

TRANSPLANTATIE VAN ORGANEN EN HET PRIVAATRECHT (*)

door

J. M. M. MAEIJER

Gewoon hoogleraar aan de Universiteit van Nijmegen

Tot welke ontwikkelingen de mogelijkheid van transplantatie van menselijke organen in de toekomst nog zou kunnen leiden, kunnen wij lezen in het fascinerende verhaal van de Nederlandse schrijver Belcampo, de Groninger studentenarts, dat hij onder de titel *De achtbaan* in 1953 publiceerde in de verhalenbundel : *Liefde's verbijstering*, en dat later werd opgenomen in de bundel : *Bevroren vuurwerk*, een keuze uit de verhalen van Belcampo (1). Belcampo beschrijft hoe in het jaar 2005 de hersenchirurgen erin waren geslaagd voor het eerst bij een patiënt een complex van hersencellen, die een bepaalde gedachte belichaamden, met behoud van hun onderlinge samenhang uit zijn omgeving te lichten en te behouden, waarna in het jaar 2040 de weefselwekkes erin slaagden ook van het hersenweefsel de weerstand zo hoog op te voeren, dat het overplanting in een ander hersenstelsel kon verdragen.

Belcampo schrijft : „... Er liggen in onze hersenen een aantal gebieden waar niets in omgaat, blinde gebieden en men weet niet of die er zijn met het oog op een grotere toekomst, woeste gronden die op ontginning wachten, of dat ze bestaan uit op non-actief gezette substantie, doordat wij bepaalde functies niet meer verrichten, resten zijn uit ons zwemmend, vliegend en viervoetig verleden. Wanneer men nu in dit gebied een celcomplex ... inplanteerde, bleek niet alleen dat het in leven bleef, maar bovendien kreeg het, zeker door het voortdurend uitzenden van een soort S.O.S. berichten, na verloop van drie tot vijf weken contact met de bewoonde wereld en weldra werd het dan volkomen ingevoegd in het geheel van herinneringen van de proefpersoon ... Dus voortaan was het mogelijk herinneringen, het weten van een ander mens, aan het eigen geestesleven toe te voegen. En een nieuw veld lag open voor de chirurg, die behalve weghalen wat schadelijk was of ongewenst, nu ook leemten kon aanvullen,

(*) Tekst van de rede bij gelegenheid van het eerste lustrum van het Tijdschrift voor Privaatrecht uitgesproken op de academische zitting te Gent op 14 maart 1969.

(1) Nr. 108 in de *Salamander-reeks* uitgegeven door Querido's Uitg. N.V.

geesteslevens kon uitbouwen, aan zijn patiënten geluk verschaffen door het hersentransplantaat van andersdenkenden ...”.

Het jaar 2050 wordt door Belcampo onder meer als volgt beschreven. „... De handel in herinneringen is in volle gang. In Amsterdam is verzezen de Centrale Gedachtenbeurs voor Nederland en overall, tot in de kleinste provinciesteden, vindt men de commissionairs in herinneringen. Toen... , bleek het namelijk dat er een geweldige vraag bestond naar aangename herinneringen. Thans eerst kon men waarnemen hoe groot de onvoldaanheid over dit leven was, die onder de mensen heerste, en het bleek nu ook dat deze onvoldaanheid veel minder kwam door aanwezigheid van geluksbelemmerende complexen, alswel door afwezigheid van verblijdende en zaligmakende voorstellingen. De nieuwe mogelijkheid om langs directe weg zijn geluk te vermeerderen en zelfs, tegen financiële offers geluk op te hopen, bevatte voor zovelen uitkomst dat de handel in herinneringen niet was tegen te houden

... De gedachtenhandel lenigde een grote sociale nood, die dan ook weldra werd uitgeroepen tot volksvijand no. 1. Zo bijvoorbeeld de militaire diensttijd. De een verfoeit hem, de ander hunkert er naar. Wat kon de eerste beter doen, dan na het afzwaaien zijn hele dienst-complex verkopen aan een afgekeurde hunkeraar...

... Geschiedden in de eerste jaren vraag en aanbod door kleine annonces en raamadvertenties, al spoedig concentreerde zich de handel ter beurze en kwamen er dagelijks noteringen voor : jeugdherinneringen flauw, ontmoetingen met beroemdheden iets aantrekkelijk, godsdienstige overtuigingen willig. Er waren ook buiten de algemene notering vallende aanbiedingen, speciale aanbiedingen. Dat waren de kostbare complexen, die niet alleen maar bijdroegen tot het geluk, maar die van een mens het hele geluk droegen. Ogenblikken van grote zelfvoldoening, het ontvangen van algemene erkenning, en dan die zeldzame belevissen waarbij iemands hele wezen volledig door de buitenwereld wordt aanvaard, ik bedoel het hoogste liefdesbeleven...

... Zulke kwamen maar een enkele keer aan de markt. Alleen zeer dringende geldnood kon iemand nopen daar afstand van te doen, maar dan was hij ook een tijdlang uit de brand. Er werd heel veel geld voor gegeven. Hoe beroerd het een gelukkig mens ook ging, hij had altijd nog een spaarpotje achter de hand. Dit was een geluk op zich zelf ...”.

Is er een passender citaat te bedenken voor een hoogleraar in het handelsrecht die moet spreken over de civielrechtelijke problemen rondom de transplantatie van organen? Het citaat plaatst ons meteen midden in de belangrijke problematiek : hoe kunnen wij de dreiging afwenden van het gevaar dat wij het meest persoonlijke dat wij bezitten : ons lichaam, onze geest, onze totale persoon tot een verhandelbare zaak zullen degraderen. Hoe moeten wij ons als jurist opstellen

om — in aansluiting op de ethische en religieuze overtuiging van de meesten — dit gevaar op werkelijk afdoende wijze te bestrijden.

Bij ons denken over deze problematiek hebben wij een degelijke wegwijzer in het schitterende boek van de Gentenaar Dierkens over de rechten op lichaam en lijk (1). Maar wellicht ging de heldere systematisch-juridische benadering van Dierkens nog te zeer uit van een scherp te trekken onderscheid tussen de levende persoon en het levenloze lijk. Aan de afstand van organen uit het lijk werden slechts enkele regels gewijd. Juist de laatste tijd is men gaan inzien dat er tussen beide polen een tussengebied is, waarin de mens weliswaar gestorven is, waarin aan de hand van verfijnde methoden — het ontbreken gedurende zekere tijd van elektrische activiteit in de hersenen, en het constateren hiervan door het vlak blijven van het *electroencephalogram* — de mens door organische hersendood juist als menselijke persoon geacht kan worden te zijn overleden, doch waarin de mens nog niet geworden is tot een lijk : omdat het vegetatieve leven van de overige organen nog aanwezig is.

Sterven als menselijk gebeuren is hoe langer hoe meer te onderscheiden van het doodgaan van de menselijke organen als fysiologisch proces (2). Ook al is de mens door het definitieve uitvallen van de hersenfunctie gestorven, dan kan toch het doodgaan van andere organen worden uitgesteld en voorlopig voorkomen. Op het Nijmeegs congres over orgaantransplantatie heeft mijn Nijmeegse collega, de Belg Schillebeeckx, in zijn wijsgerig-antropologische beschouwing dit als volgt uitgedrukt :

„... als een lichaam vooral met apparaten levend gehouden wordt zonder dat er nog sprake is van een biologisch innerlijk eenheidsbeginsel, wegens totale aantasting van het centrale zenuwstelsel gemanifesteerd in de hersendood, is er weliswaar nog waarlijk vegetatief levende lichamelijkheid, en dus in geen enkel opzicht, een lijk; maar de historische mens is er dan niet meer. De geest-in-lichameljkheid heeft opgehouden te bestaan; wat nog levend aanwezig is, is geen presentie meer van de menselijke persoon, nog geen lijk maar evenmin een dierlijk wezen ...

