BV. — 1 — L. 15.257/2.

13-12-1983
Transmis à M. Coordinateur
Toegezonden aan de H.

ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Secrétaire d'Etat à la Santé publique, le 4 janvier 1983, d'une demande d'avis sur un projet de loi "sur le prélèvement et la transplantation d'organes et de tissus", et en ayant délibéré dans ses séances des 21 février, 28 février, 14 mars, 21 mars, 18 avril, 16 mai et 20 juin 1983, a donné le 20 juin 1983 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling we geving, tweede kamer, de 4e januari 1983 door de Staatssecretaris voor Volksgezondheid verzocht hem van ad vies te dienen over een ontwerp van wet "betreffende het wegnemen en tr planteren van organen en weefsels", heeft zich daarover beraden ter ver gadering van 21 februari, 28 februar 14 maart, 21 maart, 18 april, 16 mei 20 juni 1983,en heeft op 20 juni 1983 het volgend advies gegeven :

OBSERVATIONS PREALABLES.

I. Comme l'exposé des motifs du présent projet de loi le souligne, celui-ci reprend dans une très large mesure le projet de loi qui a été déposé le 27 février 1981 (doc. parl. Ch., sess. 1980-1981, n° 774 (1). Le présent projet contient toutefois des dispositions nouvelles,dont l'introduction est relevée dans l'exposé des motifs.

II. Dans l'établissement du présent projet, le Gouvernement s'est rallié, sur certains points, aux observations émises par le Conseil d'Etat sur l'avant-projet devenu le projet de loi n° 774 (2). Au contraire, sur d'autres points, le

.../...

---

(1) Lequel, par souci de simplification, sera ici dénommé "le projet n° 774".

(2) Avis du Conseil d'Etat L. 13.418/2 du 17 décembre 1979, reproduit dans le document parlementaire indiqué, pages 11-21.

Gouvernement n'a pas donné de suite aux observations du Conseil d'Etat et, dans plusieurs cas, sans fournir d'explication à ce sujet. C'est pourquoi, à propos de plusieurs des dispositions du projet, le Conseil d'Etat rappellera, parfois en les développant, les observations qu'il a faites dans son avis précédent.

La matière du prélèvement et de la transplantation d'organes et de tissus présente une importance considérable, qui croît constamment par l'effet des progrès de la médecine et de la chirurgie. Par ailleurs, cette matière est extrêmement délicate car elle met fréquemment en cause des intérêts fondamentaux opposés. Elle ne cesse de donner lieu à des publications nouvelles (1). Le Conseil d'Etat a dès lors estimé utile d'entreprendre un examen complémentaire de plusieurs dispositions essentielles déjà contenues dans le projet n° 774 et reprises dans le présent projet.

III. Comme le projet n° 774, le présent projet rend applicable au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus, la loi du 7 février 1961 relative aux substances thérapeutiques d'origine humaine. Tel qu'il est conçu dans ces projets, le recours partiel au procédé de la législation par référence soulève de grandes difficultés.

.../...

---

(1) Voir par exemple, Mme M.-Th. MEULDERS-KLEIN, avec la collaboration de M. B. MAINGAIN, "Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé", dans "Licéité en droit positif et références légales aux valeurs", Actes des Xème Journées d'études juridiques Jean DABIN, pages 215-288, spécialement n°s 28-34, pages 237-243, Bruxelles, Bruylant, 1982.
Voir également : X. DIJON, "Le sujet de droit et son corps", notamment n° 24, n°s 555-556, n°s 957-959, et n° 986. Société d'études morales sociales et juridiques, Namur; Larcier, Bruxelles, 1982.

L'article ler de l'avant-projet de loi soumis le 2 août 1979 au Conseil d'Etat portait que "Sans préjudice des dispositions de la loi du 7 février 1961 relative aux substances thérapeutiques d'origine humaine, les dispositions de la présente loi sont applicables au prélèvement et à la transplantation d'organes et de tissus du corps humain en vue d'un traitement médical".

Dans son avis, le Conseil d'Etat a relevé qu'il y avait un recoupement partiel du champ d'application de la loi du 7 février 1961 et de la loi en projet : dans certains cas, il serait malaisé, voire impossible, de déterminer laquel des deux lois serait d'application. L'insécurité juridique qui en résulterait serait d'autant plus regrettable que les peines prévues par l'article 16 du projet étaient plus sévères que celles qu'établit l'article 9 de la loi du 7 février 1961. Le Conseil d'Etat concluait qu'il serait hautement recommandable de "rassemble(r)en un seul instrument toutes les règles législatives relatives aux prélèvements, greffes et transplantations d'organes,de tissus et substances d'origine humaine" (1).

Dans le projet de loi n° 774 et dans le présent projet, le Gouvernement a maintenu le système qui consiste à soumettre le prélèvement et la transplantation d'organes et de tissus à deux lois distinctes : la loi en projet et la loi du 7 février 1961.

L'exposé des motifs du présent projet reprend des considérations qui tendent à justifier le système choisi par le Gouvernement. Il souligne que, par rapport à la loi du 7 février 1961, applicable à toutes les substances thérapeutiques

.../...

---

(1) Avis sur l'avant-projet devenu le projet de loi n° 774, Observation générale III (Doc. parl. Ch.,sess. 1980-1981, n° 774/1, p. 12).

d'origine humaine, le présent projet "vise, dans (le) domaine limité (des tissus et des organes), des objectifs qui n'étaient pas prévus par la loi de 1961, notamment poser des conditions et fixer des limites aux prélèvements et transplantations vu les risques que cela peut présenter et eu égard aux droits de la personnalité du donneur" (Commentaire de l'article 1er).

La pertinence des considérations ainsi faites dans l'exposé des motifs n'empêche pas que le recoupement partiel du champ d'application du projet et du champ d'application de la loi du 7 février 1961 crée un régime juridique manquant de cohérence, qui va nécessairement engendrer une grande insécurité. Sur certains points, il sera malaisé de discerner si les dispositions de la loi en projet écartent celles de la loi du 7 février 1961 ou si, au contraire, elles se combinent avec celles-ci, et, dans cette dernière hypothèse, de déterminer de quelle manière.

Par exemple, de telles difficultés sont soulevées par l'article 3 du présent projet (1), qui s'inspire du même principe que l'article 6 de la loi du 7 février 1961 mais qui n'établit pas des règles identiques (2).

.../...

---

(1) Lequel article 3 est rédigé comme suit :

"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".

(2) Lequel article 6 est rédigé comme suit :

"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".

De telles difficultés sont, par exemple, encore soulevées par l'article 13 du présent projet. Pour "le contrôle de l'exécution de la ... loi (en projet)", cet article se borne à renvoyer purement et simplement à l'article 7 de la loi du 7 février 1961. Or, la loi en projet contient des dispositions propres (1), qui, en vertu de la nature même des choses, exigent que, pour leur exécution et le contrôle de celle-ci, des adaptations soient apportées à la réglementation prise sur base de la loi du 7 février 1961.

Les difficultés indiquées sont d'autant plus graves que les peines prévues par l'article 14 du projet sont plus sévères que les peines établies par l'article 9 de la loi du 7 février 1961.

En conclusion, le Conseil d'Etat ne peut que réitérer la recommandation qu'il a faite dans son avis du 17 décembre 1979, de rassembler en une seule et même loi toutes les dispositions relatives aux prélèvements, greffes et transplantations d'organes, de tissus et de substances d'origine humaine (2).

.../...

---

(1) Voir toutes les dispositions de la loi en projet qui, en beaucoup de domaines, soumettent à des conditions particulières plus strictes, le prélèvement et la transplantation d'organes et de tissus.

Il y a lieu de comparer l'article 2 du projet avec l'article 3 de la loi du 7 février 1961.

Il y a lieu de prendre également en considération les diverses règles énoncées aux articles 4 à 11 du présent projet.

(2) Doc. parl. Ch., sess. 1980-1981, n° 774/1, page 12.

L'ECONOMIE DU PROJET.

L'économie du projet peut être résumée de la manière suivante :

1) Toute transplantation d'organes ou de tissus, et, sauf le cas d'urgence, tout prélèvement doivent avoir lieu dans un hôpital (article 2),

2) La cession d'organes ou de tissus ne peut poursuivre aucun but lucratif (article 3).

3) Le consentement du donneur doit être libre et éclairé. A cet effet, il doit être constaté par écrit et sous contrôle médical (article 6). Le projet déclare incapables de consentir à un prélèvement d'organes ou de tissus, les mineurs de moins de dix-huit ans ainsi que d'autres catégories de personnes incapables selon le droit commun (article 4). En revanche, les mineurs de moins de dix-huit ans sont autorisés à permettre un prélèvement d'organe ou de tissu au profit d'un frère ou d'une soeur (article 7).

S'il porte sur des organes ou des tissus qui ne se régénèrent pas ou si l'opération peut avoir des conséquences graves pour le donneur, le prélèvement n'est autorisé que si la vie du receveur est en danger et s'il n'existe aucune autre possibilité d'aider aussi efficacement le receveur (article 5) (1) Dans ce cas, le consentement de l'époux - ou des personnes qui exercent le droit de garde, si le donneur est mineur non émancipé -, est également requis (article 5).

4) Si le prélèvement a lieu après le décès, il s'opère normalement sur la seule constatation faite par un collège de trois médecins que le donneur est bien décédé (article 8, § 1er, et article 9).

.../...

(1) Voir plus loin l'observation 1° relative à l'alinéa 1er de cet article 5.

Aucun prélèvement n'est toutefois admissible, s'il est manifeste que le donneur s'y est opposé de son vivant (article 8). Si le donneur était âgé de moins de dix-huit a ou n'était pas en mesure de faire connaître sa volonté, cette opposition peut être exprimée par ses proches vivant en commun avec lui, pour autant qu'elle s'exprime avant le décès (article 8, § 2).

OBSERVATIONS GENERALES.

D'après l'exposé des motifs, le projet est une "concrétisation", sur le plan interne, de la Résolution (78) 29 adopt par le Comité des Ministres du Conseil d'Europe le 11 mai 1978 Pour l'information du Gouvernement et des Chambres législatives le Conseil d'Etat croit utile, dans une matière aussi nouvelle, de faire la comparaison entre le projet actuellement à l'examen, d'une part, et la Résolution européenne et diverses législations récentes,d'autre part.

a) Aux termes de l'article ler de la Résolution européenne, les règles qu'elle énonce 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 à des fins de recherches" (article 1.1). "Le transfert d'embryon, le prélèvement et la transplantation de testicules et ovaires,et l'utilisation des ovules et du sperme ne sont pas visés ..." (article 1.2).

.../...

---

(1) La dénomination exacte de cette Résolution est la suivante :

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

Le projet de loi ne concerne que la transplantation d'organes et tissus à des fins thérapeutiques, sans imposer de limitation aux organes et tissus pouvant être l'objet d'un transfert. Son objet est ainsi à la fois plus restreint et plus large que celui de la Résolution.

L'étude du droit comparé révèle que si la plupart des lois s'appliquent exclusivement aux prélèvements opérés en vue d'une transplantation, certaines d'entre elles concernent également les prélèvements et autopsies en vue de la recherche scientifique (1). En revanche, toutes les législations n'autorisent pas indistinctement le prélèvement de n'importe quel organe. Ainsi, la loi italienne du 2 décembre 1975 exclut expressément les prélèvements d'ovaires et de gonades, ainsi que du cerveau.

b) La Résolution européenne porte, pour les "prélèvements greffes et transplantations de substances sur les personnes vivantes", que s'il s'agit de "substances non susceptibles de régénération", toutes ces interventions doivent avoir lieu dans des établissements ... qui possèdent les équipements et le personnel appropriés (article 8.2).

La même Résolution porte, pour les "prélèvements, greffes et transplantations de substances provenant de personnes décédées", que "les greffes et transplantations doivent être effectuées dans des établissements ... qui possèdent les équipements et le personnel appropriés".

.../...

---

(1) MEULDERS-KLEIN, M.-Th. avec la collaboration de MAINGAIN B., "Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé". Rapport cité, n° 30, pages 238-240 et note 97

On trouve des règles ayant un objet semblable, par exemple, à l'article 5 de la loi norvégienne n° 6 du 9 février 1973 (1) et à l'article 2 de l'ordonnance de la République démocratique allemande du 4 juillet 1975 sur l'exécution des transplantations d'organes (2).

Ni la Résolution européenne, ni les législations étrangères citées ne prévoient d'exception pour le "cas d'urgence", exception admise expressément par le texte de l'article 2 et le commentaire que l'exposé des motifs fait de cet article. Il y a lieu que, du moins dans l'exposé des motifs, la portée de l'exception soit précisée.

c) La Résolution européenne affirme le caractère gratuit de la cession, mais elle prévoit aussi que "le remboursement des pertes de revenu ou de frais causés par le prélèvement ou les examens préalables est admis" (article 9). En outre, "le donneur ou le donneur potentiel, indépendamment de la mise en je d'une responsabilité médicale éventuelle, doit obtenir une indemnisation en cas de dommage subi à la suite du prélèvement ou des examens préalables ... grâce au système de sécurité sociale ou à un autre système d'assurance" (article 9). Cette règle est beaucoup plus précise que celle de l'article 3 du projet qui sera commenté lors de l'examen de cet article.

d) La Résolution européenne évoque expressément le problème du consentement du donneur. Elle dispose que ce consentement doit être libre (article 3). Les incapables juridiques ne peuvent être donneurs qu'exceptionnellement, et dans les conditions prévues à l'article 6 de la Résolution.

La Résolution européenne n'examine pas le problème de la révocabilité du consentement du donneur. Cette question est cependant étudiée dans différentes législations des Etats-Unis. Elle est expressément visée à l'article 7 de l'ordonnance de la

.../...

