

## DE REDACTIE PRIVAAT

### TRANSPLANTATIE VAN ORGANEN: OPNIEUW BEZIEN

1. Bij gelegenheid van het eerste lustrum van ons Tijdschrift voor Privaatrecht in 1969, nu bijna 40 jaar geleden, mocht ik de feestrede uitspreken over transplantatie van organen en het privaatrecht. Ik deed dit met enkele citaten uit het fascinerende verhaal van Belcampo uit 1953 over “hersentransplantatie” en de mogelijk weldadige gevolgen daarvan (Zie *TPR* 1969, p. 153 e.v.).

In geen van beide landen bestond toen nog wetgeving over orgaantransplantatie. Men poogde aan de hand van algemene leerstukken van privaatrecht, en in het bijzonder ook rekening houdend met het onderscheid tussen vermogensrechten en buiten de vermogensrechtelijke sfeer liggende persoonlijkheidsrechten, enige wat houvast biedende normen op te stellen.

De situatie is intussen veranderd. In België kwam de *Wet van 13 juni 1986* betreffende het wegnemen en transplanteren van organen tot stand, sindsdien herhaaldelijk gewijzigd. En in Nederland is er sinds *24 mei 1996* de Wet op de orgaandonatie, eveneens met wijzigingen nadien. Bij vergelijking van de twee wetteksten vallen enkele sailante punten op die ik in het hiernavolgende kort wil aanduiden.

2. Beide wetten maken onderscheid tussen het wegnemen van organen bij leven(den) en het ter beschikking stellen van organen na overlijden. Maar voor beide situaties geldt dat de beschikking over een orgaan nimmer de gedaante kan aannemen van het contracteren over een vermogensrechtelijk object waarbij voor de afstand een financiële tegenprestatie wordt bedongen. Het orgaan is immers, evenals het menselijk lichaam *onttrokken aan het vermogensrechtelijk regime*; er is sprake van een buiten die sfeer gelegen persoonlijkheidsrecht.

In de Belgische Wet (art. 4 § 1) is met het oog daarop bepaald dat afstand van organen (weefsels of cellen) niet met een oogmerk van winst mag geschieden ongeacht de partijen tussen welke hij plaats heeft. En gaat het over een wegneming bij levenden, dan wordt nog bepaald (art. 9) dat de betrokken geneesheer moet “vaststellen” (dit moet niet te letterlijk *c.q.* bewijsmatig worden opgevat) dat de donor

zijn beslissing ... met een niet te betwijfelen altruïstisch doel heeft genomen. De Koning stelt regelen vast omtrent een vergoeding aan de levende donor zijdens de overheid of instellingen van maatschappelijke zekerheid, welke vergoeding zowel de onkosten dekt als de inkomstenderving die het rechtstreeks gevolg zijn van de afstand van organen (art. 4 § 2).

In de Nederlandse Wet is bepaald dat toestemming voor het verwijderen van een orgaan (zoals wij hierna zullen zien, geldt in Nederland anders dan in België ook voor het ter beschikking stellen van organen na overlijden het zgn. toestemmingssysteem) nietig is indien deze is verleend met het oogmerk daarvoor een vergoeding te ontvangen die meer bedraagt dan de kosten waaronder begrepen gedeerde inkomsten die een rechtstreeks gevolg zijn van het verwijderen van het orgaan (art. 2).

De laatste tijd gaan er in Nederland stemmen op om deze laatste begrenzing te verruimen. Zo adviseerde de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) om een persoon die bij leven een nier doneert, te belonen bijv. door hem voor de rest van zijn leven een gratis ziektekostenverzekering te geven. Hierdoor zou de illegale handel in organen kunnen worden bestreden. Voor een 30-jarige kan dit bij een periode van veertig jaar een bedrag van ongeveer 40.000 Euro betekenen. Die gedachte vindt tot nu toe geen steun in het Nederlandse Parlement. Men is tegen beïnvloeding door middel van financiële prikkels; de beslissing tot donatie moet voortvloeien uit een altruïsme waarin zich de menselijke solidariteit weerspiegelt. Iets toeschietelijker is men intussen tegenover de gedachte dat de overheid haar erkentelijkheid laat blijken bijvoorbeeld door korting te geven bij de uitgifte van een paspoort.

