming van een orgaan of weefsel te verrichten moet :

1° de donor en de personen wier toestemming vereist is duidelijk en volledig inlichten over de lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen van de wegneming,

2° vaststellen dat de donor zijn beslissing oordeelkundig en met een altruïstisch doel heeft genomen,

3° in voorkomend geval zich ervan vergewissen dat de vereiste toestemmingen gegeven zijn".

Artikel 7.

De volgende tekst wordt voorgesteld :

"Artikel 7.-

Ongeacht de toestemming van de donor is vereist de toestemming :

hetzij van de met de donor samenlevende echtgenoot indien deze in staat is op deugdelijke wijze zijn wil te kennen te geven,

hetzij van de personen die ten opzichte van de donor het recht van bewaring uitoefenen indien deze een niet ontvoogde minderjarige is".

Deze tekst wordt voorgesteld onder voorbehoud van de algemene opmerking I bij artikel 5.

.../...

Artikel 8.

Dit artikel zou als volgt moeten worden geredigeerd :

"Artikel 8.-

Wanneer met het oog op transplantatie op een broeder of zuster wordt overwogen een orgaan of weefsel weg te nemen bij een persoon van minder dan achttien jaar oud, die aanvaardt, is buiten de in de vorige artikelen voorgeschreven toestemmingen ook de voorafgaande goedkeuring door een college van drie geneesheren vereist.

Dat college, waarvan de geneesheren die de wegneming of de transplantatie verrichten geen deel mogen uitmaken, onderzoekt alle mogelijke gevolgen ervan alvorens zijn advies te geven".

+

Overeenkomstig de hiervoren gemaakte opmerking moet het gedeelte van het ontwerp dat handelt over wegneming na de dood hoofdstuk III worden, met het opschrift :

"Hoofdstuk III. - Wegneming na overlijden".

Artikel 9.

De volgende tekst wordt voorgesteld :

.../...

"Artikel 9.-

Voor transplantatie bestemde organen en weefsels mogen worden weggenomen bij een persoon wiens overlijden vooraf is vastgesteld.

Het overlijden moet worden vastgesteld door een college van drie geneesheren, waarvan geen deel mogen uitmaken de geneesheren die de receptor behandelen of die de wegneming of de transplantatie zullen verrichten.

Om het overlijden vast te stellen laat het college van geneesheren zich leiden door de jongste stand van de wetenschap.

De geneesheren vermelden in een gedagtekend en ondertekend proces-verbaal het uur van het overlijden en de wijze waarop het is vastgesteld. Dat proces-verbaal en in voorkomend geval de eraan gehechte stukken worden gedurende tien jaar bewaard".

Krachtens artikel 67 van de Grondwet zal de Koning deze bepaling kunnen uitvoeren door het vaststellen van de wijze waarop de erin bedoelde processen-verbaal worden bewaard.

Het is weinig geraden gebleken in het artikel een uitdrukkelijke machtigingsbepaling op te nemen, te meer daar deze de indruk zou kunnen wekken dat de processen-verbaal niet zouden moeten worden bewaard zolang geen koninklijk besluit tot uitvoering is vastgesteld.

.../...

Artikel 10.

A. Het eerste lid van deze bepaling luidt :

"Er mag geen wegneming worden verricht indien vaststaat dat de donor er zich bij zijn leven tegen heeft verzet".

1. Wanneer zal "vaststaan" dat de donor zich bij leven heeft verzet tegen het wegnemen van organen of weefsels na zijn overlijden ?

De memorie van toelichting geeft de volgende aanwijzingen (blz. 10) :

"Vermits het hier gaat om een zaak die gemakkelijk door eenieder kan worden begrepen, volstaat het dat zulk verzet ondubbelzinnig wordt geuit. Dit kan gemakkelijk gebeuren bijvoorbeeld door een schriftelijke vermelding op de medische kaart die zal worden verspreid door het Ministerie van Volksgezondheid en die de betrokkene bewaard bij zijn identiteitskaart.

Het is echter niet de bedoeling van de Regering beperkende regels op te leggen over de wijze waarop dit verzet moet worden geuit.