... Vervallen de biologische condities voor potentiële menselijkheid, dan vervalt in het lichamelijke ook de deelhebbing aan het constitutieve wezen van de menselijke persoon : mogelijkheid-tot-vrijheid. In een dergelijke situatie heeft de substantiële eenheid tussen deze lichameljkheid en de menselijke geest opgehouden te bestaan en dan is de mens dood, ook al is anderzijds datgene wat dankzij de

(1) (Nederlandstalige uitgave : DIERKENS, R., *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Vlaamse rechtskundige bibliotheek, Brugge, 1962; — Franstalige uitgave : DIERKENS, R., *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Coll. de médecine légale et de toxicologie médicinale*, Parijs, 1966.

(2) Vgl. HOMMES, O. R., *Diagnostiek van het sterven*, Katholiek Artsenblad (Nederland), december 1968, blz. 355 e.v.

apparatuur als zelfs een zekere werking van de hersenstam levend aanwezig is, nog geen lijk. Zoals er vroeger, en nu nog, waarde en onwaarde bestaan in verband met eerbied voor het lijk, zo kan er voortaan waarde en onwaarde ontstaan in verband met het lichaam dat alleen dankzij apparaten of enige functie van de hersenstam nog in leven is ..." (1).

Tussen de mens als levende persoon en het lijk staat dus de reeds gestorven, dode mens die echter nog niet geworden is tot lijk. En wanneer ik als jurist privaatrechtelijke beschouwingen wil geven rondom de problematiek van de transplantatie, moet ik juist met de eigen aspecten van deze laatste, niet meer menselijke zijnswijze van het nog wel voortbestaande lichaam rekening houden.

Voorop wil ik stellen dat ik met Dierkens en Nerson en vele anderen het recht van de menselijke persoon op eigen lichaam en zijn vitale, intieme bestanddelen zou willen karakteriseren als een buiten de vermogensrechtelijke sfeer liggend persoonlijkheidsrecht (2). Mijn lichaam is niet als „zaak”, als „rechtsobject” aan mijn heerschappij onderworpen. Zoals Petit het uitdrukte : „ik heb geen lichaam, ik ben het zelf” (3). De zienswijze van Sint Thomas dat ik mijn lichaam van God in vruchtgebruik zou hebben gekregen, gaat er ten onrechte vanuit dat op het lichaam een — zij het beperkt — zakelijk recht zou kunnen worden gevestigd. Rechtssubject en rechtsobject kunnen hier niet *tegenover* elkaar worden gesteld. Dit geldt zeker voor het lichaam als geheel en voor die bestanddelen die daarmee een vitaal, intiem geheel vormen.

Hier stuit ik echter op een moeilijkheid. Ik citeer wederom uit de zojuist genoemde verhandeling van Schillebeeckx.

„... De biologisch levende lichamelijkeheid toont enerzijds een levenseenheid, die innerlijk omsloten is en schijnbaar volkomen afgegrensd tegenover de buitenwereld, en anderzijds een zeker vervloeien in deze *Umwelt*. Dit geldt ook voor de mens als biologisch-lichamelijk wezen. De huid is als het ware het zichtbare maar zeer uiterlijke teken van deze innerlijke eenheid, die, afgegrensd van de buitenwereld, daar toch tot in haar meest geheime weefsel- en celstructuren mee verbonden blijft, vooral door de ademhaling ...

Er is een innerlijke organisatiecentrale die het gehele organisme regelt, óók tegenover de buitenwereld. ...

... Met deze innerlijke kern zijn de verschillende elementen van de menselijke lichamelijkeheid verbonden in allerlei gradaties van intimiteit, tot aan de uiterste grens waar die eenheid als het ware

(1) Vgl. SCHILLEBEECKX, E. C. F. A., *Wijsgerig-antropologische beschouwingen over de medische manipuleerbaarheid van het sterven*, Katholiek Artsenblad, december 1968, blz. 131 e.v.

(2) NERSON, R., *Les droits extrapatrimoniaux*, Proefschr., Lyon, 1939.

(3) PETIT, CH., *Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtsbetrekking*, R.M. Themis, 1950, blz. 428 e.v., met name blz. 431.

vervloeit in het cosmisch geheel. Haar en nagels zijn lang niet zo intiem *van mij* als mijn armen en benen; de nieren behoren niet zo innig tot mijn wezen als mijn hart; en niets tenslotte, schijnt op dit niveau zozeer, van mij te zijn als mijn hersenen ...

... Menszijn heeft wezenlijk iets met hersenen te maken, veel minder met nagels en haar, of zelfs hart en nieren, die immers te vervangen zijn, als het ware als een onderdeel van een gecompliceerd apparaat ...”.

Ik meen nu dat wij met deze antropologische werkelijkheid rekening moeten houden als wij spreken over een buiten de vermogensrechtelijke sfeer liggend persoonlijkheidsrecht. Dit strekt zich alleen uit tot die elementen van de lichamelijke die wezenlijk met de innerlijke kern verbonden zijn. Daarom sprak ik zeer bewust over een persoonlijkheidsrecht op het lichaam en zijn *vitale, intieme* bestanddelen. Nog te knippen haar of nagels kan men zich zeer wel voorstellen als door mij zelf af te scheiden zaken, waarover bij voorbaat — ook in vermogensrechtelijke zin — zou kunnen worden overeengekomen, zij het dat de nakoming van de in een dergelijke overeenkomst aangegane verplichting alleen op indirecte wijze — bijvoorbeeld door het opleggen van een dwangsom — zou kunnen worden afgedwongen. Anders ligt het naar mijn gevoel al bij af te tappen bloed dat op veel intiemere wijze eigen is aan mijn menselijke lichamelijke. Het bloed valt naar mijn inzicht daarom wel onder het zojuist beschreven persoonlijkheidsrecht : en daarmee onder een eigen — specifiek — in ieder geval aan het vermogensrecht onttrokken rechtsregime. Zo moet ook geoordeeld worden ten aanzien van organen als nieren of hoornvliezen.

Omgekeerd gaan ook ingebrachte of aangebrachte kunstorganen of -ledematen deel uitmaken van mijn lichaam, en komen daarmee te vallen onder het eigen rechtsregime van het bedoelde persoonlijkheidsrecht. Verkoop of overdracht in zekerheid van een in het lichaam gebrachte *pace-maker* of een zilveren gewrichtspen onder regime van het gewone recht, lijkt mij ontoelaatbaar. Zelfs de verpanding van een zonodig af te gespen kunstbeen lijkt mij — als in strijd met de goede zeden — niet toegestaan. De tegenwerping dat een dergelijk been niet aard- en nagelvast met het lichaam verbonden zou zijn, zou enkel bewijzen dat degene die zich van een dergelijk argument bedient, bij zijn benadering nog te zeer vast zit aan de in deze materie totaal onbruikbare denkpatronen van het klassieke zakenrecht. Beslissend is namelijk dat dergelijke handelingen de menselijke persoon zouden beroven van zijn *lichamelijke vrijheid* als menselijke uitingsmogelijkheid bij uitstek : volgens Carbonnier *de* grondslag van het eerder aangegeven persoonlijkheidsrecht (1).

(1) CARBONNIER, Jean, *Droit civil, I, Coll. Thémis*, Parijs, 1955, nr. 52, blz. 172.

Ik zei dat het persoonlijkheidsrecht op eigen lichaam mede omvat de van dit lichaam deel uitmakende vitale, intieme bestanddelen. Ook al is de menselijke persoon door het definitief verdwijnen van de hersenfunctie aangemerkt als te zijn overleden, het door mij bedoelde persoonlijkheidsrecht strekt zich mijns inziens — tot over de grens van het zojuist bedoelde sterven — uit tot de vitale, intieme organen die dan nog louter vegetatief voortbestaan en leven. Kunnen we dan nog spreken van een persoonlijkheidsrecht bij hem die juist als persoon geacht wordt te zijn gestorven? Ja, in deze zin, dat het aan die persoon toekomt bij zijn leven — binnen de hem door het recht toegemeten grenzen — beslissend te bepalen wat er ten aanzien van zijn organen zal geschieden : een beslissing die zowel door de nazaten, de achtergebleven bloed- en aanverwanten, als ook door de gemeenschap dient te worden gerespecteerd. Ik zie nu even af van de vraag *in welke vorm* deze beslissing moet worden gegeven en wat moet worden aanvaard indien geen uitdrukkelijke beslissing door de menselijke persoon vóór zijn overlijden werd gegeven. Het gaat mij om het beginsel; de uitwerking volgt straks.