3. Voor wat betreft het ter beschikking stellen van organen bij leven zijn de *Belgische en Nederlandse wetgeving* gebaseerd op het zelfde stramien. Een meerderjarige die in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake (art. 3 lid 1 Nederlandse Wet) moet vrij en bewust (art. 5 jo. art. 8 § 1 Belgische Wet) *toestemming* geven tot het wegnemen van het orgaan. Die toestemming moet aan formele vereisten (schriftelijk, ondertekend etc.) voldoen en is te allen tijde herroepbaar (art. 8 § 1 en 2 Belgische Wet; art. 6 Nederlandse Wet). In beide wetgevingen zijn bijzondere voorzieningen getroffen voor het geval het wegnemen ernstige gevolgen kan hebben of het orgaan niet regenererend is, en voorts voor het geval de donor minderjarig is (waarbij verfi jningen al naargelang hij ouder is dan 12 jaar of niet)

of wegens zijn geestestoestand niet bij machte is zijn wil te uiten c.q. niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. De Belgische Wet kent sinds 2007 nog de bijzonderheid dat (ter bescherming van de donor) elke wegneming op levende personen het voorwerp moet uitmaken van een voorafgaand pluridisciplinair overleg (art. 8 bis): tussen een psycholoog en twee artsen zoals een transplantatiespecialist en de huisarts van de donor.

Het vereiste van voorafgaande toestemming van de donor is gebaseerd op het uitgangspunt dat de menselijke persoon krachtens zijn persoonlijkheidsrecht recht heeft op lichamelijke, fysieke integriteit waarop alleen met zijn instemming inbreuk kan worden gemaakt.

4. Dit laatste uitgangspunt geldt ook bij het ter beschikking stellen c.q. wegnemen van een orgaan *na overlijden* want het genoemde persoonlijkheidsrecht strekt zich uit tot over de grens van het heengaan als menselijke persoon. Maar voor deze situatie is het uitgangspunt anders uitgewerkt in de Belgische Wet dan in de Nederlandse Wet. Ik kom daarop nog terug.

Eerst echter iets over het *begrip* “overlijden”. Het overlijden of de dood van de donor moet worden vastgesteld door één resp. drie artsen die niet bij de verwijdering of implantatie van het orgaan betrokken mogen zijn (art. 11 § 1 Belgische Wet; art. 14 lid 1 Nederlandse Wet). In België wordt bepaald dat de geneesheren zich daarbij laten leiden door de jongste stand van de wetenschap (art. 11 § 2) waarbij het de bedoeling is dat naast de dood op basis van de hart- en ademhalingsstilstand ook de hersendood als criterium wordt aanvaard.

In Nederland wordt door de Wet expliciet bepaald (art. 14 lid 1 jo. art. 15) dat bij het voornemen tot het verwijderen van een orgaan uit een beademd stoffelijk overschot de dood door een ter zake kundige arts wordt vastgesteld door het vaststellen van de hersendood volgens methoden en criteria neergelegd in het door de Gezondheidsraad opgestelde zgn. Hersendoodprotocol. Onder hersendood verstaat de Wet het volledig en onherstelbaar verlies van de functies van de hersenen, inclusief de hersenstam en het verlengde merg. Vaststelling van de hersendood vindt slechts plaats in geval van een dodelijk hersenletsel waarvan de oorzaak bekend is en dat niet behandelbaar is. Zij geschiedt eerst nadat aannemelijk is geworden dat andere oorzaken van bewusteloosheid en reactieloosheid niet aanwezig zijn (zie voor dit alles art. 14 lid 2).

Het vaststellen van hersendood wordt derhalve met bijzondere waarborgen omgeven. Ook wordt nog eens duidelijk dat het overlijden als

menselijke persoon moet worden onderscheiden van het doodgaan van de menselijke organen als fysiologisch proces, van het volledig afsterven: het worden tot bloedeloos koud lijk. In dit verband is typerend dat in de Nederlandse Wet o.m. is bepaald (art. 22 lid 1) dat bij toestemming voor het verwijderen van een orgaan, in verband met de implantatie reeds vóór het intreden van de “dood”, voorbereidingen mogen worden getroffen voor zover deze niet strijdig zijn met de geneeskundige behandeling van die persoon en uitstel tot na het intreden van de “dood” niet mogelijk is. De voorbereidingen kunnen o.a. bestaan uit het inwerkingstellen of in stand houden van de kunstmatige beademing en het kunstmatig in stand houden van de bloedsomloop.