Het verzet mag evenzeer worden geleverd door het getuigenis van de omgeving of van al wie op de hoogte is van verzet of kan afgeleid worden uit een vermoeden, indien men weet dat de betrokkene behoorde tot een godsdienst die de afstand en transplantatie van organen verbiedt.

Indien de overledene zulk verzet niet heeft uitgedrukt op de gebruikelijke wijze en de omgeving maakt er geen gewag van, dan mag geredelijk worden verondersteld dat de overledene zich niet heeft verzet en mag zonder meer tot wegneming worden overgegaan.

Zo nodig kan de Koning nader bepalen op welke wijze dit verzet moet worden uitgedrukt. Indien de voor-

.../...

geschreven procedure niet goed blijkt te zijn, is een wijziging van een besluit eenvoudiger dan een wijziging aan de wet".

Het verzet zal dus door alle rechtsmiddelen kunnen worden bewezen, naar blijkt zelfs door de algemene bekendheid daar de Regering niet voornemens is "beperkende regels op te leggen over de wijze waarop dit verzet moet worden geuit".

2. Wie zal oordelen of "vaststaat" dat de overledene zich heeft verzet ? Aangezien geen enkele procedure is voorgeschreven - behalve die welke de Koning krachtens artikel 14 zal kunnen vaststellen en waarover geen enkele andere aanwijzing is gegeven dan dat het niet om "beperkende regels" zal gaan - , mag worden aangenomen dat de beslissing eens te meer zal liggen bij de geneesheer die de wegneming te verrichten heeft. Zou deze nu een verzet van de nabestaanden naast zich neerleggen onder overweging dat dit geen uiting geeft aan een "vaststaand" verzet van de overledene, dan zou hij zich krachtens artikel 16, 2°, b), van het ontwerp blootstellen aan gevangenisstraf van een maand tot een jaar of aan geldboete van duizend tot tienduizend frank, ingeval de rechtbank er anders over mocht oordelen dan hij. Zal de geneesheer dat risico lopen ?

3. Bij wie berust het initiatief om te weten te komen of de overledene zich al dan niet bij leven heeft verzet ? In de praktijk zal dat initiatief vanzelfsprekend moeten worden genomen door de geneesheer, waarbij alleen hij het gevaar loopt strafrechtelijk en eventueel burgerrechtelijk te worden veroordeeld. Hij zal bij de nabestaanden van de over-

.../...

ledene inlichtingen moeten inwinnen omtrent diens gevoelens en die nabestaanden zullen om de onder 2 hiervoren opgegeven redenen in feite over een echt vetorecht beschikken.

Samengelezen met artikel 16, 2°, d), en geïnterpreteerd in het licht van de memorie van toelichting, zal artikel 10, eerste lid, noodzakelijkerwijs niet naar de letter worden toegepast maar zo alsof geen wegneming mag worden verricht tenzij vaststaat dat de donor er zich bij leven niet tegen heeft verzet.

Het is derhalve niet duidelijk in hoever het ontwerp innoveert, behalve op het gebied van de bestraffing, en hoe het bijgevolg, zoals zijn doelstelling is, zou kunnen bijdragen om "een vermindering van het aantal in België uitgevoerde transplantaties" af te remmen (memorie van toelichting, blz. 1).

B. Het tweede lid van het ontworpen artikel 10 bepaalt :

> "Indien de donor minder dan 18 jaar oud is of niet in staat was zijn wil te doen kennen, kan dit verzet worden uitgedrukt door de naastbestaanden zolang de donor in leven is".

Bij deze bepaling moet hetzelfde voorbehoud worden gemaakt als bij het eerste lid.

Over het begrip "naastbestaanden" en over de moeilijkheden die kunnen ontstaan ingeval de "naastbestaanden" het niet eens zijn, zal worden gehandeld in de opmerkingen betreffende artikel 14.

.../...

Artikel 11.

Deze bepaling luidt :

"In geval van een gewelddadige dood, van verdacht overlijden of bij ongekende doodsoorzaak, moet de geneesheer, die overgaat tot het wegnemen van organen of weefsels, een verslag opstellen dat onverwijld wordt toegestuurd aan de Procureur des Konings. In dit verslag moeten die elementen worden opgenomen aangaande de toestand van het lijk en de weggenomen lichaamsdelen, die van belang kunnen zijn met het oog op het bepalen van de oorzaak en de omstandigheden van het overlijden, vooral deze die achteraf niet meer kunnen worden onderzocht tengevolge van de wegneming".