---

(1) Rec. int. lég. san. 1974, p. 404 et sv.
(2) Rec. int. lég. san. 1977, p. 701.

République démocratique allemande du 4 juillet 1975 sur l'exécution des transplantations d'organes (1). Le décret français n° 78-501 du 31 mars 1978 la tranche également (2). On peut se demander si le projet ne devrait pas régler expressément cette question.

f) La Résolution européenne limite le prélèvement des substances non susceptibles de régénération "aux transplantations entre personnes génétiquement apparentées, sauf en cas exceptionnel lorsqu'il existe des chances sérieuses de réussite" (article 4). Le prélèvement des substances, qui présente un risque "prévisible grave pour la vie ou la santé du donneur ne pourra être exceptionnellement admis que lorsqu'il sera justifié par la motivation du donneur, les relations familiales qui le lient au receveur et les exigences médicales du cas d'espèce" (article 5). La Résolution prévoit cependant que tout Etat membre est autorisé à interdire pareil prélèvement (article 5).

Les législateurs nationaux se sont penchés sur ce problème qui n'est pas résolu de manière uniforme. Tandis que l'ordonnance de la République démocratique allemande du 4 juillet 1975 dispose qu'il ne peut résulter du prélèvement "aucun préjudice pour (la) santé (du donneur)" (article 6), la loi grecque exige que la transplantation ne présente pas pour la vie ou la santé du donneur "un risque manifestement plus grave" que celui de l'intervention elle-même (loi 821 du 13 octobre 1978, article 5). De son côté, la loi norvégienne requiert que l'intervention ne présente "aucun danger imminent pour la vie ou la santé du donneur" (loi n° 6 du 9 février 1973, article 1er).

.../...

---

(1) "Le donneur peut reprendre son consentement à tout moment et même immédiatement avant le prélèvement d'un organe, sans donner de motif".

(2) "Dans tous les cas, le consentement du donneur peut être reti sans formalité" (article 2, alinéa final). Journal Officiel du 4 avril 1978.

On enseigne généralement que si le prélèvement constitue l'ultime recours propre à sauver la vie ou à améliorer substantiellement la santé du receveur, il faut en outre que le risque couru par le donneur soit limité ou nul (1). Il doit y avoir un équilibre entre le bienfait escompté et le risque encouru (2).

Par contre, le projet belge envisage expressément l'hypothèse où le prélèvement pourra avoir "des conséquences graves pour le donneur". Il autorise le prélèvement dans ce cas, de même que dans celui où les organes et tissus dont la transplantation est envisagée, ne se régénèrent pas (article 5). Les seules conditions qu'il prévoit sont que la vie du receveur soit en danger et que le transfert d'organes ou de tissus ne puisse se faire "de manière aussi valable" par la transplantation d'organes ou de tissus provenant d'une personne décédée.

f) En ce qui concerne le donneur décédé, le projet formule le droit de prélèvement (article 8), sous réserve d'une éventuelle opposition, dont il détermine le mode d'expression. L'article 10 de la Résolution européenne dispose qu' "aucun prélèvement ne doit être effectué lorsqu'il y a une opposition manifeste ou présumée du défunt, compte tenu notamment de ses convictions religieuses ou philosophiques" (article 10.1). "A défaut d'une volonté du défunt manifestée explicitement ou implicitement, le prélèvement peut être effectué" (article 10.2).

D'après l'exposé des motifs, le projet de loi belge vise à réaliser un "équilibre justifié entre la réalisation de deux objectifs importants : d'une part, sauvegarder le respect des droits de la personnalité sur le corps, avant et après la mort, grâce à une législation explicite et précise, et,

.../...

---

(1) M.-Th. MEULDERS-KLEIN, rapport cité, n° 30, pages 238-240, note 93 et les références citées.

(2) R. NERSON, "L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil", Rev. tr. dr. civ. 1970, p. 676; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, rapport cité, n° 32, pp. 241-242.

d'autre part, le développement efficace d'un aspect social indispensable des soins de santé".

Aux Etats-Unis, et d'une manière plus générale, dans les pays de"Common law",la cession est conçue comme le produit d'un don ou d'un legs du donneur (1). La tendance actuelle des pays européens s'oriente vers le droit au prélèvement. Ce droit est notamment consacré par la loi française du 22 juin 1976 (J.O. 23 décembre 1976), complétée par le décret d'application du 31 mars 1978 (2).

Le projet belge s'inscrit dans ce mouvement.

OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Articles ler à 3.

Il y a lieu de faire précéder les articles ler à 3 de la mention "Chapitre Ier. Dispositions générales", mention qui figure dans l'exposé des motifs mais qui a été omise par inadvertance dans le corps du texte.

Article ler.

I. L'alinéa 2 dispose comme suit :

"Sur avis du Conseil supérieur d'hygiène, le Roi peut étendre l'application de la présente loi au prélèvement, après le décès, d'organes ou de tissus désignés par Lui,en vue de la préparation de moyens thérapeutiques qui sont indispensables à la thérapeutique de maladies graves ou de déficiences".

.../...

---

(1) MEULDERS-KLEIN, rapport déjà cité, pages 238-240, n° 30, note 96.

(2) Cette loi a toutefois été critiquée (GRENOUILLEAU, Commentaire de la loi n° 76-1181 du 26 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, D 1977, chronique XXIX,pp. 217 et suivantes).

Ayant un objet nettement distinct de celui de l'alinéa 1er, la disposition contenue dans l'alinéa 2 serait mieux à sa place dans un article séparé, qui pourrait être l'article 2 du projet.

Le membre de phrase final serait mieux rédigé comme suit : "... d'organes ou de tissus qu'Il désigne, en vue de la préparation de moyens thérapeutiques indispensables au traitement de maladies ou de déficiences graves".

II. Selon les explications fournies au Conseil d'Etat, les prélèvements d'organes ou de tissus effectués à des fins autres que des fins thérapeutiques continueront à être régis par le droit commun.

Article 2 (devenant l'article 3).

Dans son avis préalable au projet n° 774, le Conseil d'Etat avait proposé, compte tenu de l'exposé des motifs, de rédiger comme suit l'article auquel correspond l'article 2 du présent projet (1).

> "Toute transplantation d'organes et de tissus et, sauf cas d'urgence, tous prélèvements doivent être effectués dans un hôpital soumis à la loi du 23 décembre 1963 sur les hôpitaux" (2).

Cependant, selon les explications fournies au Conseil d'Etat par le délégué du Ministre, la référence à la loi du 23 décembre 1963 a été supprimée en raison de la volonté du Gouvernement d'étendre le champ d'application du projet aux hôpitaux militaires. L'inconvénient du texte en projet est

.../...

---

(1) Article 3 de l'avant-projet - article 2 du projet n° 774.
(2) Doc. parl. Ch., sess. 1980-1981, n° 774/1, page 13.

de supprimer le moyen de déterminer de manière précise en quel sens il faut entendre le terme "hôpital" pour l'application de la loi en projet. Mieux vaudrait donc reprendre la rédaction proposée par le Conseil d'Etat dans l'avis précédent, en ajoutant les mots "ou dans un hôpital militaire".

Article 3 (devenant l'article 4).

L'article est rédigé comme suit :

"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".

L'exposé des motifs commente de la manière suivante l'habilitation donnée au Roi par l'article 3, alinéa 2 :

"En fait, des interventions de l'assurance maladie sont prévues dans les frais occasionnés par les soins prodigués a donneur lorsque ce dernier est couvert par un régime de sécu rité sociale.

Le Roi peut prendre des mesures complémentaires dans l cas où ce système se révèlerait insuffisant en pratique".

.../...

1. D'après les précisions fournies au Conseil d'Etat, les soins de santé prodigués au donneur et au reveceur d'organes sont actuellement pris en charge par les organismes de l'assurance maladie-invalidité sans autres conditions que la matérialité de l'intervention et l'exécution de celle-ci par des prestataires répondant aux critères de compétence et de qualification visés à la nomenclature établie par le Roi en vertu de l'article 24 de la loi du 9 août 1963.

Pour prévenir les difficultés pouvant naître du fait que le donneur d'organes ne serait pas bénéficiaire de l'assurance soins de santé, l'arrêté royal du 27 décembre 1979, modifiant l'arrêté royal du 16 novembre 1973 établissant la nomenclature des prestations de santé en matière d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité, dispose, en matière de greffe du rein, que les frais de prélèvement chez le donneur sont à charge de l'organisme assureur du receveur. Il en va de même pour les actes techniques effectués à l'occasion de ce prélèvement, et pour les frais d'hospitalisation inhérents à l'intervention.

Ces dispositions ont été reproduites par l'arrêté royal du 20 octobre 1982. Elles ont été appliquées par analogie à quelques rares cas de greffe du coeur ou de greffe du foie.

Les indemnités d'incapacité de travail sont également couvertes étant donné que l'article 56, § 1er, alinéa 4, de la loi du 9 août 1963, modifié par la loi du 27 juin 1969, dispose que lorsque le travailleur est hospitalisé dans un établissement hospitalier agréé par le Ministre de la Santé publique ou dans un hôpital militaire, il est censé atteindre le degré d'incapacité de travail requis pour bénéficier de l'indemnité.

.../...

Quant à l'indemnité à charge de l'employeur pendant la première période d'incapacité de sept jours s'il s'agit d'un ouvrier, ou la première période d'incapacité de trente jours s'il s'agit d'un employé, l'organisme accepte actuellement de la verser, en se réservant d'exercer son recours contre ledit employeur en raison de la subrogation légale instituée par l'article 57, § 2, alinéa 2, de la loi.

Les informations fournies au Conseil d'Etat n'indiquent pas sur quelles bases l'indemnisation pourrait être poursuivie pour la période postérieure à celle de l'hospitalisation.

2. La pratique actuellement suivie doit être examinée à la lumière de la législation en vigueur. Il est exact que l'article 24 de la loi du 9 août 1963, modifié par l'article 11 de la loi du 24 décembre 1963, confie au Roi le soin d'établir la nomenclature des prestations de santé mais l'exercice de cette habilitation ne peut évidemment avoir lieu que dans le respect des règles énoncées par la loi.

Comme le Conseil d'Etat l'a observé dans son avis précédent, "la seule référence implicite à l'indemnisation prévue par le régime d'assurance maladie-invalidité ne suffit 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" (1).

Si louable que soit, au point de vue social, la pratique actuellement suivie par les organismes de l'assurance maladie-invalidité, sa légalité est susceptible d'être contestée. En effet, on peut mettre en doute que l'atteinte à sa santé que subit le donneur par l'effet du prélèvement d'un organe ou d'un tissu constitue une "maladie", même au sens de la loi du 9 août 1963. Par ailleurs, on peut mettre en doute

.../...

---

(1) Doc. parl. Ch., sess. 1980-1981, n° 774/1, page 14.

que cette dernière loi vise des incapacités de travail ne résultant pas d'une maladie ou d'un accident. S'il serait certainement excessif de considérer comme une faute grave visée par l'article 70, § 3, b, de la loi du 9 août 1963, le don d'un organe ou d'un tissu, il s'agit là d'un acte volontaire; il paraît dès lors illogique et inéquitable d'admettre l'application des articles 52 et 70 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et de faire supporter par l'employeur, même pour une période limitée, les conséquences d'une incapacité à laquelle le travailleur s'est volontairement exposé (1).

En conclusion, pour assurer la sécurité juridique, il y a lieu que le présent projet soit complété par une disposition rendant expressément applicable au donneur d'un organe ou d'un tissu,le régime de prestations de l'assurance maladie-invalidité.

Par ailleurs, il y a lieu de maintenir l'habilitation conférée au Roi par l'article 3, alinéa 2, du projet, en vue de lui donner le pouvoir d'instituer et d'organiser un régime complémentaire d'indemnisation. Compte tenu de la disposition qu'il est proposé d'ajouter, la disposition contenue dans l'article 3, alinéa 2, devrait être amendée de manière à préciser dans quelles limites (et selon quels principes fondamentaux), le Roi peut instituer ce régime complémentaire d'indemnisation.

+

.../...

---

(1) Avis précédent du Conseil d'Etat, loc. cit.

Pour ce qui est de la présentation de l'article, il serait plus clair de le diviser en deux paragraphes : le premier énonçant que les donneurs d'organes ou de tissus ne peuvent poursuivre aucun but lucratif; le second contenant les dispositions relatives à l'indemnisation du donneur.

Comme le Conseil d'Etat l'a observé dans son avis précédent, le texte même de la loi doit faire clairement apparaître que l'interdiction de la poursuite d'un but lucratif s'impose "à tous les stades de la cession".

La rédaction suivante est dès lors proposée pour le paragraphe ler de l'article 3(devenant l'article 4) :

"§ ler. Les cessions d'organes et de tissus ne peuvent être consenties dans un but lucratif, quelles que soient les parties entre lesquelles elles s'opèrent".

.../...

Article 4 (devenant l'article 5).

L'article est rédigé comme suit :

"Sans préjudice des dispositions de l'article 7, le prélèvement sur des personnes vivantes ne peut être effectué que sur une personne qui a atteint l'âge de 18 ans et qui y a consenti expressément, au préalable, et librement.

Il ne peut être effectué sur des personnes déclarées incapables judiciairement ou placées sous un statut de minorité prolongée".

A. A l'analyse, il apparaît que l'article établit plusieurs règles distinctes.

Il ressort de l'économie de l'article et de l'exposé des motifs que la règle qui a le caractère le plus fondamental est celle qui, dans le texte du projet, est simplement énoncée dans la proposition relative figurant à la fin de l'alinéa 1er. Le principe posé par ce texte est celui-ci : le prélèvement ne peut être opéré sur une personne vivante que si celle-ci y a donné un consentement libre et conscient. Selon l'exposé des motifs "les malades mentaux et les handicapés (mentaux) (1)

---

(1) Le terme "mentaux" a été omis par inadvertance dans le texte français : en effet, le texte néerlandais emploie l'expression "mentaal gehandicapten".

sont exclus par définition" : cette solution est imposée implicitement par l'alinéa ler plutôt que par l'alinéa 2. La référence très limitée aux incapacités faite par cet alinéa 2 ne vaut qu'à titre d'indication d'une présomption de vice de consentement.