5. Ten aanzien van het wegnemen van organen *na overlijden* hanteert de *Belgische Wet* het zgn. *geen bezwaarsysteem*. Organen mogen worden weggenomen behalve indien vaststaat dat tegen een dergelijke wegneming verzet is geuit (art. 10 § 1). Er is dus een vermoeden van toestemming dat weerlegbaar is door te uiten verzet. Dit verzet kan worden uitgedrukt op de door de Koning geregelde wijze (kort gezegd, via een gemeentelijk standaardformulier waarvan de inhoud via het Rijksregister wordt opgenomen in de ministeriële databank) of op een andere manier bijv. via een eigenhandig geschreven en ondertekende verklaring (art. 10 § 3 en 4).

Bijzondere voorzieningen zijn getroffen voor het geval de potentiële donor minderjarig is of wegens zijn geestestoestand niet in staat is zijn wil te doen kennen. Overigens stimuleert de Wet ook het uiten van een uitdrukkelijke wil van donorschap (zie in dit verband art. 10 § 3 ter). Bij het gevolgde geen-bezwaarsysteem is een behoorlijke voorlichting gewenst over de mogelijkheid om verzet te uiten tegen het wettelijk vermoeden van toestemming.

De *Nederlandse Wet* hanteert ook bij het ter beschikking stellen van organen *na overlijden* het zgn. *toestemmingssysteem*. Men wordt uitgenodigd op een toegezonden donorformulier kenbaar te maken of men toestemming verleent tot het uitnemen van organen of daartegen bezwaar heeft. Men kan de beslissing ook overlaten aan in de Wet nader aangeduide nabestaanden of aan een andere te bepalen persoon en zulks op het donorformulier aangeven. Het donorformulier wordt geregistreerd. De betreffende wilsverklaring kan te allen tijde worden herroepen door een nieuw formulier in te vullen (art. 9 en 10). Bijzondere voorzieningen zijn opgenomen voor het geval men niet in staat is tot een redelijke waardering van de belangen ter zake of indien het

gaat om een minderjarige beneden de 12 jaar. Indien de betrokkene zich totaal niet heeft geuit (er is geen geregistreerde wilsverklaring), kan na het overlijden voor het verwijderen van organen alsnog toestemming worden verleend door in de Wet aangeduide nabestaanden mits deze unaniem zijn (art. 11). Men spreekt in dit verband van een onzuiver toestemmingssysteem. Zie verder over de positie van nabestaanden hierna.

In Nederland heeft in 2006 een derde evaluatie van de Wet plaatsgevonden waarop tijdens de regering na een parlementair debat is gereageerd (stuk Tweede Kamer, 28 140, nr. 43). Daarin werd o.m. aangekondigd dat het Kabinet een wijziging van het systeem van orgaandonatie gaat verkennen. In het bijzonder zou aandacht worden besteed aan wat men noemt een *Actief Donor Registratiesysteem* (ADR-model). Dit is in wezen een variant op het geen-bezwaarsysteem. Alle niet-geregistreerden (onder het huidige systeem) en (jaarlijks) alle achttienjarigen worden aangeschreven met de mededeling dat wordt aangenomen dat zij positief staan tegenover postmortale orgaandonatie. Men kan reageren: akkoord, niet-akkoord of ik laat het over aan nabestaanden of een aan te duiden persoon. Reageert men niet, dan krijgt men een bevestiging van het donorregister dat men met een positieve wilsbeschikking staat geregistreerd. In dit register kan men zelf altijd wijzigingen laten aanbrengen. In de Tweede Kamer leek er behoorlijke steun te zijn voor dit systeem, maar de verantwoordelijke minister twijfelde of er hierdoor werkelijk meer donaties komen.

Ook werd, hoewel minder, gedacht aan het zgn. *verplichte keuze* (mandated choice) –systeem waarbij alle Nederlanders verplicht worden zich te registreren als donor of te registreren dat zij geen donor willen zijn. Dit systeem roept echter de vragen op in hoeverre men iemand kan dwingen om te kiezen en wat in dit verband de sanctiemogelijkheden zijn.