1. In de eerste plaats bedoelt het artikel de geneesheer in geval van een gewelddadige dood, van verdacht overlijden of bij ongekende doodsoorzaak te ontslaan van de verplichting om vóór de wegneming de instemming van de nabestaanden te vragen.

De memorie van toelichting geeft - onder artikel 10 - de redenen op waarom wordt afgeweken van de algemene regel welke dat artikel 10 stelt.

2. Ten tweede heeft dit artikel tot doel toe te staan dat in dezelfde gevallen organen worden weggenomen vóór een eventuele lijkschouwing, met dien verstande dat naderhand aan de Procureur des Konings een verslag wordt gezonden dat de gegevens bevat die dienstig kunnen zijn voor het bepalen van de doodsoorzaken.

Het lijkt volstrekt noodzakelijk dat de geneesheer-expert een bijzondere bekwaamheid als wetsdokter bezit, waarvan hij zo mogelijk door een academische titel doet blijken (J.-J. DESMAREZ, o. c. blz. 36). Niets wijst

.../...

erop dat de geneesheer die organen of weefsels zal wegnemen, die bekwaamheid inderdaad bezit en dat hij dus met dezelfde bevoegdheid als een wetsdokter zal kunnen bijdragen tot het opsporen van de doodsoorzaken.

Het verslag dat hij volgens het ontwerp aan de Procureur des Konings zal moeten zenden, zal evenmin noodzakelijk dezelfde wetenschappelijke waarde of, in geval van rechtsvervolging, dezelfde bewijskracht hebben als een deskundig verslag van een wetsdokter.

Volgens de memorie van toelichting (blz. 11),

> "werd met opzet verkozen niet voorafgaandelijk toestemming te vragen aan de Procureur omdat dit ernstig tijdverlies kan veroorzaken".

Bij het neerschrijven van deze verklaring lijkt geen rekening te zijn gehouden met de regels inzake organisatie en werkwijze van de parketten, waar dag en nacht een magistraat van dienst is om zo nodig telefonisch de op het ambt van het openbaar ministerie rustende spoedbeslissingen te nemen en mede te delen.

Het is zaak van de wetgever uit te maken of de eisen van de openbare orde in dit opzicht moeten wijken voor die van het therapeutisch handelen.

Artikel 12.

Deze bepaling luidt :

> "De identiteit van de donor mag niet bekendgemaakt worden en de naam van de receptor mag aan de familie van de donor niet worden medegedeeld".

.../...

I. Deze bepaling geldt alleen voor de gevallen dat de wegneming na het overlijden geschiedt, aangezien zij opgenomen is in afdeling II (die hoofdstuk II wordt).

Die draagwijdte wordt trouwens door de memorie van toelichting bevestigd.

De memorie geeft de reden op waarom de tekst van het ontwerp enger opgevat is dan artikel 2, 2 van de Resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, luidende :

> "L'anonymat du donneur et du receveur doit être respecté, sauf lorsqu'il existe entre eux des relations familiales ou personnelles étroites".

In 't algemeen kan immers worden aangenomen dat een volstrekte anonimiteit bezwaarlijk in acht te nemen is, tenzij wanneer de transplantatie door tussenkomst van een organen- of weefselbank wordt verricht.

II. Artikel 12 van het ontwerp is niettemin geredigeerd in bewoordingen die niet geheel te verklaren zijn uit de memorie van toelichting.

Zo kan men zich afvragen waarom alleen aan de familie van de donor de naam van de receptor moet worden onthouden.

+

De wetgever zal dienen uit te maken of artikel 12 in alle gevallen zal kunnen worden in acht genomen door anderen dan degenen die door hun beroep tot geheimhouding zijn verplicht, terwijl het toch gaat om een bepaling op welker overtreding een vrij strenge straf staat (artikel 16, 1°, c) van het ontwerp).

.../...