Bedoelde beslissing moet bindend worden geacht : niet omdat het gaat over een civielrechtelijk te respecteren beschikking over zijn orgaan als voorwerp van vermogensrecht, van eigendom : dit ware ethisch en daarom ook juridisch onaanvaardbaar, maar juist omdat het gaat over een *evenzeer* civielrechtelijk te respecteren bevoegdheid die voortvloeit uit het persoonlijkheidsrecht over de nog levende organen die, ook na de dood van de hersenfunctie, nog ten zeerste aan de niet enkel in herinneringen maar ook in zijn lichaam — vegetatief — voortlevende persoon zijn gebonden.

Naarmate deze gebondenheid van afgestorven organen aan het intussen volmaakt levenloos, tot lijk geworden lichaam verdwijnt, verbleekt het door mij omschreven persoonlijkheidsrecht, voorzover dit zijn draagwijdte tot deze organen en tot het lichaam uitstreckte. Het gewone vermogensrechtelijke regime komt hiervoor dan langzamerhand weer in de plaats. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de loop der eeuwen — en ook nu nog in de rechtsdoctrine — veel strijd heeft bestaan over de rechtspositie van het eenmaal tot lijk geworden lichaam.

Ondanks de eerbied waarmee de Romeinen het lijk — en vooral de begraafplaatsen — omgaven, vinden we bij Gaius III, 146, een tekst die erop wijst dat het voor hen misschien toch niet zó natuurlijk was om een lijk als *res extra commercium* te beschouwen. De tekst luidt — vertaald in het Nederlands — als volgt :

„evenzo, wanneer ik U gladiatoren heb geleverd met die bepaling, dat voor elk van hen, die ongedeerd uit het strijdperk zijn gekomen, mij voor hun inspanning twintig denariën worden gegeven, daarentegen voor elk van hen die gedood of verminkt zijn, duizend denariën, is het de vraag of koop en verkoop of huur en verhuur

worden aangegaan. En de meesten hebben aangenomen dat betreffende degenen die ongedeerd uit het strijdperk zijn gekomen, verhuur en huur schijnt te zijn aangegaan, dat daarentegen koop en verkoop plaatsvindt betreffende degenen die gedood of verminkt zijn; en dit blijkt uit de gebeurtenissen, zodat verkoop en verhuur van ieder als het ware onder een voorwaarde heeft plaatsgehad. Want het wordt tegenwoordig niet betwijfeld, dat zaken onder een voorwaarde kunnen worden verkocht of verhuurd”.

In het genoemde boek van Dierkens vinden wij het een en ander over de in de zestiende, zeventiende en achttiende eeuw gevolgde praktijken bij de verkoop van lijken. In Nederland oordeelde Van Asch Van Wijk (1) in navolging van Van Praag (2) — en in tegenstelling tot Van Oven (3) en Petit (4) — dat het lijk als een aan eigendom onderworpen rechtsobject deel uitmaakt van de nalatenschap waarover de erflater kan beschikken.

Het is niet mijn taak om vanmiddag te spreken over het lijk als voorwerp van rechtsbetrekking, maar wel wil ik er op wijzen dat de gelukkige eensgezindheid waarmee men het nog levende lichaam en de daarvan deel uitmakende organen onttrekt aan de vermogensrechtelijke sfeer, niet aanwezig is ten aanzien van een dergelijke benadering van het lijk. Een teken dat de wezenlijke problematiek hier anders ligt, en dat het zin heeft om ook in het recht meer onderscheid te maken tussen sterven als menselijke persoon en het worden tot lijk. Ons huidige rechtssysteem is op dit thans te maken onderscheid mijns inziens te weinig ingespeeld. Om het pregnant te zeggen : onze Wetten op de Lijkbezorging zijn niet gemaakt met het oog op de mogelijke problematiek rondom de transplantatie van levende organen van een reeds gestorven persoon: die wellicht *wel* naar de termen van die wetten, maar nog *niet* in de antropologische werkelijkheid is geworden tot lijk.

Terug naar het onderwerp van vanmiddag : het privaatrecht ten opzichte van transplantatie van organen afkomstig uit een levende of een gestorven, echter nog niet tot lijk geworden persoon. Het gewone vermogensrechtelijke regime heb ik in navolging van velen buiten de deur gezet. Handel in organen is te allen tijde verwerpelijk. Ik heb gekozen voor het regime van een buiten de vermogensrechtelijke sfeer liggend persoonlijkheidsrecht. Ik wil thans proberen dit eigen rechtsregime iets nader te omlijnen door een aantal specifieke regels op te stellen.

(1) In conclusie genomen vóór H.R., 25 juni 1946, N.J., 1946, 503.

(2) In *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1932, blz. 89 e.v.

(3) VAN OVEN, J. C., *Ned. Juristenblad*, 1926, blz. 19.

(4) PETIT, CH., o.c., blz. 432 e.v.

1. Het recht op eigen leven en integriteit van het menselijke lichaam behoeft tegenover de buitenwereld absolute bescherming. Starck spreekt in zijn bekende dissertatie over : *une sécurité inconditionnelle* van de primaire levensgoederen (1).
2. Zoals gezegd, kan ik over mijn lichaam en zijn bestanddelen niet beschikken als over een zaak, een vermogensobject die aan mijn heerschappij is onderworpen. Daarmee is niet iedere beschikkingsmacht afgesneden. De beschikking die ik heb, is echter gebaseerd op mijn persoonlijkheidsrecht en deswege aan beperkingen onderhevig. In zoverre is het niet juist om te spreken van een niet-vermogensrechtelijk *absoluut* recht (2). Ook aan mijn eigen persoon ben ik respect verschuldigd. Een verminking die onherstelbare schade aan mijn eigen lichaam toebrengt, kan ik niet verantwoorden. Onder omstandigheden kan na zorgvuldige belangenafweging verminking van het vegetatieve leven, bijvoorbeeld door het wegnemen van een nier, gerechtvaardigd zijn door het hogere belang van het in leven kunnen blijven van iemand die mij zeer na staat. De morele waarde gelegen in diep beleefde menselijke solidariteit, kan in een dergelijke geval uitstijgen boven de morele waarde van het handhaven onder alle omstandigheden van een volmaakte lichamelijke integriteit.
3. De beschikkingsmacht over mijn organen moet echter te allen tijde door de buitenwereld worden gerespecteerd. In zoverre is het wel juist te spreken van een niet-vermogensrechtelijk *absoluut* recht. Ik zou voelen voor een speciaal wettelijk regime dat de afstand regelt van organen ten behoeve van transplantaties. In de eerste plaats de afstand nog tijdens het leven, bijvoorbeeld van een nier. Van belang is dat wettelijk wordt gewaakt over de vrijheid waarmee de toestemming tot een dergelijke afstand wordt gegeven. In Italië bestaat sinds 26 juni 1967 een dergelijke regeling en moet deze toestemming ten overstaan van de rechter worden uitgesproken. Van belang is voorts dat in dit soort zaken de menselijke persoon steeds zelf bij de beslissing wordt betrokken (3). De normale regelen van vertegenwoordiging van bijvoorbeeld minderjarigen of onder curatele gestelden, zouden hier niet of in sterk verminderde mate moeten gelden. Tot aan het moment van uitvoering van de overplanting zou de toestemming moeten kunnen worden ingetrokken. Een vergoeding van de gemaakte of te maken kosten,

(1) STARCK, B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Proefschr., Parijs, 1947.

(2) Vgl. PETIT, CH., *R.M. Themis*, 1950, blz. 433.