L'article établit une seconde règle en fixant l'âge à partir duquel une personne peut consentir à un prélèvement, à savoir l'âge de dix-huit ans.

Enfin, complétant les deux premières règles, l'article contient une troisième règle déterminant les catégories de personnes inaptes à donner leur consentement.

L'article 4 serait plus clairement rédigé s'il était divisé en trois paragraphes énonçant respectivement, dans l'ordre indiqué ci-dessus, les trois règles qu'il comprend.

B. L'article distingue nettement l'état de minorité des autres incapacités.

Ecartant toute référence au régime de droit commun de la majorité civile, l'article fixe directement à l'âge qu'il indique, la capacité spéciale requise pour consentir à un prélèvement. La disposition en projet paraît bien avoir pour effet d'écarter, en la matière, l'application de toute loi étrangère, qu'il s'agisse,par exemple, d'une loi fixant à un âge différent la capacité spéciale visée ou d'une loi permettant qu'un mineur puisse faire l'objet d'un prélèvement avec le seul consentement des personnes qui exercent sur lui l'autorité parentale.

Si,dans la volonté du Gouvernement, le champ d'application de la disposition est bien celui qui vient d'être indiqué, il y a lieu que cette volonté soit exprimée dans le texte de l'article ou, à tout le moins, dans l'exposé des motifs.

.../...

On observera qu'une disposition fixant l'âge minimum à partir duquel une personne peut consentir à un prélèvement énonce une règle qui protège un droit individuel fondamental, dont l'autorité publique belge a l'obligation d'assurer la protection non seulement au bénéfice des nationaux mais aussi au bénéfice des étrangers. Une telle règle est dissociable des "lois concernant l'état et la capacité des personnes" visées pa l'article 3, alinéa 3, du Code civil et régies dès lors par le droit national des intéressés.

Selon l'interprétation qui paraît devoir lui être donnée, la disposition en projet est à considérer, sur le plan du droit international privé, comme une "règle d'application immédiate", c'est-à-dire une règle qui détermine elle-même son champ d'application (1).

C. En ce qui concerne les incapacités autres que celle qui découle de la minorité, l'article 4, alinéa 2, appelle les observations suivantes :

I. Le texte dudit article 4, alinéa 2, est entaché d'un manque de cohérence et il y a une discordance entre le texte et l'exposé des motifs.

Selon l'article 4, alinéa 2 :

> "Il (le prélèvement) ne peut être effectué sur des personnes déclarées incapables judiciairement ou placées sous statut de minorité prolongée".

.../...

---

(1) F. RIGAUX, Droit international privé. Tome I. Théorie générale, n°s 298-302, Bruxelles, Larcier, 1977.

L'exposé des motifs commente comme suit la disposition :

> "Un autre problème concerne ceux qui sont incapables en raison de leur état mental. L'option choisie est celle du respect des droits de la personnalité dont on pourrait difficilement concevoir qu'ils puissent être exercés par un autre (que le titulaire) à la place (de celui-ci); il en résulte une défense absolue d'effectuer un prélèvement sur tous ceux qui sont totalement incapables.
>
> On a procédé par énumération : l'interdiction vaut pour des personnes déclarées incapables judiciairement et les mineurs placés sous statut de minorité prolongée.
>
> Le consentement préalable et libre du donneur est requis; le libre consentement suppose que le donneur soit conscient de la portée de sa décision. Les malades mentaux et les handicapés (mentaux) sont exclus par définition".

Dans le texte, il n'est pas logique de présenter comme deux catégories distinctes les "personnes déclarées incapables judiciairement" et celles qui "sont placées sous statut de minorité prolongée" puisque la mise sous ce statut est prononcée par le tribunal de première instance (Code civil, articles 487bis et suivants).

Par ailleurs alors que le texte vise exclusivement des personnes déclarées incapables judiciairement, l'exposé des motifs exclut de manière plus large "les malades mentaux et les handicapés (mentaux)". Dès lors, selon l'exposé des motifs, même s'il n'est pas interdit, l'aliéné ne pourra consentir à un prélèvement d'organe ou de tissus . Cette règle découle sans doute du principe énoncé à la fin de l'alinéa 1er, selon lequel un consentement libre et conscient du donneur est requis ; elle n'exige pas l'établissement d'une incapacité. Il

.../...

n'empêche que la rédaction de l'article et celle de l'exposé des motifs devraient être amendées pour éliminer toute contradiction et éviter des difficultés d'interprétation.

II. Le champ d'application de l'article 4, alinéa 2, devrait être précisé davantage.

1° En ce qui concerne les Belges :

Le texte exclut certainement de l'aptitude à consentir à un prélèvement d'organe ou de tissu, en plus des personnes placées sous le statut de minorité prolongée, les interdits, qui sont frappés d'une incapacité générale et qui le sont par l'effet d'une décision judiciaire (Code judiciaire, article 569 1°; articles 1238 à 1253).

L'exposé des motifs semble refuser la capacité de consentir un prélèvement aux aliénés qui font l'objet d'une mesure de collocation ou de séquestration (Lois des 18 juin 1850 et 28 décembre 1873 sur le régime des aliénés) ainsi qu'aux personnes internées dans un établissement de défense sociale (Loi du 1er juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude). Mais le texte de l'article 4, alinéa 2, ne vise pas, en tout cas de manière certaine, ces catégories de personnes.

On peut se demander si le Gouvernement entend viser l'incapacité du faible d'esprit (Code judiciaire, article 1247) et celle du prodigue (Code civil, article 513). Il s'agit, en effet, d'incapacité déclarée par une décision judiciaire (1) mais qui ont

.../...

---

(1) En revanche, les interdictions prévues aux articles 22 à 24 du Code pénal, lesquelles ont d'ailleurs un caractère spécial, ne sont pas prononcées par le juge : elles constituent des conséquences qui, par le seul effet de la loi, résultent de plein droit des condamnations pénales.

un caractère spécial.

Le texte du projet doit être amendé pour traduire avec précision la volonté du Gouvernement sur ces points.

2° En ce qui concerne les étrangers :

La capacité est un élément du statut personnel; elle est explicitement visée par l'article 3, alinéa 3, du Code civil, selon lequel elle est régie par la loi nationale (1).

Toutefois, la loi belge est applicable à l'étranger domicilié en Belgique lorsque la loi nationale de celui-ci renvoie à la loi du domicile (2).

Par ailleurs, "les juridictions belges sont compétentes pour prendre à l'égard des Belges, quelle que soit leur résidence, et à l'égard des étrangers résidant en Belgique, les mesures prévues par leur statut personnel" (3).

.../...

---

(1) F. RIGAUX, op. cit. Droit international privé, Tome II, Droit positif belge, n°s 1012 et 1015, Bruxelles, Larcier, 1979; R. VANDER ELST, Répertoire pratique de droit belge, Complément, Tome II, V° Conflit de lois, n°s 18-69, Bruxelles, Larcier, 1966.

(2) F. RIGAUX, Op.cit. n° 1015 et référence citée : Civ. Bruxelles, 22 décembre 1967, Pas. 1968 , III 61.

(3) F. RIGAUX, Op. cit. n° 1015.

Enfin si, de manière générale, les décisions rendues par des juges étrangers ne produisent leurs pleins effets en Belgique que si elles y bénéficient d'une reconnaissance, laquelle est subordonnée à un jugement d'exéquatur conformément à l'article 570 du Code judiciaire (1), il n'en est pas de même des décisions ayant trait à l'état et à la capacité des personnes (2). Comme la Cour de cassation l'a précisé dans son arrêt du 29 mars 1973, "les jugements régulièrement rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état des personnes même de nationalité belge, produisent leurs effets en Belgique, indépendamment de toute déclaration d'exéquatur, sauf si l'on s'en prévaut pour des actes d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes"; la Cour ajoute que ces jugements "ne sont toutefois tenus en Belgique pour régulièrement rendus que s'ils satisfont aux conditions énoncées dans l'article 570 du Code judiciaire" et "qu'un tel jugement jouit en Belgique ... de l'autorité de chose jugée même à l'égard des tiers" (3).

Tel qu'il est rédigé, l'article 4, alinéa 2, fait exclusivement mention d'incapacités déclarées par une décision judiciaire. Comme l'observation en a été faite sous le C/I., le texte vise ainsi en termes plus étroits que ne le fait l'exposé des motifs, les incapacités prises en considération; il doit être amendé s'il n'exprime pas de manière exacte la volonté du Gouvernement.

.../...

---

(1) F. RIGAUX, op. cit., Tome II, n°s 810-815.
(2) F. RIGAUX, op. cit., n°s 816-817.
(3) Pas. 1973, I 726.

Abstraction faite de l'observation qui vient d'être formulée, la disposition appelle les observations suivantes en ce qui concerne les étrangers.

On examinera, en premier lieu, le cas des étrangers ayant fait l'objet d'une décision les déclarant incapables, rendue par une juridiction belge. S'il s'agit d'étrangers régis par la loi belge, même en matière de capacité, par l'effet du renvoi, la disposition ne donnera pas lieu à difficultés d'application pour eux - pas plus que pour les Belges - à condition qu'elle soit amendée conformément à la proposition émise ci-dessus (1), à l'effet d'indiquer de manière certaine les cas prévus par la loi belge d'incapacité judiciairement déclarée qui sont visés. S'il s'agit, en revanche, d'étrangers régis par la loi nationale, la disposition ne pourra être mise en oeuvre sans donner lieu à de nombreuses difficultés d'application que si la disposition est amendée de manière à définir avec suffisamment de précision la catégorie ou les catégories d'incapacités judiciairement déclarées qui sont visées. On trouve - simplement dans l'exposé des motifs - cette indication, de caractère très général, qu'il s'agit des incapacités provoquées par l'état mental des intéressés.

En ce qui concerne les étrangers déclarés incapables par une décision d'une juridiction étrangère, il faut relever que, tout en ayant trait à la capacité de la personne concernée, cette décision ne produit d'effet en Belgique qu'à la condition de satisfaire aux conditions énoncées à l'article 570 du Code judiciaire.

+

Compte tenu des diverses observations qui précèdent, l'article doit être revu.

---

(1) Voir les observations relatives à l'article 4 du projet présentement examiné c I et c II, 1°.

Article 5 (devenant l'article 6).

L'article est rédigé dans les termes ci-après :

"Article 5. Un prélèvement sur des personnes vivantes, pouvant avoir des conséquences graves pour le donneur ou concernant des organes ou des tissus qui ne se régénèrent pas, ne peut être effectué que lorsque la vie du receveur est en danger ou s'il n'existe aucune autre possibilité d'aider le receveur d'une manière aussi valable par la transplantation d'organes ou de tissus provenant d'une personne décédée.

De plus, de tels prélèvements ne peuvent être effectués qu'avec 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".

Alinéa 1er.

1° Il ressort clairement de l'exposé des motifs que les deux conditions exigées par l'alinéa 1er sont cumulatives et non alternatives. L'emploi de la conjonction "ou" n'est dès lors pas adéquat.

2° Il ressort de même de l'exposé des motifs que la seconde condition consiste en ce qu'il n'existe pas de possibilité de réaliser une transplantation avec les mêmes chances de succès, grâce à des organes ou des tissus provenant d'une personne décédée. L'insertion, dans le texte français, de l'adjectif "autre" est de nature à entraîner une confusion à ce sujet.

.../...

Alinéa 2.

I. Cette disposition exige, dans certains cas, en plus du consentement du donneur, celui d'une autre personne : si le donneur est marié et "vit en commun" avec son conjoint, le consentement de ce dernier est requis; si le donneur est un mineur non émancipé, le consentement des personnes qui exercent le droit de garde à l'égard de celui-ci est également requis. Ces règles qui ont un objet tout différent de celle qui est contenue à l'alinéa 1er devraient être énoncées dans un paragraphe distinct, ou même dans un article distinct.

II. La notion d'"époux vivant en commun avec le donneur" appelle les observations suivantes.

Lorsque le conjoint du donneur est un étranger, c'est seulement pour vérifier si l'intéressé a bien cette qualité de conjoint qu'il y aura lieu de se référer à la loi nationale du conjoint, et ce à la condition que cette loi nationale soit applicable aux effets personnels du mariage (1).

En revanche, compte tenu du but et de l'économie du projet, il ne paraît pas que la loi nationale des époux ou de l'un d'entre eux puisse être invoquée pour justifier une dispense du consentement du conjoint, notamment dans l'hypothèse où cette loi aurait elle-même réglé le prélèvement d'organes ou de tissus sans exiger un tel consentement. Si cette interprétation correspondait bien à l'intention du Gouvernement, il suffirait de le confirmer dans l'exposé des motifs.

.../...

- - - - - - - - - - - - -

(1) F. RIGAUX, op. cit., tome II, n° 932.

Par ailleurs, il va de soi que l'époux ne peut en droit donner son consentement que s'il est "en mesure d'exprimer valablement sa volonté". La formulation d'une telle condition est superflue et devrait être omise.

III. Lorsque le donneur est un mineur non émancipé, l'alinéa 2, seconde partie, exige en plus du consentement du donneur, celui des "personnes qui exercent à l'égard du donneur le droit de garde".

1° Il y a une discordance entre le texte du projet, qui emploie la formule "les personnes qui exercent ... le droit de garde", et l'exposé des motifs qui emploie la formule "de la personne qui exerce ...".