Wat de door het beroepsgeheim gebonden personen betreft zou moeten worden bepaald of alleen de artikelen 12 en 16 op hen van toepassing zijn, met andere woorden of die bijzondere bepalingen de toepassing van artikel 458 van het Strafwetboek uitsluiten.

Artikel 13.

Deze bepaling is niets anders dan een parafrase van een grondregel van de medische plichtenleer, aan welke regel de rechtspraak inzake aansprakelijkheid van de geneesheer een vaste toepassing geeft.

De memorie van toelichting geeft overigens toe dat

> "op de transplantatie dezelfde regels van toepassing moeten zijn als op andere vormen van medische behandeling, bijvoorbeeld een heelkundige ingreep".

Nu is er helemaal geen uitdrukkelijke wetsbepaling nodig opdat die regels in alle soepelheid door de rechtspraak worden toegepast.

Het enige doel van het artikel is, wanneer men het samenleest met artikel 16, 2°, c), als een bijzonder misdrijf te stellen wat in de meeste gevallen slechts een tekortkoming met zuiver burgerrechtelijk karakter zou zijn.

Volgens de gemachtigde ambtenaren ligt het niet in de bedoeling van de Regering het zo ver te drijven en zou de tekst onder c) van 2° in artikel 16 moeten vervallen.

Onder die omstandigheden zou artikel 13 achterwege moeten blijven evenals afdeling III waarvan het de enige bepaling vormt.

+

.../...

Hoofdstuk III wordt hoofdstuk IV. In de Franse tekst behoort het opschrift als volgt in overeenstemming te worden gebracht met de Nederlandse :

"Chapitre IV - Dispositions finales et pénales".

Artikel 14.

Dit artikel bepaalt :

"De Koning kan nadere regelen bepalen over de wijze waarop blijk wordt gegeven van de toestemming, de goedkeuring en het verzet, bedoeld in de artikelen 5, 7, 8 en 10 (en) bepaalt de personen en de volgorde van de personen die hierin kunnen betrokken zijn".

De memorie van toelichting (blz. 12) geeft daar de volgende commentaar bij :

"De facultatieve bevoegdheid die hier wordt gegeven aan de Koning heeft betrekking op de regelen op grond waarvan bij wegnemingen onder levenden toestemming wordt verleend door de donor en voor (lees door) de naastbestaanden, als die vereist is, welke naastbestaanden hun verzet mogen uitbrengen en in welke volgorde, voor wegneming na het overlijden.

De Koning kan eveneens regels bepalen over de wijze waarop het verzet van de donor tegen wegneming na zijn overlijden kan worden uitgedrukt of bewezen".

Er moge aan herinnerd worden dat de aldus aan de Koning verleende machtiging in de commentaar op artikel 10 ook verantwoord is door de overweging dat "indien de voorgeschreven procedure niet goed blijkt te zijn, een wijziging van een besluit eenvoudiger is dan een wijziging aan de wet" (blz. 10).

.../...

Voor iedere machtiging zou dezelfde overweging als verklaring kunnen dienen. De vraag blijft dan echter of de bewuste bevoegdheid kan worden overgedragen.

Wanneer het gaat om wegneming bij een persoon in leven wordt algemeen aangenomen dat deze op zijn lichaam een absoluut recht heeft, welk recht evenwel "ondergeschikt is aan een andere, even imperatieve regel volgens welke een recht moet worden beoordeeld en uitgeoefend, niet alleen in functie van de persoon zelf, doch tevens van derden en van de maatschappij" (R. DIERKENS, o. c., nr. 52). Het is zaak van de wetgever zelf, althans in hoofdtrekken, de uitoefening van dat fundamentele recht te regelen indien hij dat noodzakelijk acht. Algehele opdracht van die bevoegdheid aan de Koning kan niet worden aanvaard.

Dezelfde redenering geldt voor wegneming bij een lijk. De nabestaanden hebben geen enkel persoonlijk recht op het lichaam van de overledene. Het is in zover zij vermoedelijk kennis dragen van de wil van de overledene dat zij kunnen eisen dat met hun wil rekening wordt gehouden (zie, inzake begraafplaats, De Page, deel IX, nr. 30 en de verwijzingen in voetnoot).