(3) CARBONNIER, J., *o.c.*, nr. 53, blz. 175 : „Ce que l'on pourrait se demander, c'est si toutes les conventions portant sur le corps humain n'obéissent pas à un régime juridique autonome, dérogoire au droit commun des conventions”.

bijvoorbeeld in verband met een gezondheidskuur, is natuurlijk alleszins aanvaardbaar. Zelfs zou ik mij niet willen verzetten tegen een redelijke vergoeding voor ideële schade, voor het doorgestane leed : echter binnen scherp getrokken grenzen opdat het vermogensrechtelijke element niet toch — langs een omweg — op dit gebied zou doordringen.

4. Ten aanzien van eventuele afstand bij voorbaat van nog vegetatief levende organen : levend na het menselijke sterven door het uitvallen van de hersenfunctie, moet — zoals reeds gezegd — eveneens het beginsel gelden dat de beslissing van de menselijke persoon in kwestie door de buitenwereld : de nabestaanden en de gemeenschap, moet worden gerespecteerd.

Hier kan men echter *de vraag* stellen of men voor de rechtmatigheid van de transplantatie jegens de *donor* moet verlangen dat deze zijn toestemming bij zijn leven uitdrukkelijk heeft gegeven : het *toestemmingssysteem* zoals gehanteerd in de Franse wetgeving van 7 juli 1947 betreffende transplantatie van hoornvliezen? Bij het hanteren van een dergelijke toestemmingssysteem zou men op zijn minst moeten bevorderen dat de levende personen zich zoveel mogelijk uiten over de afstand van hun organen en dat hun eventuele toestemming wordt aangetekend op een kaartje : waarop ook de bloedgroep, de injecties, een kaartje dat men steeds bij zich draagt.

Of zou men de rechtmatigheid in beginsel reeds mogen aannemen indien de *donor* zijn weigering niet duidelijk heeft geuit : het *geen bezwaren-systeem*, zoals dat in Frankrijk door Savatier (1) en Doll (2), en in Nederland door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Volksgezondheid (3) en door mijn Nijmeegse collega Van Agt (4) is verdedigd. Blijkens gehouden enquêtes stemt een dergelijk systeem overeen met het rechtsbewustzijn van de meesten onder ons. Anders dan Van Agt echter acht ik met de Franse auteurs het persoonlijkheidsrecht van de overledene van zo krachtig gehalte dat diens *uitdrukkelijk* geuite weigering of toestemming moet worden gerespecteerd, ook indien de nabestaanden zich respectievelijk unaniem vóór of tegen de transplantatie zouden uitspreken.

Een geheel *andere vraag* is of, indien de overledene zich niet uitdrukkelijk heeft geuit, de achterblijvende *naasten* — niet als erfgenamen in vermogensrechtelijke zin, maar als nazaten die het verwante bloed in de tijd verder dragen — zich niet alsnog tegen

(1) SAVATIER, J., *Et in hora mortis nostrae*, Recueil Dalloz Sirey, 8 mei 1968.

(2) DOLL, P. J., *Les problèmes juridiques posés par les prélèvements et les greffes d'organes en l'état actuel de la législation française*, J.C.P., 29 mei-19 juni 1969.

(3) Vgl. de mededelingen daaromtrent door VAN AGT, A. M., *Recht op leven en sterven*, Katholiek Artsenblad, december 1968, blz. 369 e.v.

(4) In diens publicatie vermeld in de hiervoorgaande noot.

een dergelijke transplantatie kunnen *verzetten*. Ik moet bekennen dat het mij moeite kost om een goede fundering voor een dergelijk recht van verzet te vinden. Moet de algemeen-menselijke solidariteit jegens een naaste in nood op een zeker moment niet hoger wegen dan het gevoel van piëteit jegens de overledene, welk gevoel de nabestaanden alsnog de toestemming tot transplantatie doet weigeren? In Tsjecho-Slowakije heeft de wetgever aan de nabestaanden het recht van verzet niet willen toestaan, uitgaande van het beginsel van de menselijke solidariteit en van de gedachte dat iedere burger verzekerd moet zijn van de medische zorg die zijn toestand behoeft : waarbij inbegrepen de nodig geachte transplantaties van het orgaan van een ander (1).

Zover zou ik nog niet willen gaan. Met de Franse raadsheer Doll zou ik echter, indien de overledene zich niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken, transplantatie alleen onrechtmatig willen achten indien de directe nabestaanden, zoals de vader, moeder, kinderen of twee broers of zusters, zich unaniem en uitdrukkelijk tegen de transplantatie zouden verzetten. Een dergelijk systeem veronderstelt terecht dat transplantatie niet clandestien — buiten deze nabestaanden om — zou dienen te geschieden.

Mijn hiervoor gegeven visie houdt een volledige veroordeling in van het systeem dat momenteel in Nederland geldt krachtens de Wet op de Lijkbezorging.

5. Zoals gezegd, kan de beschikking over een orgaan nimmer de gedaante aannemen van het contracteren over een vermogensrechtelijk object. Niet in den beginne, bij de afstand door de *donor*, maar mijns inziens evenmin tijdens de tocht die het orgaan aflegt naar de *receptor* : een tocht die — zoals bij het bloed — kan worden afgelegd *via* orgaanbanken : niercentra, en dergelijke instituten, die mij — met een stoute gedachtensprong naar het voorbeeld van Belcampo — met pijn in mijn hart een ogenblik doen denken aan de in Italië zo bekende banken van de Heilige Geest. Nimmer verworde het orgaan tot een verhandelbare zaak. Niet op winst gerichte instellingen of de overheid zelf dienen de organisatie van deze banken op zich te nemen. Een infectie door vercommercialisering van het orgaan tijdens zijn tocht, volgt de baan terug, en infecteert onvermijdelijk het begin : de vercommercialisering van de afstand door de *donor* is het gevolg. In deze geest is ook door René Savatier gesproken naar aanleiding van de reeds lang ingewortelde transfusie van bloed (2).

(1) Vgl. de mededelingen daaromtrent gedaan door DOLL, P. J., o.c., nr. 40.

(2) SAVATIER, R., *Juristes, médecins et sang humain*, *Ars Aequi*, 1954-1955, blz. 216 e.v.

6. Een regime zoals hierboven in grote lijnen aangegeven, worde neergelegd in een *transplantatiewetgeving* zoals momenteel in meerdere landen wordt voorbereid. Dat daarbij ook de nodige aandacht moet worden gegeven aan de rechtspositie van de *receptor*, spreekt vanzelf.

Op deze rechtspositie kan ik vanmiddag niet uitvoerig ingaan. Ik wil slechts enkele opmerkingen maken. In ieder geval zal de *receptor* indien hij daartoe bij machte is, in de ingreep hebben moeten toestaan, nadat hem door de *medicus* een verantwoord inzicht in de noodzaak, de zwaarte, en de kansen op succes van die ingreep is verschaft. De methode moet zijn beproefd. De ingreep moet kans op succes bieden. Indien het gevaar verbonden aan een dergelijke ingreep, buiten proporties groot is in verhouding tot het nagestreefde goed, lijkt transplantatie ongeoorloofd. Uit het voorgaande volgt in ieder geval ook dat de transplantatie geen financiële schuld kan scheppen van de *receptor* jegens de *donor* of diens familie.

In verband met de hiervoor omschreven ontwikkelingen zal het van belang zijn om naast de introductie van een transplantatiewetgeving, nadere regels te geven omtrent het constateren van het tijdstip van overlijden. Dit is niet alleen van belang met het oog op de transplantatieproblematiek, maar ook met het oog op de toepassing van tal van artikelen uit het Strafwetboek, en op diverse terreinen van het burgerlijk recht : het erfrecht, het huwelijksgoederenrecht, het recht betreffende de levensverzekering. In verband met de volgorde van erfopvolging zou er op de artsen die het overlijden moeten constateren, een ongezonde druk kunnen worden uitgeoefend om de dood te vertragen of te versnellen. Met Jean Savatier meen ik : dat de wet nimmer de dood kan definiëren en dat het vaststellen van het overlijden is voorbehouden aan de artsen : die echter bepaalde voorgeschreven tests moeten uitvoeren, en zekere officiële richtlijnen in acht moeten nemen alvorens zij tot hun oordeel mogen komen. Wel zou uitdrukkelijk moeten worden voorgeschreven dat bij patiënten die zich in een re-animatie bevinden, de dood moet worden vastgesteld door meerdere artsen die niet bij een eventuele transplantatie zijn betrokken.