2° La disposition appelle des observations sur le plan du droit interne et sur le plan du droit international privé :

a) En droit interne, l'expression "garde d'un mineur" ne désigne pas une seule et même notion, mais plusieurs notions distinctes. Au surplus, même entendue dans un même sens, cette garde peut, selon les matières, être soumise à des régimes juridiques différents.

Tantôt, le droit de garde est un des attributs de l'autorité parentale.

Lorsqu'il s'agit d'enfants mineurs, dont les père et mère vivent tous deux, sont unis par le mariage et cohabitent, l'autorité sur la personne des enfants est exercée soit par le père, soit par la mère; l'autre époux a toutefois le droit de se pourvoir devant le tribunal de la jeunesse uniquement dans l'intérêt de l'enfant (Code civil, article 373, alinéa 1er).

.../...

A ce régime d'exercice alternatif de l'autorité parentale par l'un ou l'autre des époux, le législateur a apporté des exceptions en exigeant le consentement conjoint des père et mère pour des actes d'une importance toute particulière : le mariage du mineur (Code civil, article 148). l'adoption de celui-ci (Code civil, article 348); les déclarations prévues par les articles 5, 10, 18 et 19 des lois coordonnées sur l'acquisition, la perte et le recouvrement de la nationalité (article 21 de ces lois). En ce qui concerne le mariage du mineur, en cas de dissentiment entre le père et la mère, le litige est porté devant le tribunal de la jeunesse (Code civil, article 148, alinéa 2).

Lorsqu'il s'agit d'enfants mineurs, dont les père et mère vivent tous deux, sont, en droit, unis par le mariage mais sont séparés en fait, "celui des époux qui a la garde matérielle de l'enfant mineur a seul le droit d'exercer l'autorité sur la personne de l'enfant mineur" ; l'autre époux a toutefois "le droit ... de se pourvoir devant le tribunal de la jeunesse, uniquement dans l'intérêt de l'enfant" (Code civil, article 373, alinéa 2).

En cas de décès d'un des parents du mineur, le droit de garde continue à appartenir au parent survivant (1).

En cas de décès des père et mère, le droit de garde fait partie des pouvoirs du tuteur (Code civil, article 450).

Tantôt le droit de garde est une mission confiée, parfois à titre provisoire et toujours de manière révocable, à une personne ou à une institution qui ne détient pas l'autorité parentale. Il peut en être ainsi notamment :

.../...

(1) DE PAGE. Traité élémentaire de droit civil belge. Tome II n°s 33 et 37. F. RIGAUX, Les personnes. Tome I. Les relations familiales, n°s 3154 à 3156, Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 1971.

a) lorsque le président du tribunal, siègeant en référé, statue sur l'administration provisoire de la personne ... des enfants durant l'instance en divorce (Code judiciaire, article 1279); b) lorsque, dans le cas où un époux manque gravement à ses devoirs, le juge de paix ordonne des "mesures urgentes et provisoires" relatives à la personne des enfants (Code civil, article 223); c) lorsqu'en prononçant, à charge du père et de la mère, la déchéance du droit de garde et d'éducation, le tribunal de la jeunesse désigne la personne qui exercera ces droits ou confie le mineur au comité de protection de la jeunesse, lequel fera cette désignation (Loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse, article 34).

+

Il ressort de l'aperçu qui précède que les règles relatives à la garde du mineur visent des cas distincts et ont, selon les cas, des portées différentes.

Il appartient au Gouvernement de préciser ses intentions et de déterminer sans équivoque les règles applicables dans chacun des cas. Le texte devrait être amendé de manière à exprimer clairement la volonté du Gouvernement au sujet de laquelle l'exposé des motifs pourrait fournir des explications complémentaires.

En raison de la nature mêmes des choses, le consentement à un "prélèvement ... pouvant avoir des conséquences graves pour le donneur ou concernant des tissus qui ne se régénèrent pas" a une importance primordiale. La solution qui paraît le mieux en harmonie avec l'économie de notre droit civil est celle qui consiste à soumettre la validité du consentement du mineur au consentement conjoint des père et mère.

.../...

L'insertion à l'article 5, alinéa 2, d'une formule employant le pluriel : "le consentement ... des personnes qui exercent à l'égard du donneur le droit de garde ..." est susceptible d'être comprise comme une indication en ce sens (1). En tout cas, cette indication est loin d'être suffisante. Le texte de l'article doit être amendé de manière à déterminer de manière certaine le régime applicable.

On doit se demander si l'intention du Gouvernement est d'attribuer le pouvoir de donner le consentement au seul des parents ou au tiers qui a la garde du mineur lorsque cette garde ne constitue qu'une mission provisoire alors qu'il n'y a pas déchéance du père et de la mère de l'autorité parentale. Il en est ainsi de la garde du mineur confiée en vertu de l'article 223 du Code civil ou de l'article 1279 du Code judiciaire. Le Gouvernement devrait aussi préciser ses intentions sur ce point et amender le texte de manière à ce que celui-ci exprime clairement sa volonté.

b) Sur le plan du droit international privé, les solutions dépendront de celles qui seront finalement adoptées en droit interne.

Si le Gouvernement entend que le pouvoir de consentir au prélèvement soit lié à l'autorité parentale, ce sont les règles d'attribution de l'autorité parentale, telles qu'elles sont déterminées par la loi nationale du mineur, qui seront d'application.

.../...

- - - - - - - - - - - - -

(1) Bien que l'on trouve dans l'exposé des motifs, une formule employant le singulier : "... la personne qui exerce à l'égard du (donneur) mineur le droit de garde ...".

Au contraire, si le Gouvernement entend que, dans l'ordre interne, le pouvoir de consentir au prélèvement soit lié à la "garde matérielle", le même critère peut s'appliquer aux mineurs étrangers, sans que soient prises en considération les règles de leur loi nationale relatives à l'attribution et à la répartition de l'autorité parentale. En ce second cas, pour prévenir un danger d'insécurité juridique, le texte devrait viser de manière expresse les mineurs étrangers.

+

Sous réserve des observations qui précèdent, l'article 5 (devenant l'article 6) pourrait être mieux rédigé comme suit :

"Article 6.-

§ 1er. Lorsqu'un prélèvement sur des personnes vivantes peut avoir des conséquences graves pour le donneur ou lorsqu'il porte sur des organes qui ne se régénèrent pas, il ne peut être effectué que si la vie du receveur est en danger et que la transplantation d'organes ou de tissus provenant d'une personne décédée ne puisse produire un résultat aussi satisfaisant.

§ 2. Le prélèvement visé au paragraphe 1er est subordonné :

1° si le donneur est marié, au consentement de son époux vivant en commun avec lui;

2° si le donneur est un mineur non émancipé, au consentement ...

(voir l'observation III ci-dessus)".

.../...

Article 6 (devenant l'article 7).

Au point de vue de la présentation des dispositions de l'article, il est souhaitable, dans un souci de clarté, que les trois obligations du médecin fassent l'objet d'une numérotation comme dans le texte proposé par le Conseil d'Etat dans son avis précédent (1).

De l'accord du fonctionnaire délégué, il est proposé d'écrire au 1° "informer de façon claire et complète ...".

Le texte énonçant la deuxième obligation (mentionnée au 2°) correspondrait mieux aux intentions du Gouvernement telles qu'elles sont exprimées dans l'exposé des motifs s'il était rédigé comme suit :

"2° constater que le donneur a pris sa décision avec discernement et dans un but dont rien ne permet de mettre en doute le caractère altruiste".

De même le texte énonçant la troisième obligation (mentionnée au 3°) correspondrait mieux aux intentions du Gouvernement telles qu'elles sont exprimées dans l'exposé des motifs s'il était rédigé comme suit :

.../...

- - - - - - - - - - - -

(1) Doc. parl. Ch., sess. 1980-1981, n° 774/1, pp. 16-17.

"3° s'assurer que le donneur a donné son consentement par écrit et devant un témoin (1), et vérifier, le cas échéant, si les consentements requis à l'article 5 ont été donnés par écrit" (2).

Article 7 (devenant l'article 8).

L'article 7, alinéa 1er, est rédigé comme suit :

"Lorsque, en vue de la transplantation sur un frère ou une soeur, un prélèvement d'organes ou de tissus est envisagé sur une personne âgée de moins de 18 ans, qui l'accepte, outre les conditions prévues aux articles précédents, l'approbation préalable d'un collège de trois médecins est requise dans le cas visé à l'article 5".

.../...

- - - - - - - - - - - - - - -

(1) Le texte français de l'exposé des motifs s'écarte à la fois du texte néerlandais de l'exposé des motifs et des textes français et néerlandais de l'article 6 en employant le pluriel : "devant témoins".

(2) Selon le commentaire de l'article 6 fait dans l'exposé des motifs, il ne semble pas qu'il incombe au médecin lui-même de recueillir le consentement du donneur.

Cependant, si l'intention du Gouvernement était d'imposer une telle obligation au médecin, le 3° devrait être rédigé comme suit : "3° recueillir le consentement écrit du donneur en présence d'un témoin, et s'assurer que les autres consentements éventuellement requis ont été donnés par écrit".

A l'examen, il apparaît que l'article tend à établir plusieurs règles, que le texte du projet ne distingue pas clairement.

I. La première est que par dérogation à l'article 4 du projet, une personne âgée de moins de dix-huit ans peut consentir à un prélèvement lorsqu'il est effectué en vue d'une transplantation sur un frère ou une soeur.

II. La seconde est que dans le cas particulier prévu au I, le prélèvement, tout en restant soumis, sous réserve de la dérogation indiquée, aux règles générales établies en la matière, est subordonné à l'approbation préalable d'un collège de trois médecins.

Compte tenu de l'observation qui précède, la première partie de l'article 7 serait mieux rédigée, sous la forme de deux alinéas distincts, dans les termes ci-après :

"Article 8 (du texte proposé).

Par dérogation à l'article 4 (1), une personne âgée de moins de dix-huit ans peut consentir au prélèvement d'un organe ou d'un tissu en vue d'une transplantation sur un frère ou une soeur.

Dans le cas prévu par l'alinéa 1er, sous la seule réserve de la dérogation admise par cette disposition, toutes les règles établies par les articles 4 et 5 (2) restent applicables. En outre, s'il s'agit d'un prélèvement visé à l'article 5, alinéa 1er (3), le prélèvement ne peut être effectué qu'après l'approbation d'un collège de trois médecins

.../...

(1) Article devenant l'article 5 du texte proposé.

(2) Articles devenant respectivement l'article 5 et l'article 6 du texte proposé.

(3) Disposition devenant l'article 6, § 1er, du texte proposé.

Article 8 (devenant l'article 9).

Paragraphes 2 et 3.

Ces dispositions sont rédigées comme suit :

"...

§ 2. Aucun prélèvement ne peut être effectué s'il est manifeste que le donneur s'y est opposé de son vivant. 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, aussi longtemps que celui-ci est en vie, par les proches du donneur qui vivent en commun avec lui.

§ 3. Si aucune opposition n'a été exprimée suivant les modalités fixées par le Roi, le médecin peut procéder au prélèvement, pour autant qu'aucune opposition ne lui a été communiquée".

I. Les dispositions reproduites établissent un système de présomption de consentement. Comme l'indique l'exposé des motifs, "(Le) projet est fondé sur le principe suivant : 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".

.../...

Lorsqu'une personne est âgée de plus de dix-huit ans et qu'elle est capable de manifester sa volonté, seule cette personne peut exprimer son opposition au prélèvement après son décès, d'un organe ou d'un tissu; il ne doit être tenu compte que de l'opposition qui aurait été manifestée par cette personne. Selon l'exposé des motifs, "aucun âge minimum n'est exigé pour l'expression de l'opposition par le défunt"; le texte du paragraphe 2, qui est incomplet en ce point, devrait être amendé pour énoncer que, dans le cas où une personne a moins de dix-huit ans, l'opposition peut être exprimée soit par cette personne elle-même, soit par ses proches qui vivent en commun avec elle. Enfin, comme l'indique l'exposé des motifs, si une personne âgée de plus de dix-huit ans n'est pas capable de manifester sa volonté "parce que ses facultés mentales ne le lui permettaient pas", l'opposition peut être exprimée - en ce cas exclusivement -, par les proches qui vivent en commun avec elle.

II. Le paragraphe 3 en projet habilite le Roi à déterminer les modalités selon lesquelles l'opposition pourra être exprimée. L'exposé des motifs annonce que le Gouvernement envisage des moyens simples, tels que la mention de cette volonté sur une carte médicale spéciale qui serait délivrée par le Ministère de la Santé publique et qui pourrait être jointe à la carte d'identité.

III. Le système de la présomption du consentement ne se justifie qu'à l'égard de personnes que l'autorité belge pourra en fait informer de ce qu'à défaut de l'expression par elles d'une volonté contraire, elles seront censées consentir au prélèvement, après leur décès, de tissus et d'organes.

.../...

Une telle information ne peut être efficace qu'à l'égard des personnes résidant habituellement en Belgique. Il serait dès lors logique de limiter la présomption à ces personnes.

Il s'agirait donc, d'abord, de limiter la présomption aux personnes de nationalité belge résidant habituellement en Belgique, en excluant celles qui ne satisfont pas à cette condition. En effet, il n'est pas en harmonie avec les intentions exprimées dans l'exposé des motifs de présumer le consentement de personnes qui se trouvent de manière occasionnelle sur le territoire belge. Cette considération vaut assurément pour les étrangers de passage mais aussi pour les Belges qui ne résident pas de manière habituelle en Belgique. En la matière, la nationalité ne constitue pas comme telle un critère adéquat.