Daaraan moet worden toegevoegd dat de vraag of een bepaalde nabestaande het best geplaatst is om de vermoedelijke wil van de overledene te kennen te geven, een zuivere feitenkwestie is die niets uit te staan heeft met het erfrecht (De Page, loc. cit.).

Het is derhalve niet erg duidelijk hoe men zou kunnen komen tot een "volgorde van de personen" die betrokken zijn bij de procedures welke krachtens artikel 14 van het ontwerp zouden worden ingesteld.

.../...

Ofschoon doorgaans de echtgenoot, bij diens ontstentenis de kinderen en bij gebreke daarvan de bloedverwanten in die volgorde zullen worden gekozen (zie Brussel, 19 maart 1968, Pas. II, blz. 176), kan het voorkomen dat die volgorde wegens bijzondere omstandigheden niet bruikbaar is. Ook kan worden betwijfeld of het mogelijk is gezagshalve een algemene oplossing te geven aan eventuele moeilijkheden bij onenigheid tussen nabestaanden met een zelfde graad van verwantschap. Gezien de veelvuldigheid van wat zich aan feitelijke toestanden kan voordoen, lijkt het wenselijk de regeling van geschillen die door bijzondere gevallen aan de orde komen aan de rechtbanken over te laten.

Tot besluit kan worden gesteld dat artikel 14 de onvolkomenheden van de artikelen 5, 6, 7, 8 en 10, waarop hiervoren is gewezen, niet ongedaan vermag te maken. Die bepalingen zouden moeten worden herzien.

Artikel 15.

Uit deze bepaling blijkt andermaal dat het nuttig zou zijn de bepalingen van de wet van 7 februari 1961 met die van het onderhavige ontwerp in één tekst samen te brengen (zie algemene opmerking III hiervoren). Maar zelfs als de Regering daar anders over denkt is artikel 15 overbodig, gelet op de tekst die boven voorgesteld is voor artikel 1.

Hoe het zij, wetgeving door verwijzing is als methode af te raden.

Artikel 16.

De inleidende volzin moet als overbodig vervallen. Het spreekt vanzelf dat de strafbepalingen van

.../...

artikel 16 toepassing vinden onverminderd de toepassing van de bepalingen van het Strafwetboek en van de tuchtstraffen.

Voorts kan de bepaling eenvoudiger als volgt worden geredigeerd :

"Artikel 16.-

Overtreding van de artikelen 3, 4 en 12 wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van vijfhonderd frank tot duizend frank of met een van die straffen alleen.

Overtreding van de artikelen 5 tot 11 wordt gestraft met gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van duizend frank tot tienduizend frank of met een van die straffen alleen".

Artikel 17.

Opdat geen misverstand kan ontstaan omtrent de datum waarop de termijn van vijf jaar ingaat, ware het geraden te schrijven, naar het voorbeeld van artikel 619 van het Wetboek van Strafvordering, gewijzigd bij de wet van 7 april 1964 :

" ... binnen vijf jaar vanaf de dag van de rechterlijke eindbeslissing tot veroordeling wegens overtreding van deze wet of van een ter uitvoering ervan vastgesteld besluit".

Artikel 18.

Aangezien boek I van het Strafwetboek, onder voorbehoud van hoofdstuk VII en artikel 85, van rechtswege

.../...

toepassing vindt, wordt artikel 18 beter als volgt geredigeerd :

"Artikel 18.-

Hoofdstuk VII en artikel 85 van Boek I van het Strafwetboek zijn van toepassing op overtreding van deze wet of van een ter uitvoering ervan vastgesteld besluit".

La chambre était composée de

Messieurs : P. TAPIE, président de chambre,
de Heren : kamervoorzitter,

H. ROUSSEAU, conseillers d'Etat,
Ch. HUBERLANT, staatsraden,

P. DE VISSCHER, assesseurs de la section de législation,

L. MATRAY, bijzitters van de afdeling wetgeving,

Madame : J. TRUYENS, greffier.
Mevrouw : griffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. TAPIE.

Le rapport a été présenté par M. E. FALMAGNE, auditeur.

De kamer was samengesteld uit

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. TAPIE.

Het verslag werd uitgebracht door de H. E. FALMAGNE, auditeur.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER, LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. TRUYENS. P. TAPIE.