Op 13 juni 2008 heeft het Kabinet in reactie op het door een Coördinatiegroep uitgebrachte Masterplan Orgaandonatie te kennen gegeven (stuk Tweede Kamer 28 140, nr. 48) niet te voelen voor de invoering van het ADR-systeem of een variant hierop. Veel waarde wordt gehecht aan het principe dat orgaandonatie gebaseerd dient te zijn op een expliciete wilsverklaring (of op een beslissing door de naasten; zie hierna). Wel heeft een te maken keuze vóór orgaandonatie de diepe voorkeur van het Kabinet. Intussen zal het registratiesysteem worden uitgebreid en geïntensiveerd; iedereen die zich niet

heeft geregistreerd, zal per brief met de nodige informatie worden opgeroepen zulks alsnog te doen.

6. In beide landen heeft men getoed met *de positie van de nabestaanden*. In België was aanvankelijk in de Wet bepaald (art. 10 § 4 sub 3) dat de geneesheer niet tot wegneming mag overgaan wanneer hem verzet is meegedeeld door een nabestaande welk verzet echter niet kan worden tegengeworpen aan een uitdrukkelijke wilsbeschikking van de donor. In 2007 is deze mogelijkheid van verzet uit de Wet geschrapt. Men wil de nabestaanden niet langer voor de moeilijke keuze plaatsen zich al dan niet te verzetten, en voorts wilde men de te vermoeden toestemming voor zover deze niet door verzet van de donor zelf is weerlegd, steeds de overhand laten hebben op de wil van de nabestaanden. Men zegt wel dat aldus een onzuiver bezwaarsysteem is geëvolueerd tot een zuiver bezwaarsysteem.

In Nederland was er een soortgelijke ontwikkeling. Omdat de Wet op dit punt niet duidelijk was, is in 2006 expliciet bepaald (art. 20 lid 3) dat indien de betrokkene zelf toestemming heeft gegeven voor het verwijderen van organen, de betrokken arts de daarvoor in aanmerking komende, onmiddellijk bereikbare naasten (slechts) op de hoogte stelt van de wijze waarop aan de toestemming gevolg wordt gegeven. De eenmaal gegeven en geregistreerde toestemming van de betrokkene is beslissend; nabestaanden kunnen dan de transplantatie niet blokkeren.

Men kan zich afvragen of de aangeduide wettelijke bepalingen in de praktijk des levens wel doorslaggevend blijken te zijn. Bij onderzoek is gebleken dat de nabestaanden onder alle beslissystemen meer invloed hebben dan uit de wetgeving zou mogen worden afgeleid. De betrokken artsen zijn immers veelal geneigd de opvattingen en eventuele bezwaren van de nabestaanden ondanks de wettelijke regels dienaangaande zoveel mogelijk te respecteren. Veel hangt af van wat in de ziekenhuizen al dan niet volgens protocol feitelijk gebeurt bij de benadering van de nabestaanden.

In zijn hierboven onder 5 aangeduide reactie van 13 juni 2008 heeft het Nederlandse Kabinet te kennen gegeven de positie van nabestaanden scherper te willen profileren. En wel in tweeërlei opzicht. Het wordt ook mogelijk dat de betrokkene op het donorformulier te kennen geeft: “ik geef toestemming voor donatie, mits mijn nabestaanden instemmen”. De naasten die hun beslissing moeten nemen, weten dan dat de donor voorkeur heeft voor donatie. En voorts wordt in de situatie dat er geen geregistreerde wilsverklaring van de betrokkene

is, in de registratie uitdrukkelijk vastgelegd dat zijn nabestaanden beslissen (hetgeen nu al in de wet is bepaald: zie hierboven onder 5). Aldus legt de donor door zijn eigen onthouding meer bewust de beslissing bij zijn naasten.

7. Het bovenstaande laat zien dat ondanks de verschillende uitwerkingen hier en daar, de grondbeginselen waarop beide wetgevingen zijn gebouwd, in wezen dezelfde zijn. De vergelijking op enkele sail-lante punten draagt, zo hoop ik, bij aan “een grensoverschrijdende eenheid van het rechtsdenken”. Deze laatste woorden ontleen ik aan de onsterfelijke Jan Ronse die deze zinsnede bezigde in een stelling door hem indertijd geformuleerd voor de studiedag Jim Polak. Namen van personen die ik graag noem, vanwege hun innige verbondenheid met het ons allen zo dierbare Tijdschrift voor Privaatrecht.

Jef MAEIJER