In vogelvlucht heb ik enige problemen aangestipt waarvoor de jurist zich met het oog op de steeds vaker voorkomende transplantaties ziet geplaatst. De jurist moet de fantasie en de durf kunnen opbrengen om door het ontwerpen van nieuwe rechtsstructuren, zich losmakend van oude denkpatronen, ordening te brengen in de nieuwe, op het eerste gezicht griezelig en onmenselijk lijkende wereld waarmee hij dank zij de ontwikkelingen van de medische wetenschap wordt geconfronteerd. De jurist moet niet versagen. In aansluiting op de ethische en maatschappelijke overtuigingen die bij verreweg de meesten onder

ons leven, moet hij die regels weten te formuleren die een waarborg zijn voor het behoud van het menselijke. Het typisch menselijke dat inhoudt : eerbied voor de menselijke persoon en tegelijk saamhorigheid, verbondenheid met andere mensen. Het is mijn overtuiging dat de jurist zal kunnen slagen. Hij moet zich niet laten teleurstellen door het juridische cultuurpessimisme zoals tentoongespreid door Georges Ripert, maar hij moet zich gesteund weten door de humaniteit die steeds weer naar voren treedt in het werk van zovele anderen : ik denk aan Dierkens, aan Vader (René) en zoon (Jean) Savatier.

Ik keer terug naar Belcampo, omdat zijn verhaal niet zo somber eindigt als het begon. Het leven zelf is steeds sterker, gezonder dan de leer, de theorie die wij daarover opstellen en verkondigen. U herinnert zich dat in het jaar 2050 de mogelijkheid bestond van het overplanten van gedachten, herinneringen door middel van hersentransplantaties. Belcampo beschrijft dan het verhaal van een schrijver die uit geldnood met zijn vrouw heeft besloten hun totale herinnering aan elkaar te verkopen. Ik geef het verhaal verkort, zeer verkort weer. „... Een man kwam thuis, een schrijver, vijfendertig jaar... ? ... Zijn vrouw zat bij de tafel ...

... Morgenvroeg om half negen zei hij. Tegelijk. W.G. (Wilhelmina Gasthuis) paviljoen drie. We worden meteen geholpen ... En nu, nu waren zij besloten tot het grote offer, het offer van elkaar. Er was geen andere uitweg meer. Zijn roman moest af en daarvoor was het nodig dat ze een jaar konden leven zonder te denken aan geld ...

... Grote moeite had hun het besluit gekost. Alles wat je voor elkaar geweest was, het grandioze begin, het zich verliezen in elkaar en daarna al die kleine dingen : het wisselen van een blik, het zachte liefkozende gebaar, een opmerking waar je allebei om stikte, het samen genieten van iets geziens, dat alles weg te doen, te verkopen. En te blijven zitten met de teleurstellingen, de zorgen, de scènes. Dat laatste had ze niet gewild. — Dan moeten die er ook uit, op de belt ermee, had ze gezegd, anders zou ik je gaan haten. Ze zouden zich dus in elkaar laten uitroeien, geheel en al. Net bij de rand van de kinderen langs. Die moesten ze sparen. ...”

Belcampo beschrijft dan de laatste avond die ze vol van elkaar en met elkaar doorbrengen. Samen drinken zij een fles *Vieille Cure*, een fles die ze allang in huis hadden, eens door iemand meegebracht en die ze bewaard hielden voor een zeer bijzondere gelegenheid. Dan komt de volgende morgen en gaan zij op stap naar het W.G.

“... Daar was de poort van het W.G. Nog zestig stappen gezamenlijk, nog vijftig, nog vijfenveertig, vijfendertig. De veilingmeester, zoals die in 't begin, bij het ontstaan, had opgeteld, zo telde 't nu weer af. Dertig. Ze waren bij het grote aanplakbord voor publicaties van de medische faculteit. Daarachter was een veilige plaats. In een laatste omhelzing voor het laatst elkaar hebben, de warme weekheid van elkaars mond. Voor het laatst elkaar aanzien van vlakbij. Zij brak

— Laat een stukje van me zitten, een heel klein stukje, smeekte ze. Hij niet — Sterk zijn, beter van niet Ogen als nooit meer je aanzien was het allerlaatste wat hij van haar zag...”

En dan komt Belcampo's beschrijving van het leven na de transplantatie.

„... Een uur later huppelde een vent fluitend naar huis. Zijn blik huppelde hoger mee langs randen van dakgoten, over tsjilpende mussen heen, even naar boven door het grillige houten geraamte van een boom, sprong vandaar in de gelige hemel waar hij houvast zocht aan een rand wolk, daalde dan weer bliksemsnel neer in de ogen van een voorbijgangster en als haar gezicht hem beviel hield hij even op met fluiten en lachte een luide, korte lach...

Hij had behoefte om af en toe een die dezelfde kant opging, een gelijk gerichte, aan te spreken over de heerlijkheid van 't leven. — Vind U dat zo mijnheer? Ja U kunt wel gelijk hebben. Zoveel mensjes waren het zich nog niet bewust. Maar vogels wel. Wat hadden die anders te zwieren hoog in de lucht waar niets voor ze was, op 't ogenblik tenminste zeker niet. Ja, vogels wisten er van. Die de lucht scheren zonder wrijving, die overal zaadjes en wormpjes pikken, zomaar voor niets. Vogels hebben het heerlijk op aarde en wordt als de vogelen is een evangelie op zichzelf.

Hij ging naar zijn kinderen, zijn twee meisjes... zo verlangend was hij naar zijn beide dochttertjes. Daar opende hij zijn deur, ze vlogen hem in pyama tegemoet, om zijn hals. — Dag papa, dag papa, draag ons nu weer naar boven. Hij pakte onder elke arm een, als een baal vodden, droeg ze de trap op, de kamer in en smeed ze in de kanapee op een hoop...

O, wat zal mama daarvan zeggen, riep de oudste — Mama mama? Weet ik niet zei hij. Hoe kwam hij eigenlijk aan zijn kinderen? Gek, dat hij dat niet wist. Hij kwam recht van paviljoen drie. Hadden ze hem daar deze keer bij ongeluk misschien een heel vaderschap er in gepoot? Hoe het zij, op 't ogenblik was hij de vader van deze.

Er werd gebeld. Hij trok open. Een jonge vrouw kwam naar boven met haar gelaat in het trapgat naar hen opgeheven, zó innig blij en stralend dat de kinderen haar eerst niet eens herkenden. — Dag Annelies, dag Jeannet. O mama, wat ben je mooi vandaag! riep de oudste nu. Ben je bij de kapper geweest? ... — Kees de Jong, kwam hij naar voren met zijn hand. — Mies Brouwer. Het was haar meisjesnaam. — De vader van deze kinderen. — De moeder. — Hoe maakt u het. — Wat doen jullie mal, toe geef mekaar gauw een zoen, flapte de oudste er tussen ...

... De huishouding kreeg die dag een vaart en een vlotheid zoals alleen maar bij vrijgezellen voorkomt, een huishouding zonder spanning en zonder zwaarte. De kinderen wisten niet hoe ze 't hadden : wij zijn bij papa en mama en toch is het net of we ergens logeren!

riepen ze maar. Ze sliepen die avond in met het gevoel dat er een heel nieuw tijdperk voor hen was aangebroken.

Toen de kinderen naar bed waren, vond hij tot zijn verrassing in de keuken een fles *Vieille Cure* nog half vol. Triumfantelijk bracht hij hem binnen. — Zullen wij die vanavond? Op de kennismaking? Lachend knikte zij van ja...;”.