La présomption de consentement peut également être admise pour les personnes de nationalité étrangère résidant de manière habituelle en Belgique, pour lesquelles existent, du moins en principe, les mêmes possibilités d'information que pour les Belges. Néanmoins, comme pour certaines catégories de ces personnes, il y a des risques que celles-ci soient en un beaucoup plus grand nombre, heurtées dans leurs convictions par les effets de la présomption, il appartiendra au Gouvernement d'apprécier s'il ne serait pas nécessaire de compléter l'article par une disposition habilitant le Roi à soustraire à la présomption de consentement, des catégories déterminées d'étrangers. A cet effet, le Roi pourrait avoir égard aux dispositions de leur loi nationale relative à la matière ou, à défaut d'une telle loi, aux conceptions prédominant dans leur communauté nationale sous l'influence des convictions religieuses (1).

- - - - - - - - - - - -

.../...

(1) On sait que l'Islam "ne permet pas la violation de l'intégrité corporelle" et que dès lors, "on peut se demander s'il ne conviendrait pas de réserver (le) cas (des musulmans)" (B. GRENOUILLEAU "Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative au prélèvement d'organes", Rec. Dalloz Sirey, 1977, chronique XXIX, page 219).

III. Selon le texte de l'article 8, § 3, que corrobore l'exposé des motifs, le présent projet maintient le système du projet n° 774, système qui consiste à permettre à une personne d'exprimer son opposition à un prélèvement, non seulement sous la forme particulière déterminée par le Roi mais également sous toute autre forme (1).

Le médecin devra agir avec beaucoup de prudence pour que les proches du défunt ne puissent pas lui reprocher d'avoir en fait rendu impossible la communication d'une opposition exprimée sous une forme autre que la forme particulière déterminée par le Roi. Dès lors, le médecin devra tenir compte non seulement d'(une) opposition "manifeste" mais aussi de toute autre opposition exprimée avec suffisamment de force probante dans les circonstances de l'espèce. La formule "Aucun prélèvement ne peut être effectué s'il est manifeste que le donneur s'y est opposé de son vivant ..." n'est donc pas exacte. C'est pourquoi dans le texte qu'il présente ci-dessous pour l'ensemble de l'article, le Conseil d'Etat suggère la formule : " ... sauf s'il est établi qu'une opposition à un tel prélèvement a été exprimée" (2)

IV. Le texte de l'article 8 du présent projet et l'exposé des motifs laissent subsister une équivoque au sujet de la nature du droit des proches vivant en commun avec la personne concernée.

.../...

- - - - - - - - - - - - -

(1) Doc. parl. Ch., sess. 1980-1981, n° 774/1, page 18.

(2) Voir également l'observation IV.

Les proches ont-ils seulement le droit de faire connaître une opposition que la personne concernée aurait exprimée auparavant ? Une telle solution ne serait pas adéquate lorsqu'il s'agit d'une personne qui, en raison de son état mental, est incapable de manifester sa volonté ou lorsqu'il s'agit d'un mineur, qui, en raison de son très jeune âge,est incapable de discernement.

Les proches se voient-ils conférer par la loi la qualité de représentant du mineur âgé de moins de dix-huit ans ou de la personne âgée de dix-huit ans incapable de manifester sa volonté ? S'il en est ainsi le projet institue, en la matière, un régime spécial d'incapacité.

Les proches se voient-ils reconnaître par l'avant-projet un droit propre d'opposition ? (1)

Afin de rendre plus aisée la solution des problèmes que peut faire surgir l'article 8 du projet, il y aurait lieu de préciser, à tout le moins dans l'exposé des motifs, la nature du droit conféré aux proches vivant en commun avec la personne concernée.

V. Dans la pensée du Gouvernement, le cas où les proches seraient appelés à exprimer une opposition serait celui où on envisagerait un prélèvement sur une personne dont la vie serait déjà gravement compromise par un accident (ou une maladie). C'est ce qui ressort de ce passage de l'exposé des motifs :

> "Comme il s'agit en général de personnes qui se trouvaient à l'hopital avant leur décès, l'opposition des proches peut être exprimée avant le décès du patient".

.../...

- - - - - - - - - - - - -

(1) Bien qu'évidemment ils n'aient aucun droit sur le corps du défunt (Avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet devenu le projet n° 774, doc. cité, page 20), les proches peuvent avoir un intérêt personnel sentimental très fort à s'opposer au prélèvement.

Le texte de l'article ne limite aucunement au cas indiqué le droit pour les proches d'exprimer une opposition. Compte tenu des termes généraux de l'article 8, § 2, seconde phrase, les proches d'un mineur de moins de dix-huit ans ou d'une personne incapable de manifester sa volonté peuvent manifester leur opposition à un prélèvement même si la vie du mineur ou de la personne incapable concernée n'est pas en danger et si aucun prélèvement n'est encore envisagé.

Compte tenu des observations qui précèdent, l'article 8 du projet, devenant l'article 9 du texte proposé, pourrait être rédigé comme suit :

"Article 9. § 1er. Des organes et des tissus destinés à la transplantation, ainsi qu'à la préparation, dans les conditions déterminées par l'article 2 (1), de substances thérapeutiques peuvent être prélevés sur le corps de toute personne décédée qui résidait habituellement en Belgique, sauf s'il est établi qu'il a été exprimé une opposition à un tel prélèvement.

§ 2. La personne âgée de dix-huit ans qui est capable de manifester sa volonté peut seule exprimer l'opposition prévue au paragraphe 1er.

Si une personne a moins de dix-huit ans mais est capable de manifester sa volonté, l'opposition peut être exprimée soit par cette personne, soit, aussi longtemps que celle-ci est en vie, par ses proches vivant en commun avec elle.

Si une personne a plus de dix-huit ans mais est incapable de manifester sa volonté, l'opposition peut être exprimée aussi longtemps qu'elle est en vie, par ses proches vivant en commun avec elle.

---

(1) Du texte proposé.

.../...

§ 3. Le Roi peut déterminer les catégories d'étrangers auxquelles le paragraphe 1er n'est pas applicable.

Le Roi peut également organiser un mode d'expression de l'opposition au prélèvement.

§ 4. Le médecin peut procéder au prélèvement lorsqu'aucune opposition n'a été exprimée selon le mode organisé par le Roi, à moins qu'une opposition n'ait été exprimée par un autre mode et ne lui ait été communiquée.

Article 9 (devenant l'article 10).

A l'alinéa 2, dans le texte français, il y a lieu d'écrire "se fonde sur l'état le plus récent de la science", comme le Conseil d'Etat l'avait proposé dans son avis sur l'avant-projet devenu le projet n° 774 (1).

Article 10 (devenant l'article 11).

Au paragraphe 1er, alinéa 2, dans le texte français, au lieu des mots "Ce rapport doit reprendre les données ...", il serait préférable d'écrire : "Ce rapport doit mentionner les données ..." et dans le texte néerlandais, il faut lire : "In dit verslag moeten de gegevens aangaande de toestand van het lijk en de weggenomen lichaamsdelen worden vermeld, die van belang kunnen zijn voor het bepalen van de oorzaak en de omstandigheden van het overlijden, vooral die welke achteraf niet meer kunnen worden onderzocht ten gevolge van de wegneming".

.../...

- - - - - - - - - - - - -

(1) Document cité, page 17.

Article 11 (devenant l'article 12).

A propos de l'article 12 du projet n° 774, qui était rédigé dans les mêmes termes que l'article présentement examiné, le Conseil d'Etat avait fait des observations de deux ordres (1), auxquelles le Gouvernement n'a pas donné de réponse adéquate et auxquelles le Conseil ne peut dès lors que se référer.

En outre, l'exposé des motifs du présent projet soulève une difficulté supplémentaire en ce qu'il semble indiquer que le Gouvernement aurait notamment la volonté d'"éviter que des droits et obligations putatifs (lire prétendus) ne se créent entre le receveur et les membres de (la) famille du donneur". Si le Gouvernement avait bien une telle volonté, le texte de l'article serait manifestement insuffisant pour la traduire.

Par ailleurs, il semble ressortir des informations fournies au Conseil d'Etat que seule la violation de l'article 11 par des personnes non soumises au secret professionnel tomberait sous le coup de l'article 14, § 1er, l'article 458 du Code pénal restant applicable dans les autres cas.

L'article doit être revu.

Article 13 (devenant l'article 14).

Voir l'observation générale III.

.../...

- - - - - - - - - - -

(1) Document cité, page 19.

Article 14 (devenant l'article 15).

Paragraphe 1er.

Pour cette disposition, il y a lieu de se référer à l'observation faite au sujet de l'article 11 en ce qui concerne les champs d'application respectifs de cet article et de l'article 458 du Code pénal.

Paragraphe 2, alinéa 2.

La disposition serait mieux rédigée comme suit :

"Est puni des mêmes peines celui qui, d'une manière quelconque, empêche que soit connue l'opposition au prélèvement prévue par l'article 9, quelle que soit la forme sous laquelle cette opposition est exprimée".

Article 15 (devenant l'article 16).

Dans le texte français, il faut écrire "... la décision judiciaire définitive portant la condamnation ...".

Article 16 (devenant l'article 17).

Dans le texte français, il y a lieu d'écrire "aux infractions à la présente loi" et non "aux infractions de la présente loi".

ALGEMENE OPMERKINGEN.

I. Zoals in de memorie van toelichting bij het onderhavige wetsontwerp wordt onderstreept, neemt dit in zeer ruime mate het op 27 februari 1981 ingediende wetsontwerp over (Gedr. St. Kamer, zitt. 1980-1981, nr 774 (1). Het onderhavige ontwerp bevat echter nieuwe bepalingen op welker invoeging in de memorie van toelichting wordt gewezen.

II. Bij het opstellen van het onderhavige ontwerp is de Regering op een aantal punten ingegaan op de opmerkingen die de Raad van State had gemaakt in verband met het voorontwerp dat wetsontwerp nr 774 geworden is (2). Daarentegen heeft de Regering op andere punten geen gevolg gegeven aan de opmerkingen van de Raad van State, in menig geval zonder daaromtrent enige uitleg te verstrekken. Daarom zal de Raad van State in verband met verscheidene bepalingen van het ontwerp de opmerkingen die hij in zijn vorig advies heeft gemaakt, in herinnering brengen, in voorkomend geval met enige toelichting.

.../...

---

(1) Hierna eenvoudigheidshalve "het ontwerp nr 774" genoemd.

(2) Advies van de Raad van State L. 13.418/2 van 17 december 1979, dat in het aangehaalde gedrukt stuk opgenomen is, blz. 11-21.

Wegneming en transplantatie van organen en weefsels is een zeer gewichtige aangelegenheid die door de vooruitgang van de genees- en de heelkunde voortdurend aan belang wint. Bovendien is het een uiterst kiese aangelegenheid daar er vaak in wezen tegengestelde belangen mee gemoeid zijn. Steeds weer wordt erover gepubliceerd (1). De Raad van State heeft het daarom nuttig geacht een aanvullend onderzoek te wijden aan een aantal essentiële bepalingen die reeds in het ontwerp nr 774 voorkwamen en in het onderhavige ontwerp zijn overgenomen.

III. Evenals het ontwerp nr 774 maakt het onderhavige ontwerp de wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong toepasselijk op wegneming en transplantatie van organen en weefsels. De wijze waarop in die ontwerpen voor een deel aan wetgeving door verwijzing wordt gedaan schept grote moeilijkheden.

Artikel 1 van het voorontwerp van wet dat op 2 augustus 19' aan de Raad van State werd voorgelegd, bepaalde : "Onverminderd de bepalingen van de wet van 7 februari 1961 op de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong, zijn de bepalingen van deze wet van toepassing op de wegneming en de transplantatie van organen en weefsels van het menselijk lichaam met het oog op een medische behandeling".

.../...

---

(1) Zie bijvoorbeeld Mevr. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, in samenwerking met M.B. MAINGAIN, "Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé" in "Licéité en droit positif et références légales aux valeurs","Actes des Xème Journées d'études juridiques" Jean DABIN, blz. 215-288, inzonderheid nrs 28-34, blz. 237-243, Brussel, Bruylant, 1982.
Zie ook : X. DIJON "Le sujet de droit et son corps", inzonderheid nr 24, nrs 555-556, nrs 957-959, en nr 986. "Société d'études morales sociales et juridiques", Namen; Larcier, Brussel, 1982.

In zijn advies heeft de Raad van State erop gewezen dat de werkingssfeer van de wet van 7 februari 1961 gedeeltelijk samenviel met die van de ontworpen wet : in sommige gevallen zou bezwaarlijk en wellicht zelfs onmogelijk uit te maken zijn welke van beide wetten toepassing zou vinden. De rechtsonzekerheid die daardoor zou ontstaan, zou des te meer te betreuren vallen daar de bij artikel 16 van het ontwerp gestelde straffen strenger waren dan die waarin artikel 9 van de wet van 7 februari 1961 voorziet. De Raad van State concludeerde dat het hoogst wenselijk zou zijn "alle wettelijke regelen inzake wegneming, overenting en transplantatie van organen, weefsels en bestanddelen van menselijke oorsprong in een enkele tekst samen te brengen" (1).

De Regering heeft in het wetsontwerp nr 774 en in het onderhavige ontwerp de regeling behouden die erin bestaat dat op wegneming en transplantatie van organen en weefsels twee verschillende wetten toepassing vinden : de ontworpen wet en de wet van 7 februari 1961.

In de memorie van toelichting bij het onderhavige ontwerp zijn beschouwingen opgenomen die tot doel hebben de door de Regering gekozen regeling te verantwoorden. De memorie legt er de nadruk op dat het onderhavige ontwerp, vergeleken bij de wet van 7 februari 1961, die toepassing vindt op alle therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong, "op (het) beperkte vlak (van weefsels en organen), doeleinden (nastreeft) die in de wet van 1961 niet aan bod kwamen, met name voorwaarden tot en grenzen aan wegnemingen en transplantaties gelet op de risico's die deze kunnen uitsluiten en op de persoonlijkheidsrechten van de donor" (Commentaar bij artikel 1).

.../...

---

(1) Advies over het voorontwerp dat wetsontwerp nr 774 geworden is, Algemene Opmerking III (Gedr. St. Kamer, zitt. 1980-1981, nr 774/1, blz. 12).

Hoe pertinent die in de memorie van toelichting gemaakte beschouwingen ook zijn, zij nemen niet weg dat door het gedeeltelijk samenvallen van de werkingssfeer van het ontwerp en die van de wet van 7 februari 1961 een onsamenhangende rechtsregeling ontstaat, die onvermijdelijk tot grote onzekerheid zal leiden. Op een aantal punten zal bezwaarlijk uitgemaakt kunnen worden of de bepalingen van de ontworpen wet die van de wet van 7 februari 1961 ter zijde stellen, dan wel of zij er integendeel mee samengaan en in dit laatste geval, op welke wijze.

Dergelijke moeilijkheden zullen bijvoorbeeld ontstaan door artikel 3 van het onderhavige ontwerp (1), dat uitgaat van hetzelfde beginsel als dat waarop artikel 6 van de wet van 7 februari 1961 steunt, maar geen gelijke regels stelt (2).

.../...

---

(1) Dat artikel 3 is als volgt geredigeerd :

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

De Koning kan regelen stellen om een vergoeding toe te kennen aan de donor voor eventuele onkosten en inkomstenderving".

(2) Dat artikel 6 is als volgt geredigeerd :

"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".

Ook artikel 13 van het onderhavige ontwerp doet dergelijke moeilijkheden rijzen. Ter zake van "het toezicht op de uitvoering van de (ontworpen) wet", bepaalt dat artikel er zich toe zonder meer te verwijzen naar artikel 7 van de wet van 7 februari 1961. De ontworpen wet bevat echter eigen bepalingen (1) die uit de aard der zaak vereisen dat, wil men ze uitvoeren en erop toe kunnen zien, overeenkomstig de wet van 7 februari 1961 vastgestelde reglementering wordt aangepast.

De gesignaleerde moeilijkheden zijn des te ernstiger daar de bij artikel 14 van het ontwerp bepaalde straffen strenger zijn dan die welke artikel 9 van de wet van 7 februari 1961 stelt.

Tot besluit kan de Raad van State alleen maar de aanbeveling herhalen die hij in zijn advies van 17 december 1979 gedaan heeft, namelijk alle bepalingen omtrent wegneming, overenting en transplantatie van organen, weefsels en bestanddelen van menselijke oorsprong, in een enkele wet samen te brengen (2).

.../...

---

(1) Zie alle bepalingen van het wetsontwerp die, op velerlei gebied, wegneming en transplantatie van organen en weefsels van strengere bijzondere voorwaarden afhankelijk maken.

Men vergelijke artikel 2 van het ontwerp met artikel 3 van de wet van 7 februari 1961.

Er zij ook gelet op de verschillende, in de artikelen 4 tot 11 van het onderhavige ontwerp geformuleerde regelen.

(2) Gedr. St. Kamer, zitt. 1980-1981, nr 774/1, blz. 12.

ECONOMIE VAN HET ONTWERP.

De economie van het ontwerp kan in dezer voege worden samengevat :

1) Iedere transplantatie van organen of weefsels en, behoudens in spoedgevallen, iedere wegneming, dient in een ziekenhuis te geschieden (artikel 2).

2) Afstand van organen of weefsels dient zonder winstoogmerk te geschieden (artikel 3).

3) De toestemming van de donor behoort uit vrije wil en met kennis van zaken te zijn gegeven. Daarom behoort zij schriftelijk en onder toezicht van een geneesheer te worden vastgelegd (artikel 6). Volgens het ontwerp zijn minderjarigen beneden achttien jaar en ook andere categorieën van personen die volgens het gemeen recht onbekwaam zijn, niet bevoegd om in wegneming van organen of weefsels toe te stemmen (artikel 4). Daarentegen kunnen minderjarigen beneden achttien jaar wel toestaan dat ten bate van een broer of zuster een orgaan of weefsel wordt weggenomen (artikel 7).

Wanneer de wegneming betrekking heeft op organen of weefsels die niet regenereren of wanneer de operatie voor de donor zware gevolgen kan hebben, is zij slechts geoorloofd als het leven van de receptor in gevaar is en als er geen andere mogelijkheid bestaat om de receptor even efficiënt te helpen (1). In dat geval is ook de toestemming vereist van de echtgenoot of, voor het geval dat de donor een niet ontvoogde minderjarige is, van de personen die het recht van bewaring uitoefenen (artikel 5).

.../...

---

(1) Zie verderop opmerking 1° betreffende het eerste lid van dat artikel 5.

4) Voor wegneming na overlijden kan normaal worden volstaan met de vaststelling door een college van drie geneesheren dat de donor wel degelijk overleden is (artikel 8, § 1, en artikel 9).

Wegneming is echter steeds ongeoorloofd wanneer vaststaat dat de donor er zich bij zijn leven tegen heeft verzet (artkel 8). Indien de overledene minder dan achttien jaar oud was of niet in staat was zijn wil te doen kennen, kan het verzet worden uitgedrukt door zijn nabestaanden met wie hij samenleefde, mits het vóór het overlijden is gedaan (artikel 8, § 2).

ALGEMENE OPMERKINGEN.

Volgens de memorie van toelichting is het ontwerp een "concretisering", op intern vlak, van de Resolutie (78) zij die op 11 mei 1978 door het Ministercomité van de Raad van Europa is aangenomen (1). Ter informatie van de Regering en van de Wetgevende Kamers acht de Raad van State het nuttig om in een zo nieuwe aangelegenheid als deze een vergelijking te maken tussen het thans onderzochte ontwerp enerzijds en de Europese Resolutie en diverse recente wetgevingen anderzijds.

a) Naar luid van artikel 1 van de Europese Resolutie vinden de regelen die zij formuleert toepassing op "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 à des fins de recherches" (artikel 1.1). Het artikel vervolgt : "Le transfert d'embryon, le prélèvement et la transplantation de testicules et d'ovaires, et l'utilisation des ovules et du sperme ne sont pas visés ..." (artikel 1.2).

.../...

---

(1) De juister benaming van de resolutie luidt aldus : "Resolutie over de harmonisering van de wetgevingen van de Lidstaten met betrekking tot de wegnemingen, overentingen en transplantaties van substanties van menselijke oorsprong".

Het wetsontwerp heeft alleen betrekking op de transplantatie van organen en weefsels voor therapeutische doeleinden, zonder dat het enige beperking oplegt wat betreft de organen en weefsels die overgeplant kunnen worden. De opzet ervan is dus tegelijk beperkter en ruimer dan die van de Resolutie.

Studie van het vergelijkend recht toont aan dat, al vinden de meeste wetten uitsluitend toepassing op wegneming ter wille van een transplantatie, sommige ervan ook betrekking hebben op wegneming en autopsie met het oog op wetenschappelijk onderzoek (1). Daartegenover staat dat alle wetgevingen niet zonder onderscheid wegneming van onverschillig welk organen toestaan. Zo bijvoorbeeld sluit de Italiaanse wet van 2 december 1975 wegneming van eierstokken, geslachtsklieren en hersenen uitdrukkelijk uit.

b) De Europese Resolutie bepaalt ten aanzien van wegneming, overenting en transplantatie van substanties op levende personen, dat, wanneer het gaat om substanties die niet regenereren, al die ingrepen plaats dienen te hebben in instellingen die over de passende apparatuur en dito personeel beschikken (artikel 8.2).

Dezelfde Resolutie bepaalt ten aanzien van wegneming, overenting en transplantatie van substanties die afkomstig zijn van overledenen, dat de overentingen en transplantaties dienen te geschieden in instellingen die over de passende apparatuur en dito personeel beschikken.

.../...

---

(1) M.-Th. MEULDERS-KLEIN in samenwerking met B. MAINGAIN, "Le droit de disposer de soi-même. Etendue et limites en droit comparé". Geciteerd rapport, nr 30, blz. 238-240 en noot 97.

Soortgelijke voorschriften zijn bijvoorbeeld te vinden in artikel 5 van de Noorse wet nr 6 van 9 februari 1973 (1) en in artikel 2 van de verordening van de Duitse Democratische Republiek van 4 juli 1975 aangaande het verrichten van transplantaties van organen (2).

Noch de Europese resolutie, noch de evengenoemde vreemde wetgevingen voorzien in een uitzondering voor "spoedgevallen", welke uitzondering uitdrukkelijk wordt gemaakt in artikel 2 van het ontwerp en in de commentaar op dat artikel in de memorie van toelichting. De draagwijdte van de uitzondering behoort, al was het maar in de memorie van toelichting, nader bepaald te worden.

c) De Europese Resolutie beklemtoont dat de afstand om niet behoort te geschieden maar bepaalt ook "le remboursement des pertes de revenu et de frais causés par le prélèvement ou les examens préalables est admis" (artikel 9). De tekst vervolgt : "le donneur ou le donneur potentiel, indépendamment de la mise en jeu d'une responsabilité médicale éventuelle, doit obtenir une indemnisation en cas de dommage subi à la suite du prélèvement ou des examens préalables ... grâce au système de sécurité sociale ou à un autre système d'assurance" (artikel 9). Die regel is veel nauwkeuriger dan die van artikel 3 van het ontwerp die naar aanleiding van het onderzoek van dat artikel besproken zal worden.

d) De Europese Resolutie stelt uitdrukkelijk het probleem van de toestemming van de donor aan de orde. Zij bepaalt dat die toestemming vrij dient te zijn (artikel 3). Juridisch onbekwamen kunnen slechts bij uitzondering en onder de in artikel 6 van de Resolutie gestelde voorwaarden donor zijn.

.../...

(1) "Rec. int. lég. san." 1974, blz. 404 en volgende.

(2) "Rec. int. lég. san." 1977, blz. 701.

De Europese Resolutie gaat voorbij aan de vraag of de toestemming van de donor herroepbaar is. Die kwestie is nochtans in verscheidene wetgevingen van de Verenigde Staten bestudeerd. Zij is uitdrukkelijk geregeld in artikel 7 van de verordening van de Duitse Democratische Republiek van 4 juli 1975 aangaande het verrichten van transplantaties van organen (1). Het Franse decreet nr 78-501 van 31 maart 1978 beslecht die kwestie eveneens (2). Het is de vraag of het ontwerp die kwestie niet uitdrukkelijk zou moeten regelen.

f) De Europese Resolutie beperkt wegneming van substanties die niet regeneren tot transplantaties tussen genetisch verwante personen, behalve in uitzonderingsgevallen wanneer er een goede kans op welslagen bestaat (artikel 4). Wegneming van substanties, die een ernstig en te voorzien gevaar voor het leven of de gezondheid van de donor inhoudt, kan slechts bij uitzondering worden toegestaan wanneer zij door de motivatie van de donor, zijn familiebanden met de receptor de medische vereisten van het geval in kwestie gerechtvaardigd is (artikel 5). De Resolutie bepaalt echter dat iedere Lid-Staat vrij is om zodanige wegneming te verbieden (artikel 5).

De nationale wetgevers hebben zich in dat probleem verdiept; een eenvormige oplossing is er niet aan gegeven. Terwijl de verordening van 4 juli 1975 van de Duitse Democratische Republiek bepaalt dat wegneming geen schade aan de gezondheid van de donor mag berokkenen (artikel 6), eist de Griekse wet dat de transplantatie voor het leven of de gezondheid van de donor geen gevaar inhoudt dat kennelijk groter is dan het gevaar dat aan de ingreep zelf verbonden is (wet 821 van 13 oktober 1978, artikel 5). De Noorse wet van haar kant vereist dat de ingreep geen enkel dreigend gevaar voor het leven of de gezondheid van de donor inhoudt (wet nr 6 van 9 februari 1973, artikel 1).

.../...

---

(1) "De donor kan zonder opgave van redenen zijn toestemming steeds en zelfs onmiddellijk voor de wegneming van een orgaan, intrekken".

(2) "De donor kan zijn toestemming in alle gevallen zonder enige formaliteit intrekken" (artikel 2, laatste lid). "Journal Officiel" van 4 april 1978

Over het algemeen wordt voorgehouden dat, als wegneming het laatste middel is om het leven van de receptor te redden of zijn gezondheid op ingrijpende wijze te verbeteren, het aan de andere kant ook zo moet zijn dat de donor slechts een gering gevaar of helemaal geen gevaar mag lopen (1). Er dient een evenwicht te zijn tussen de verhoopte heilzame werking van de ingreep en het risico dat de donor loopt (2).

Het Belgische ontwerp daarentegen voorziet uitdrukkelijk in het geval dat wegneming "ernstige gevolgen voor de donor" kan hebben. Het staat wegneming toe in dat geval alsook in het geval dat de organen en weefsels die men gaat overplanten niet regenereren (artikel 5). Als enige voorwaarden stelt het dat de receptor in levensgevaar moet verkeren en niet "op een even deugdelijke wijze" kan worden geholpen met transplantatie van organen of weefsels die van een overledene afkomstig zijn.

f) Ten aanzien van overleden donors formuleert het ontwerp het recht op wegneming (artikel 8), onder voorbehoud dat, op de wijze die het bepaalt, verzet kan worden gedaan. Artikel 10 van de Europese Resolutie bepaalt : "Aucun prélèvement ne doit être effectué lorsqu'il y a une opposition manifeste ou présumée du défunt, compte tenu notamment de ses convictions religieuses ou philosophiques" (artikel 10.1). Het artikel vervolgt : "A défaut d'une volonté du défunt manifestée explicitement ou implicitement, le prélèvement peut être effectué" (artikel 10.2).

.../...

---

(1) M.-Th. MEULDERS-KLEIN, geciteerd rapport nr 30, blz. 238-240, nota 93 en de aangehaalde verwijzingen.