Vanuit dit optimisme, vanuit deze levensblijheid die uiteindelijk toch ook nog spreekt uit Belcampo's verhaal heb ik vandaag over de juridische problematiek rondom de transplantatie voor U gesproken. Voor mij zijn de mogelijkheden van het leven oneindig. Transplantatie verschuift de grenzen van de dood en opent een nieuwe weg naar het leven. Dit leven moet waard zijn te worden beleefd : het moet niet worden geïnfecteerd door de zuivere materie. Door mijn bijdrage van hedenmiddag hoop ik het gevaar van infectie te hebben bestreden. Ik heb gezegd.

SOMMAIRE

LA TRANSPLANTATION D'ORGANES ET LE DROIT PRIVÉ

Dans notre réflexion sur le problème à traiter, nous partons encore par trop d'une nette distinction à opérer entre la personne vivante et le cadavre sans vie. A la suite des développements médicaux des derniers temps, on s'est cependant rendu compte qu'il existe entre ces deux pôles un domaine intermédiaire : celui où, par la mort cérébrale organique, l'homme peut précisément être considéré comme décédé en tant que personne humaine, mais où l'homme n'est pas encore réduit à l'état de cadavre, parce que la vie végétative des autres organes subsiste encore. Le décès comme événement humain doit de plus en plus être distingué de la mort des organes humains comme processus physiologique. Le droit privé doit précisément tenir compte des aspects propres du mode d'être qui n'est plus humain du corps continuant encore à exister.

Mon corps n'est pas comme chose, comme objet de droit, soumis à mon pouvoir. Sujet de droit et objet de droit ne peuvent ici être mis en opposition. Le droit de la personne humaine sur son propre corps et sur ses parties constituantes vitales, intimes est un droit personnel se situant en dehors de la sphère du droit patrimonial. Dans la réalité anthropologique, les cheveux et les ongles ne sont de loin pas aussi intimement miens que le sang, les reins, les cornées, etc. Ce droit personnel ne s'étend qu'aux éléments corporels qui sont essentiellement liés au noyau interne. A propos des cheveux ou des ongles, on peut encore convenir au sens du droit patrimonial; à propos du sang, la chose n'est plus possible. Inversement, des organes ou des membres artificiels incorporés ou apposés viennent faire partie du propre corps et tombent ainsi sous le régime juridique propre de ce droit personnel. La vente ou la cession en sûreté d'un *pace-maker* ou broche d'articulation en argent placé dans le corps, voire la mise en gage d'une jambe artificielle pouvant au besoin être détachée ne semblent pas admises comme contraires aux bonnes mœurs. De tels actes priveraient l'homme de sa liberté corporelle comme faculté d'expression humaine par excellence : or, ne s'agit-il pas là du fondement de ce droit personnel?

Ce droit personnel s'étend — au delà de la frontière de la mort en tant que personne humaine — aux organes vitaux, intimes qui continuent alors encore à vivre de façon purement végétative. En principe, il appartient à cette personne de décider durant sa vie ce qu'il adviendra de ces organes : cette décision doit être respectée au plan du droit civil aussi bien par des proches que par la communauté.

A mesure que disparaît le lien des organes morts avec le corps réduit à l'état de cadavre devenu entre-temps complètement sans vie, s'affaiblit ledit droit personnel et le régime ordinaire de droit patrimonial reprend petit à petit sa place. Il n'est dès lors pas étonnant qu'il y a toujours eu beaucoup de discussions sur la situation juridique du corps réduit à l'état de cadavre. L'heureuse unanimité avec laquelle on soustrait le corps encore en vie et les organes qui en font partie à la sphère du droit patrimonial n'existe pas à l'égard d'une telle approche du cadavre. Notre droit est encore trop peu préparé à la distinction entre la mort en tant que personne humaine et la réduction à l'état de cadavre. Nos lois relatives aux cadavres ne sont pas adaptées au problème actuel de la transplantation d'organes vivants d'une personne déjà morte, qui sont déjà réduits à l'état de *cadavre* aux termes de ces lois mais pas encore dans la réalité anthropologique.

Le régime propre de ce droit personnel se situant en dehors de la sphère du droit patrimonial devrait se caractériser par les règles spécifiques ci-après.

1. Le droit à la vie propre et à l'intégrité du corps humain doit recevoir à l'égard du monde extérieur une protection absolue : „une sécurité inconditionnelle”.
2. La disposition que j'ai de mon corps et de ses parties constituantes est basée sur mon droit personnel et soumise de ce chef à des restrictions. En ce sens, il n'est pas exact de parler d'un droit non patrimonial *absolu*. A ma propre personne également, je dois le respect. Je ne puis justifier une mutilation causant un dommage irréparable à mon propre corps. Dans certaines circonstances, après avoir soigneusement pesé les intérêts en présence, une mutilation de la vie végétative, par exemple par l'ablation d'un rein, peut être justifiée par l'intérêt supérieur de la possibilité de maintenir en vie quelqu'un qui m'est très proche.
3. Le pouvoir de disposition de mes organes doit cependant en tout temps être respecté par le monde extérieur. En ce sens, il est exact de parler d'un droit non patrimonial absolu. Un régime légal spécial devrait régler la cession d'organes pour les besoins de transplantations. En cas de cession durant la vie, par exemple d'un rein, il importe qu'il soit légalement veillé à la liberté avec laquelle est donné le consentement à une telle cession et que, dans cette sorte de choses, la personne humaine soit toujours impliquée elle-même dans la décision. Les règles normales de représentation, par exemple de mineurs ou de personnes placées sous curatèle, ne devraient pas s'appliquer ici ou seulement dans une mesure fortement réduite. Jusqu'au moment de l'exécution de la transplantation, le consentement devrait pouvoir être retiré. Une indemnisation des frais faits ou à faire, par exemple pour une cure de santé, et même — dans des limites strictement fixées — une indemnisation du dommage moral pour la douleur endurée sont en tout cas admissibles.
4. Dans la transplantation d'organes vivant encore de façon végétative après la mort humaine par suite de la cessation de la fonction cérébrale, la légitimité de la transplantation à l'égard du donneur peut déjà en principe être admise si le donneur n'a pas exprimé clairement son refus : le système dit de l'absence d'objections; il ne faut pas exiger un consentement exprès accordé par le donneur de son vivant à la transplantation. Le droit personnel du défunt est cependant d'un tel poids que le refus ou le consentement expressément manifesté par celui-ci doit être respecté, même si les proches parents devaient se prononcer à l'unanimité respectivement pour ou contre la transplantation. Une tout autre question est celle de savoir si, lorsque le défunt ne s'est pas prononcé expressément, les proches survivants — non comme héritiers au sens du droit patrimonial, mais comme prolongeant dans le temps le sang de la parenté — ne peuvent pas dès à présent s'opposer à une telle transplantation. Il est malaisé de trouver un bon fondement à un tel droit d'opposition. Si le défunt ne s'est pas prononcé expressément, je ne voudrais considérer des transplantations comme illégitimes que si les proches directs, tels que le père, la mère, les enfants ou les frères ou sœurs uniques devaient s'opposer unanimement et expressément à la transplantation. La transplantation ne peut être effectuée clandestinement, à l'insu de ces proches.
5. La disposition d'un organe ne peut jamais prendre la forme d'un contrat concernant un objet de droit patrimonial. Ce ne peut être le cas au départ, dans la cession par le donneur, mais pas davantage pendant le trajet que l'organe effectue vers le receveur : un trajet qui, comme pour le sang, peut

être effectué par la voie de banques d'organes. Des institutions sans but lucratif ou les autorités elles-mêmes doivent se charger de l'organisation de ces banques.

6. Un régime tel que celui indiqué ci-dessus dans ses grandes lignes, doit être fixé dans une législation sur la transplantation accordant également l'attention nécessaire à la situation juridique du receveur. Le receveur, s'il est en état de le faire, devra avoir donné son consentement à l'opération après que le médecin lui aura fourni une opinion justifiée sur la nécessité, la gravité et les chances de succès de cette opération. La méthode doit avoir été éprouvée. L'opération doit offrir des chances de succès. La transplantation ne peut créer de dette financière du receveur envers le donneur ou sa famille.