(2) R. NERSON, "L'influence de la biologie et de la médecine modernes sur le droit civil","Rev. tr. dr. civ." 1970, blz. 676; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, geciteerd rapport, nr 32, blz. 241-242.

Volgens de memorie van toelichting beoogt het Belgisch wetsontwerp een verantwoord evenwicht te vinden tussen de verwezenlijkingen van twee belangrijke doeleinden : eensdeels de eerbied voor de persoonlijkheidsrechten op lichaam en lijk veilig te stellen door een uitdrukkelijke en preciese wetgeving; anderdeels een sociaal noodzakelijk onderdeel van de gezondheidszorg efficiënt uit te bouwen.

In de Verenigde Staten en meer in het algemeen in de "Common law"-landen wordt de afstand beschouwd als het resultaat van een schenking of een legaat van de donor (1). In de Europese landen is er thans een strekking tot het erkennen van een recht op wegneming. Dat recht is onder meer reeds neergelegd in de Franse wet van 22 juni 1976 (J.O. 23 december 1976), die is aangevuld met het toepassingsdecreet van 31 maart 1978 (2).

Het Belgische ontwerp gaat mee met die tendens.

.../...

---

(1) MEULDERS-KLEIN, reeds geciteerd rapport, blz. 238-240, nr 30, noot 96.

(2) Op die wet is echter kritiek gekomen (GRENOUILLEAU, "Commentaire de la loi n° 76-1181 du 26 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, D 1977, chronique XXIX", blz. 217 en volgende).

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

De artikelen 1 tot 3.

De artikelen 1 tot 3 moeten worden voorafgaan door de vermelding "Hoofdstuk I. Algemene bepalingen", welke vermelding wel in de memorie van toelichting staat maar in de eigenlijke tekst is vergeten.

Artikel 1.

I. Het tweede lid bepaalt :

> "De Koning kan, na advies van de Hoge Gezondheidsraad, de toepassing van deze wet uitbreiden tot het wegnemen na overlijden van door Hem bepaalde organen of weefsels voor de bereiding van therapeutische middelen die onontbeerlijk zijn voor de therapie van ernstige ziekten of onvolwaardigheden".

Daar de bepaling van het tweede lid duidelijk een ander onderwerp heeft dan het eerste lid, zou zij beter op haar plaats zijn in een afzonderlijk artikel, dat artikel 2 van het ontwerp zou kunnen vormen.

Het laatste zinsdeel zou beter als volgt geredigeerd worden : "... van organen of weefsels die Hij aanwijst, met het oog op de bereiding van therapeutische middelen die onontbeerlijk zijn voor de behandeling van ernstige ziekten of gebreken".

II. Volgens de aan de Raad van State verstrekte uitleg zal wegneming van organen of weefsels die voor andere dan therapeutische doeleinden wordt verricht, door het gemeen recht geregeld blijven.

.../...

Artikel 2 (dat artikel 3 wordt).

De Raad van State had in zijn advies dat aan ontwerp nr 774 is voorafgegaan, gelet op de memorie van toelichting, voorgesteld het artikel waarmee thans artikel 2 van het onderhavig ontwerp overeenkomt, als volgt te redigeren (1) :

"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" (2).

Naar de gemachtigde van de Minister aan de Raad van State heeft verklaard, is de verwijzing naar de wet van 23 december 1963 echter achterwege gelaten omdat de Regering de werkingssfeer van het ontwerp tot de militaire ziekenhuizen wil verruimen. De ontworpen tekst heeft het nadeel dat hij niet meer de mogelijkheid biedt om nauwkeurig te bepalen hoe de term "ziekenhuis" voor de toepassing het wetsontwerp moet worden verstaan. Het zou dus beter zijn de formulering die door de Raad van State in het vorige advies is voorgesteld, over te nemen onder toevoeging van de woorden "of in een militair ziekenhuis".

Artikel 3 (dat artikel 4 wordt).

Het artikel luidt als volgt :

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

De Koning kan regelen stellen om een vergoeding toe te kennen aan de donor voor eventuele onkosten en inkomstenderving".

.../...

---

(1) Artikel 3 van het voorontwerp = artikel 2 van ontwerp nr 774.

(2) Gedr. St. Kamer, zitting 1980-1981, nr 774/1, blz. 13.

De memorie van toelichting levert de volgende commentaar op de machtiging die bij artikel 3, tweede lid, aan de Koning wordt verleend :

> "Feitelijk wordt in tussenkomsten van de ziekteverzekering voorzien voor de gezondheidszorgen aan de donor, wanneer deze onder een stelsel van maatschappelijke zekerheid valt.
>
> Indien uit de praktijk zou blijken dat deze regeling onvoldoende is, kan de Koning maatregelen treffen".

1. Volgens aan de Raad van State verstrekte nadere gegevens is de geneeskundige verzorging van donors en receptors van organen momenteel voor rekening van de instellingen voor ziekte- en invaliditeitsverzekering, met als enige voorwaarden dat de ingreep werkelijk heeft plaatsgehad en is verricht door verstrekkers die voldoen aan de maatstaven inzake bevoegdheid en bekwaming die bedoeld zijn in de nomenclatuur welke krachtens artikel 24 van de wet van 9 augustus 1963 door de Koning is vastgesteld.

Ter voorkoming van moeilijkheden die zouden kunnen rijzen als een donor van organen niet in aanmerking zou komen voor verzekering voor geneeskundige verzorging, bepaalt het koninklijk besluit van 27 december 1979, waarbij het koninklijk besluit van 16 november 1973 tot vaststelling van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering wordt gewijzigd, inzake niertransplantatie dat de kosten voor wegneming bij de donor ten laste van de verzekeringsinstelling van de receptor komen. Hetzelfde geldt voor de technische handelingen die naar aanleiding van een zodanige wegneming worden verricht en voor de kosten van ziekenhuisverpleging die aan de ingreep vastzitten.

.../...

Die bepalingen zijn door het koninklijk besluit van 20 oktober 1982 overgenomen. Ze zijn bij analogie toegepast op een aantal zeldzame gevallen van hart- of levertransplantatie.

Ook voor de uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid is er dekking, daar artikel 56, § 1, vierde lid, van de wet van 9 augustus 1963, gewijzigd bij de wet van 27 juni 1969, bepaalt dat wanneer een werknemer is opgenomen in een door de Minister van Volksgezondheid erkende verplegingsinrichting of in een militair ziekenhuis, wordt aangenomen dat hij de vereiste graad van arbeidsongeschiktheid bereikt om voor de uitkering in aanmerking te komen.

De verzekeringsinstelling stemt er thans in toe de uitkering te betalen die voor de eerste periode van arbeidsongeschiktheid van zeven dagen voor arbeiders of voor de eerste periode van arbeidsongeschiktheid van dertig dagen voor bedienden ten laste komt van de werkgever, met dien verstande dat zij zich het recht voorbehoudt om op grond van de wettelijke indeplaatsstelling waarin artikel 57, § 2, tweede lid, van de wet voorziet, verhaal uit te oefenen op de evenbedoelde werkgever.

Uit de aan de Raad van State verstrekte inlichtingen blijkt niet op welke gronden de uitkering gedurende de periode na de ziekenhuisverpleging doorbetaald zou kunnen worden.

2. De thans bestaande praktijk behoort in het licht van de geldende wetgeving te worden onderzocht. Artikel 24 van de wet van 9 augustus 1963, gewijzigd bij artikel 11 van de wet van 24 december 1963, vertrouwt de zorg voor het vaststellen van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen weliswaar aan de Koning toe, maar het spreekt vanzelf dat slechts met inachtneming van de bij de wet gestelde regels van die machtiging gebruik mag worden gemaakt.

.../...

De Raad van State heeft er in zijn vorig advies op gewezen dat "met de enkele stilzwijgende verwijzing naar de vergoeding waarin de ziekte- en invaliditeitsverzekering voorziet, (men niet komt) tot een volledige en sluitende regeling inzake schadeloosstelling van de donor - ook van de donor die onder de maatschappelijke zekerheid valt" (1).

Hoe lofwaardig de praktijk die de instellingen voor ziekte- en invaliditeitsverzekering er momenteel op nahouden in sociaal opzicht ook zij, de wettigheid ervan kan worden betwist. Het valt immers te betwijfelen of de aantasting van de gezondheid van de donor door het wegnemen van een orgaan of een weefsel, een "ziekte" is, zelfs in de zin van de wet van 9 augustus 1963. Overigens kan worden betwijfeld of even-genoemde wet betrekking heeft op arbeidsongeschiktheid die niet het gevolg is van ziekte of ongeval. Al zou het zeker overdreven zijn het schenken van een orgaan of een weefsel te beschouwen als een zware fout in de zin van artikel 70, § 3, b, van de wet van 9 augustus 1963, toch gaat het om een vrijwillige daad; het lijkt daarom onlogisch en onbillijk de artikelen 52 en 70 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten toepassing te laten vinden en de werk-gever, zelfs voor een beperkte periode, de gevolgen te doen dragen van een ongeschiktheid waaraan de werknemer zich vrij-willig heeft blootgesteld (2).

Tot besluit kan worden gesteld dat het onderhavige ontwerp ter wille van de rechtszekerheid behoort te worden aangevuld met een bepaling die de uitkeringsregeling van de

.../...

---

(1) Gedr. St. Kamer, zitting 1980-1981, nr 774/1, blz. 14.
(2) Vorig advies van de Raad van State, loc. cit.

ziekte- en invaliditeitsverzekering uitdrukkelijk toepasselijk verklaart op de donor van een orgaan of van een weefsel.

Anderzijds behoort de bij artikel 3, tweede lid, van het ontwerp aan de Koning verleende machtiging te worden gehandhaafd opdat Hij een aanvullende regeling inzake schadeloosstelling kan invoeren en uitbouwen. Met inachtneming van de bepaling waarvan de invoeging wordt voorgesteld, zou artikel 3, tweede lid, zo gewijzigd moeten worden dat nauwkeurig wordt aangegeven binnen welke grenzen (en volgens welke grondbeginselen) de Koning die aanvullende regeling inzake schadeloosstelling kan invoeren.

+

Wat de vorm betreft, zou het artikel duidelijker zijn indien het in twee paragrafen zou worden ingedeeld : in de eerste zou worden bepaald dat donors van organen of weefsels geen winstoogmerk mogen hebben; de tweede paragraaf zou de bepalingen omtrent de schadeloosstelling van de donor bevatten.

Zoals de Raad van State in zijn vorig advies opgemerkt heeft, moet de tekst zelf van de wet duidelijk doen uitkomen dat het verbod tot het nastreven van winst "in alle fasen van de afstand" moet gelden.

Derhalve wordt voor paragraaf 1 van artikel 3 (dat artikel 4 wordt) de volgende redactie voorgesteld :

"§ 1. Afstand van organen of weefsels mag niet met een oogmerk van winst geschieden, ongeacht de partijen tussen welke hij plaatsheeft".

.../...

Artikel 4 (dat artikel 5 wordt).

Het artikel is als volgt geredigeerd :

"Onverminderd het bepaalde in artikel 7, mag de wegneming bij levenden slechts worden verricht bij een persoon die de leeftijd van 18 jaar bereikt heeft en die hierin uitdrukkelijk, vooraf en vrij heeft toegestemd.

Ze mag niet worden verricht bij personen die gerechtelijk onbekwaam verklaard zijn of in staat van verlengde minderjarigheid zijn verklaard".

A. Bij nader onderzoek blijkt dat het artikel een aantal afzonderlijke regels stelt.

Uit de economie van het artikel en uit de memorie van toelichting blijkt dat de meest fundamentele regel die is welke in de tekst van het ontwerp gewoon is geformuleerd in de betrekkelijke bijzin aan het slot van het eerste lid. Die tekst stelt als beginsel dat de wegneming bij een persoon in leven slechts mag worden verricht indien deze er vrij en bewust in toegestemd heeft. Volgens de memorie van toelichting zijn "geesteszieken of mentaal gehandicapten (1) (...) per definitie uitgesloten" : die regeling volgt impliciet eerder uit het eerste lid dan uit het tweede. De in dat tweede lid zeer beperkt gehouden verwijzing naar de onbekwaamheden geldt slechts ter aanduiding van een vermoeden van gebrek in de toestemming.

Het artikel stelt een tweede regel doordat het bepaalt vanaf welke leeftijd men kan toestemmen in een wegneming, namelijk de leeftijd van achttien jaar.

.../...

---

(1) Door een onoplettendheid is het woord "mentaux" in de Franse tekst weggevallen : de Nederlandse tekst gebruikt inderdaad de uitdrukking "mentaal gehandicapten".

Ter aanvulling van de eerste twee regels, bevat het artikel ten slotte een derde regel die de categorieën van personen bepaalt die onbekwaam zijn om hun toestemming te geven.

Artikel 4 zou duidelijker geredigeerd zijn indien het werd verdeeld in drie paragrafen, die respectievelijk deze drie regels in de hierboven aangegeven volgorde zouden bevatten.

B. Het artikel maakt een duidelijk onderscheid tussen de staat van minderjarigheid en de andere onbekwaamheden.

Los van enige verwijzing naar het stelsel van het gemeen recht inzake burgerlijke meerderjarigheid, stelt het artikel de bijzondere bekwaamheid die vereist is om in wegneming toe te stemmen, rechtstreeks vast op de leeftijd welke het aangeeft. De ontworpen bepaling lijkt wel degelijk tot gevolg te hebben dat in deze aangelegenheid de toepassing van enige vreemde wet wordt uitgesloten, of het nu bijvoorbeeld zou gaan om een wet die de bedoelde bijzondere bekwaamheid op een andere leeftijd vaststelt, dan wel om een wet die het mogelijk maakt dat bij een minderjarige een wegneming wordt verricht met alleen maar de toestemming van de personen die over hem het ouderlijk gezag uitoefenen.