Outre l'introduction d'une législation sur la transplantation, des règles précises doivent être fournies au sujet de la constatation du moment du décès. Non seulement en fonction du problème de la transplantation, mais également en fonction de l'application de nombre d'autres articles du code pénal et de divers domaines du droit civil : le droit successoral, le droit des régimes matrimoniaux, le droit relatif à l'assurance-vie. La constatation du décès doit être réservée aux médecins qui doivent cependant effectuer certains tests prescrits et observer certaines directives officielles avant de pouvoir formuler leur décision. Pour les patients se trouvant en réanimation, la mort devrait être constatée par plusieurs médecins qui n'interviennent pas dans une transplantation éventuelle.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE TRANSPLANTATION VON ORGANEN UND DAS PRIVATRECHT

Beim Überdenken der zu behandelnden Problematik, gehen wir noch zu sehr aus von einem zu scharfen Unterschied zwischen der lebenden Person und der leblosen Leiche. Die medizinischen Entwicklungen in letzterer Zeit aber, haben die Einsicht mitgebracht, daß es zwischen diesen beiden Polen ein Zwischengebiet gibt, wo der Mensch gerade wegen des organischen Todes des Gehirns, nicht mehr als menschliche Person betrachtet werden kann, wo er aber noch nicht zur Leiche geworden ist, weil eben das vegetative Leben der übrigen Organen noch existiert. Sterben als menschliches Geschehen wird stets mehr und mehr unterschieden vom *Aufhören* der menschlichen Organen als physiologischer Prozeß. Das Privatrecht muß gerade die eigen-artige Aspekte des nicht mehr menschlichen Da-seins des noch weiter existierenden Körpers berücksichtigen.

Mein Körper ist nicht als Sache, als Rechtsobjekt, meiner Herrschaft unterworfen. Rechtssubjekt und Rechtsobjekt können hier nicht einfach einander gegenüber gestellt werden. Das Recht der menschlichen Person auf eigenem Körper und dessen vitalen, intimen Bestandteile, ist ein ausserhalb der vermögensrechtlichen Sphäre liegendes Persönlichkeitsrecht. In der anthropologischen Realität gehören Haare und Nagel nicht gerade so intim zu mir als Blut, Niere und Hornhaute usw. Das gemeinte Persönlichkeitsrecht bezieht sich nur auf diesen Elementen meines Körpers, die im wesentlichen mit dem inneren

Kern verbunden sind. Über Haare und Nagel könnte man vermögensrechtlich noch kontraktieren; über Blut schon gar nicht mehr. Umgekehrt werden auch eingebrachte oder angebrachte Kunstorgane und Kunstglieder Teil des eigenen Körpers, und ressortieren damit unter dem spezifischen Rechtsregime des oben genannten Persönlichkeitsrechts. Verkauf oder Abtretung in Sicherheit eines im Körper hineingebrachten *Pace-makers* oder einer silbernen Gelenknadel, ja sogar Verpfändung eines möglicherweise abzuschneidenden künstlichen Beines, scheint mir — als den Guten Sitten zuwider — nicht erlaubt. Derartige Handlungen würden den Mensch seiner körperlichen Freiheit, als Möglichkeit menschlichen Ausdrucks, berauben.

Dieses Persönlichkeitsrecht streckt sich — bis über die Grenze des Sterbens als menschliche Person hinaus — auf aus den vitalen, intimen Organen die dann nur vegetativ weiterexistieren. Im Prinzip kommt es dieser Person zu, während seines Lebens entschieden zu bestimmen, was angesichts dieser Organen geschehen wird; diese Entscheidung muß sowohl von seinen Nachkommen als von der Gesellschaft zivilrechtlich respektiert werden.

Je nachdem die Gebundenheit der verstorbenen Organen des inzwischen völlig leblosen, zur Leiche gewordenen Körpers, verschwindet, verbleicht auch das gemeinte Persönlichkeitsrecht, und kommt statt dessen allmählich das normale vermögensrechtliche Regime. Deshalb ist es auch nicht verwunderlich, daß es stets viel Streit gegeben hat über die Rechtsposition des einmal zur Leiche gewordenen Körpers. Die glückliche Einstimmigkeit, mit der man das noch lebende Körper und dessen Organen der vermögensrechtlichen Sphäre entzieht, ist nicht mehr vorhanden angesichts einer derartigen Behandlung der Leiche.

Unser Recht ist noch zu wenig eingespielt auf dem Unterschied zwischen dem *Sterben als menschliche Person* und dem *zur Leiche werden*. Unsere Totengesetze sind nicht angepaßt an der aktuellen Problematik der Transplantation von lebenden Organen einer Person, der nur dem Wortlaut des Gesetzes nach, aber nicht im anthropologischen Sinne, zur Leiche geworden ist.

Das eigene Regime des gemeinten, ausserhalb der vermögensrechtlichen Sphäre liegenden, Persönlichkeitsrechts sollte sich kennzeichnen durch diese spezifische Regel :

1. Das Recht auf eigenem Leben und Integrität des menschlichen Körpers braucht der Aussenwelt gegenüber, ein absoluter Schutz (*une sécurité inconditionnelle*).
2. Die Entscheidung die ich habe über meinem Körper und dessen Bestandteile ist fundiert auf meinem Persönlichkeitsrecht und deshalb beschränkt. In diesem Sinne wäre es nicht richtig von einem *absoluten* nicht-vermögensrechtlichen Recht zu reden. Auch meiner eigenen Person bin ich Respekt schuldig. Eine Verstümmelung die meinem eigenen Körper unreparierbare Schaden zufügen würde, kann ich nicht verantworten. Unter bestimmten Umständen kann, nach sorgfältiger Belangenabwägung eine Verstümmelung des vegetativen Lebens, z.B. durch Wegnehmen einer Niere, gerechtfertigt sein durch das höhere Interesse des im Leben bleibens einer mir sehr nahestehenden Person.
3. Die Entscheidungsmacht über meine Organe muß zu jeder Zeit von der Aussenwelt respektiert werden. Ein spezielles gesetzliches Regime sollte die Abtretung von Organen für Transplantationen normieren. Bei Abtretung noch während des Lebens von z.B. einer Niere ist bedeutend, daß gesetzlich überwacht wird, das die Zustimmung zu einer dergleichen Abtretung in

Freiheit gegeben wird, und daß in diesen Sachen die menschliche Person stets selbst bei der Entscheidung mit-bestimmt. Die normale Regel der Vertretung von Minderjährigen und unter Kuratel gestellten, würden hier nicht oder in sehr geringem Masse gelten. Bis zum Moment der Verpflanzung müßte die Zustimmung zurückgezogen werden können. Ein Entgelt der gemachte oder zu machen Kosten, z.B. für eine Kur, und sogar — innerhalb scharf gezogenen Grenzen — eine Entschädigung für ertragenes Leid, sind auf jedem Fall akzeptabel.

4. Bei der Verpflanzung von vegetatif noch lebenden Organen, nach dem menschlichen Sterben durch das Ausscheiden der Gehirnfunktion, darf die Rechtmäßigkeit einer Transplantation dem *Donor* gegenüber grundsätzlich schon angenommen werden, wenn der *Donor* eine Verweigerung nicht ausdrücklich geäußert hat : daß sogenannte *Kein-Einwand-System*; man fordere vom *Donor* nicht eine ausdrückliche während des Lebens gegebene Zustimmung zur Transplantation. Das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen ist aber so wichtig, daß dessen ausdrückliche Verweigerung oder Zustimmung respektiert werden muß, auch wenn seine Nachkommen sich ausdrücklich für oder gegen die Transplantation entschieden würden. Ganz anders wäre die Frage ob, wenn der Verstorbene sich nicht ausdrücklich geäußert hat, die hinterbleibende Verwandte — nicht als Erben im Vermögensrechtlichen Sinn, sondern als Nachkommen, die das verwandte Blut in der Zeit weiter tragen — sich fürs erste nicht gegen eine derartige Transplantation auflehnen können. Es ist schwierig eine ausreichende Fundierung eines solchen Einspruchs zu finden. Wenn der Verstorbene sich nicht ausdrücklich ausgesprochen hat, würde ich Transplantationen nur dann für unzulässig halten, wenn die unmittelbare Verwandte (Vater, Mutter, Kinder, einige Brüder oder Schwester) sich einstimmig und ausdrücklich einer Transplantation widersetzen würden. Die Transplantation braucht nicht klandestin — also ohne Wissen dieser Nachkommen — zu geschehen.
5. Die Bestimmung über einem Organ kann nie die Gestalt einer Vereinbarung über einem vermögensrechtlichen Objekt annehmen. Nicht im Anfang, bei der Abtretung durch den *Donor*, aber ebensowenig während der Reise die das Organ zurücklegt auf dem Wege zum Empfänger; eine Reise die wie beim Blut, via Banken zurückgelegt werden kann. Nicht auf Gewinn gerichtete Einstellungen oder die Behörden selbst müssen die Organisation dieser Banken auf sich nehmen.
6. Ein Regime, wie hier oben in groben Umrissen angegeben, werde in einer Transplantationsgesetzgebung niedergelegt, wobei die notwendige Aufmerksamkeit an der Rechtssituation des Empfängers gegeben werden muß. Der Empfänger wird, wenn er dazu in der Lage ist, dem Eingriff zustimmen müssen, nachdem ihm von einem Arzt eine verantwortete Einsicht gegeben wurden in der Notwendigkeit, dem Schwierigkeitsgrad und den Erfolgchancen des Eingriffs. Die Methode muß geprüft sein. Der Eingriff muß eine reelle Erfolgchance bieten. Die Transplantation darf keine finanzielle Schuld seitens des Empfängers dem *Donor* oder dessen Familie gegenüber mitbringen.

Neben der Einführung eines Transplantationsgesetzes müssen auch weitere Normen festgestellt werden zwecks der Feststellung des genauen Sterbensmoment; nicht nur für die Transplantationsproblematik sondern auch im Hinblick auf der Zupassung von zahlreichen Artikeln des Strafgesetzes, und von

diversen Gebieten des bürgerlichen Rechts; Erbschaftsrecht, eheliches Güterrecht, Lebensversicherungsrecht. Die Feststellung des Sterbens werden den Ärzten vorbehalten. Diese aber müßten dann bestimmte vorgeschriebene Tests ausführen, und bestimmte offizielle Richtlinien beachten, bevor zu einem endgültigem Urteil kommen zu dürfen.

Bei Patienten die sich in der Reanimation befinden, müßte den Tod von mehreren Ärzten, die aber nicht an einer eventuellen Transplantation beteiligt sind, festgestellt werden.

SUMMARY

THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND ORGAN TRANSPLANTATION

In reflections on this matter one bases one's arguments too strongly on a sharp contrast between the living person and the lifeless corpse. Recent medical developments have shown that there is an indeterminate area between these extremes : when a person can be considered dead through the cessation of brain activity as a human being, but when he is not a corpse either, as the purely vegetative activities of the other organs continue. Death as a human phenomenon should be increasingly distinct from death of the human organs as a physiological process. Private law must take into account the particular features of the no longer human existence, while the body still does not die.

My body is not like a thing, a legal object, subject to my will. Subject and object cannot here be contrasted with each other. The rights of the human being over his own body and his vital, intimate parts is a personal right lying outside the patrimonial sphere. In reality hair and nails are not such intimate parts as blood, kidneys, cornea etc. The most personal rights only apply to those parts of the body which belong to its essential inner core. It is possible to agree about the ownership of hair and nails : but not about blood. On the other hand artificial organs or limbs put on or in the body become actual parts of it, and therefore fall into the personal legal category. Sale or transfer of a transplanted pace-maker or silver joint, yes, even the pawning of an artificial leg seems unpermissible as immoral. Such actions would deprive people of their physical liberty — the human expression *par excellence* — and is not this the basis of the right to personal integrity?

This right covers—until beyond the frontiers of death as a human being—the vital, intimate organs which continue a vegetative existence. In principle the living person has the right to decide what shall happen to these organs : his relations and the community must respect his decision in civil law.

As the attachment of the dead organs to the dead body disappears, so the intimate personal right becomes dimmer and gradually is replaced by the ordinary patrimonial considerations. It is not therefore surprising that there has already been a great deal of argument about the legal position of a corpse. The easy

agreement with which the living body and the organs which are part of it was considered outside patrimonial considerations does not occur about a corpse. Our law is as yet unaccustomed to making a distinction between dying as a human being and becoming a corpse. Our laws on the Disposal of Corpses do not accord with the present day problems of transplantation of living organs from a person already dead : who according to the terms of these laws, but not yet in fact, has become a *corpse*.

An independent personal law to guard personal integrity should be characterised by the following specific rules :

1. The right to life and integrity of the human body in relation to the outer world must be guarded absolutely : *une sécurité inconditionnelle*.
2. My disposal of my own body and its parts is based on my personal rights and therefore liable to limits. Thus far it is not correct to speak of a non-patrimonial *absolute* right. I am obliged to respect my own body. I cannot accept maiming to my own body which would entail irreparable damage. In some circumstances after careful assessment maiming of the vegetative life, by, for example, the removal of a kidney, can be justified by the greater importance of keeping alive someone close to me.
3. My decision about what should happen to my organs should always be respected by the outside world. In this respect it is accurate to speak of a non-patrimonial absolute right. A special legal regime must organise the donation of organs for transplants. In the donation of a kidney, while still alive it is important that the freedom of making such a donation is legally safe-guarded and that in such cases the person involved should make the decision. The usual rules for the representation of for instance minors or wards, would only be valid to a very limited degree, if at all. Until the actual moment of the transplant such agreement must be revocable. Payment of costs, for example involved in convalescence, and even—within sharply defined limits—a payment for damages for pain suffered—are certainly acceptable.
4. In the case of the transplantation of vegetative still living organs from a person whose brain activity has ceased, legality in relation to the donor is accepted if the donor has not clearly signified refusal : the so-called non-objection system; no explicit agreement by the donor during his lifetime is demanded. The personal right of the dead is so strong that his explicit refusal or agreement must be respected, even when his nearest relations are unanimously either for or against the transplantation. Whether the relations, if the dead person has made no explicit declaration can—not as heirs in the patrimonial sense but as blood relations—refuse such a transplantation, is quite another question. It is difficult to find good legal grounds for such a refusal. If the dead person has not said anything explicit, the author would prefer only to find transplantations illegal if the nearest relations, like father, mother, children or brothers or sisters unanimously and expressly oppose them. Transplantation must never happen clandestinely and without the knowledge of these relatives.
5. The disposal of an organ can never be done by contract concerning some possession, neither in the beginning, at the moment of being given up by the donor nor during its journey to the receiver : a journey which, like with blood, may be made *via* organ banks. Non-profit making organisations or the government itself should organise these banks.

6. A regime such as the one outlined above, ought to be set out in a law about transplantation in which the necessary attention must be paid to the legal position of the receiver. The latter, if he is in a condition to do so, should agree with the operation, after the doctors have explained to him the need, risks and chances of success of such an operation. The method must have been already tried. The operation must have a chance of success. The transplantation may not involve the receiver in any debt to the donor or his family.

As well as the introduction of laws about transplantation, more exact rule must be made up about the establishment of the moment of death. Not only with an eye on the problems of transplantation, but also on the application of many articles of the criminal code and on various points of civil law : the law of inheritance, marriage contracts, and life insurance. The establishment of the moment of death must be made by doctors who must carry out certain tests, and certain lines followed before they can come to their decision. In the case of patients in course of reanimation death must be fixed by several doctors who have nothing to do with an eventual transplantation.