Indien, naar de wil van de Regering, de werkingssfeer van de bepaling inderdaad die is welke zoëven is aangegeven, dan moet die wil in de tekst van het artikel of op zijn minst in de memorie van toelichting tot uiting worden gebracht.

Men verlieze niet uit het oog dat een bepaling die de minimumleeftijd vaststelt vanaf welke men in een wegneming kan toestemmen, een regel uitdrukt die een fundamen-

teel individueel recht beschermt, waarvan de Belgische openbare overheid de bescherming moet verzekeren niet alleen ten bate van de ingezetenen maar ook ten bate van de vreemdelingen. Een dergelijke regel kan los worden gezien van de "wetten betreffende de staat en de bekwaamheid van de personen", die zijn bedoeld in artikel 3, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek en waarop derhalve het nationaal recht van de belanghebbenden toepasselijk is.

Volgens de interpretatie die er blijkbaar aan gegeven moet worden, dient de ontworpen bepaling op het vlak van het internationaal privaatrecht te worden beschouwd als een "onmiddellijk toepasbare regel", dit is een regel die zelf zijn toepassingsgebied vaststelt (1).

C. In verband met de andere onbekwaamheden dan de onbekwaamheid die voortvloeit uit de minderjarigheid, zijn bij artikel 4, tweede lid, de volgende opmerkingen te maken.

I. De tekst van voornoemd artikel 4, tweede lid, vertoont een gebrek aan samenhang en er is een discrepantie tussen de tekst en de memorie van toelichting.

Artikel 4, tweede lid, luidt :

> "Ze (de wegneming) mag niet worden verricht bij personen die gerechtelijk onbekwaam verklaard zijn of in staat van verlengde minderjarigheid zijn verklaard".

De memorie van toelichting geeft bij de bepaling de volgende commentaar :

.../...

---

(1) F. RIGAUX, "Droit international privé". Deel I. "Théorie générale", nrs. 298-302, Brussel, Larcier, 1977.

"Een ander probleem is dat van degenen die handelingsonbekwaam zijn wegens hun geestestoestand. Er is geopteerd - in de optiek van de eerbied voor de persoonlijkheidsrechten welker uitoefening nauwelijks voor vertegenwoordiging vatbaar is - voor een absoluut verbod van wegneming tijdens het leven voor al diegenen die totaal handelingsonbekwaam zijn.

De opsommende techniek is verkozen : het verbod geldt aldus voor gerechtelijk onbekwaamverklaarden en de verlengd minderjarigen.

De donor moet uitdrukkelijk vooraf en vrij toestemmen; vrije toestemming veronderstelt dat de donor de draagwijdte van zijn daad beseft. Geesteszieken of mentaal gehandicapten zijn per definitie uitgesloten".

Het is niet logisch de "personen die gerechtelijk onbekwaam verklaard zijn" en zij die "in staat van verlengde minderjarigheid zijn verklaard" in de tekst als twee onderscheiden categorieën voor te stellen, aangezien de staat van verlengde minderjarigheid door de rechtbank van eerste aanleg wordt uitgesproken (Burgerlijk Wetboek, artikelen 487bis en volgende).

Terwijl de tekst enkel handelt over de personen die gerechtelijk onbekwaam verklaard zijn, sluit de memorie van toelichting bovendien op veel ruimere wijze "de geesteszieken of mentaal gehandicapten" uit. Volgens de memorie van toelichting zal de krankzinnige, ook al is hij niet onbekwaam verklaard, dus niet kunnen toestemmen in een wegneming van organen of weefsels. Die regel vloeit ongetwijfeld voort uit het aan het slot van het eerste lid geformuleerde beginsel volgens hetwelk een vrije en bewuste toestemming vanwege de donor vereist is; hij vereist niet dat een onbekwaamheid is vastgesteld. Dat neemt niet weg dat de redactie van het artikel en die van de memorie van toelichting zouden moeten worden aangepast om elke tegenstrijdigheid uit te sluiten en interpretatiemoeilijkheden te voorkomen.

II. Het toepassingsgebied van artikel 4, tweede lid, zou nog nauwkeuriger moeten worden bepaald.

1° Wat de Belgen betreft :

Behalve de personen die in staat van verlengde minderjarigheid zijn verklaard, worden door de tekst stellig onbekwaam geacht om toe te stemmen in een wegneming van een orgaan of weefsel, en derhalve uitgesloten, de onbekwamen die volstrekt onbekwaam zijn verklaard en wel ten gevolge van een rechterlijk beslissing (Gerechtelijk Wetboek, artikel 569, 1°; artikelen 1238 tot 1253).

De memorie van toelichting lijkt de bekwaamheid om toe te stemmen in een wegneming te ontzeggen aan de krankzinnigen die in een gesticht geplaatst of afgezonderd zijn (Wetten van 18 juni 1850 en 28 december 1873 op de regeling voor de krankzinnigen), alsook aan de personen die geïnterneerd zijn in een inrichting tot bescherming van de maatschappij (Wet van 1 juli 1964 tot bescherming van de maatschappij tegen de abnormalen en de gewoontemisdadigers). De tekst van artikel 4, tweede lid, doelt echter niet, althans niet met stelligheid, op die categorieën van personen.

Men kan zich afvragen of de Regering de onbekwaamheid van de zwakzinnige (Gerechtelijk Wetboek, artikel 1247) en die van de verkwister (Burgerlijk Wetboek, artikel 513) op het oog heeft. Het gaat immers om onbekwaamheden die bij een rechterlijke beslissing worden uitgesproken (1) maar van bijzondere aard zijn.

.../...

---

(1) Daarentegen worden de in de artikelen 22 tot 24 van het Strafwetboek bedoelde onbekwaamheden, die trouwens van bijzondere aard zijn, niet door de rechter uitgesproken : zij volgen van rechtswege, alleen al uit kracht van de wet, uit de veroordelingen tot straf.

De tekst van het ontwerp dient gewijzigd te worden om de wil van de Regering dienaangaande nauwkeurig weer te geven.

2° Wat de vreemdelingen betreft :

De bekwaamheid maakt deel uit van het personeel statuut; zij wordt uitdrukkelijk vermeld in artikel 3, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, luidens hetwelk zij wordt beheerst door de nationale wet (1).

De Belgische wet vindt evenwel toepassing op de in België woonachtige vreemdeling, wanneer diens nationale wet verwijst naar de wet van de woonplaats (2).

De Belgische rechtbanken zijn trouwens bevoegd om ten aanzien van de Belgen, welk ook hun verblijfplaats zij, en ten aanzien van de in België verblijvende vreemdelingen, de maatregelen te treffen waarin hun personeel statuut voorziet (3).

Het moge dan zo zijn dat de door buitenlandse rechters gewezen beslissingen over het algemeen slechts volle uitwerking hebben in België indien zij er erkend worden, voor welke erkenning een vonnis tot uitvoerbaarverklaring vereist is overeenkomstig artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek (4), hetzelfde geldt niet voor de beslissingen die betrekking hebben op de staat en op de bekwaamheid van de personen (5). Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van

.../...

---

(1) F. RIGAUX, op. cit. "Droit international privé", Deel II, "Droit positif belge", nrs. 1012 en 1015, Brussel, Larcier, 1979; R. VANDER ELST, "Répertoire pratique de droit belge, Complément", Deel II, V° "Conflit de lois", nrs. 18-69, Brussel, Larcier, 1966.

(2) F. RIGAUX, op. cit. nr 1015 en aangehaalde verwijzing : Rb. Brussel, 22 december 1967, Pas. 1968, III, 61.

(3) F. RIGAUX, op. cit., nr 1015.

(4) F. RIGAUX, op. cit., Deel II, nrs 810-815.

(5) F. RIGAUX, op. cit., nrs. 816-817.

29 maart 1973 gesteld dat "de vonnissen die regelmatig door een buitenlandse rechtbank zijn gewezen in verband met de staat van de personen, zelfs van Belgische nationaliteit, in België gevolg hebben, zonder enige uitvoerbaarverklaring, behalve indien men er zich op beroept voor daden van tenuitvoerlegging op de goederen of van dwang op de personen"; het Hof voegt daaraan toe dat die vonnissen "echter, in België, slechts voor regelmatig gewezen worden gehouden indien ze voldoen aan de voorwaarden van artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek" en "dat een dergelijk vonnis, ... in België gezag van gewijsde heeft, zelfs ten opzichte van derden" (1).

Zoals artikel 4, tweede lid, is gesteld, maakt het uitsluitend gewag van gerechtelijke onbekwaamverklaringen. Onder C/I. werd reeds opgemerkt dat de tekst aldus in engere bewoordingen dan de memorie van toelichting, handelt over de in aanmerking genomen onbekwaamheden; hij moet worden gewijzigd als hij de wil van de Regering niet juist weergeeft.

Afgezien van de zoëven gemaakte opmerking, zijn bij de bepaling nog de volgende opmerkingen te maken wat de vreemdelingen betreft.

Eerst moge het geval worden onderzocht van de vreemdelingen die door een beslissing van een Belgisch gerecht onbekwaam zijn verklaard. Gaat het om vreemdelingen waarop de Belgische wet zelfs inzake bekwaamheid toepasselijk is, dan zal de toepassing van de bepaling, ten gevolge van

.../...

---

(1) Arr. Hof van Cassatie, 1973, 765.

de verwijzing, voor hen, evenmin als voor de Belgen, moeilijkheden opleveren, op voorwaarde dat zij overeenkomstig het hierboven gedane voorstel (1), wordt gewijzigd ten einde de beoogde gevallen van gerechtelijke onbekwaamverklaring waarin de Belgische wet voorziet, met zekerheid te bepalen. Gaat het daarentegen om vreemdelingen op wie de nationale wet toepasselijk is, dan zal de bepaling alleen dan zonder al te veel moeilijkheden toegepast kunnen worden, als ze dermate wordt gewijzigd dat de beoogde categorie of categorieën van gerechtelijk onbekwaamverklaringen voldoende nauwkeurig worden omschreven. Men vindt - alleen in de memorie van toelichting - als zeer algemene aanwijzing dat het gaat om onbekwaamheden ten gevolge van de geestestoestand van de betrokkenen.

Wat betreft de vreemdelingen die door een beslissing van een buitenlandse rechtbank onbekwaam zijn verklaard, dient erop gewezen te worden dat die beslissing, ofschoon ze betrekking heeft op de bekwaamheid van de betrokken persoon, in België slechts gevolg heeft indien zij voldoet aan de in artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek gestelde voorwaarden.

+

Gelet op de verschillende hiervoren gemaakte opmerkingen, moet het artikel worden herzien.

.../...

---

(1) Zie de opmerkingen betreffende het thans onderzochte artikel 4 van het ontwerp : C I en C II, 1°.

Artikel 5 (dat artikel 6 wordt).

Het artikel is als volgt geredigeerd :

"Artikel 5. Een wegneming bij levenden die ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of die slaat op niet regenereerbare organen of weefsels, mag slechts geschieden in geval de receptor zich in levensgevaar bevindt of indien er geen mogelijkheid bestaat de receptor op een even deugdelijke wijze te helpen met organen of weefsels, afkomsitg van een overleden donor.

Bovendien mogen dergelijke wegnemingen slechts worden verricht met 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".

Eerste lid.

1° Uit de memorie van toelichting blijkt duidelijk dat de twee voorwaarden uit het eerste lid samen dienen vervuld te zijn en dat het niet voldoende is dat één van beide vervuld is. Het voegwoord "of" is hier derhalve niet op zijn plaats.

2° Uit de memorie van toelichting blijkt eveneens dat de tweede voorwaarde erin bestaat dat er geen mogelijkheid mag zijn om met dezelfde kansen op slagen een transplantatie te verrichten dank zij organen of weefsels afkomstig van een overleden donor. Het in de Franse tekst opgenomen adjectief "autre" kan in dat opzicht verwarring teweegbrengen.

.../...

Tweede lid.

I. Deze voorziening vereist in bepaalde gevallen behalve de toestemming van de donor, ook die van een andere persoon : indien de donor gehuwd is en "samenleeft" met zijn echtgenoot, is de toestemming van deze laatste vereist; is de donor een niet ontvoogde minderjarige, dan is ook de toestemming van de personen die te zijnen opzichte het recht van bewaring uitoefenen vereist. Die regels hebben een heel andere strekking dan de regel van het eerste lid; ze zouden in een afzonderlijke paragraaf, of zelfs in een afzonderlijk artikel, moeten worden gesteld.

II. Bij het begrip "de met de donor samenlevende echtgenoot" zijn de volgende opmerkingen te maken.

Wanneer de echtgenoot van de donor een vreemdeling is, zal alleen om na te gaan of de betrokkene wel degelijk die hoedanigheid van echtgenoot bezit, dienen te worden gerefereerd aan de nationale wet van de echtgenoot, en dan nog op voorwaarde dat die nationale wet toepasselijk is op de gevolgen van het huwelijk ten aanzien van de persoon (1).

Rekening houdend met het doel en de economie van het ontwerp, lijkt de nationale wet van de echtgenoten of van een van hen daarentegen niet te kunnen worden ingeroepen om een vrijstelling van de toestemming van de echtgenoot te wettigen, meer bepaald in de veronderstelling dat die wet zelf de wegneming van organen of van weefsels zou hebben geregeld zonder een zodanige toestemming te eisen. Mocht deze interpretatie overeenstemmen

.../...

---

(1) F. RIGAUX, op. cit., deel II, nr 932.

met de bedoeling van de Regering, dan zou een bevestiging daarvan in de memorie van toelichting voldoende zijn.

Overigens is het vanzelfsprekend dat de echtgenoot rechtens zijn toestemming slechts kan geven indien hij "in staat is op deugdelijke wijze zijn wil te kennen te geven". Het is overbodig een dergelijke voorwaarde te stellen; men late ze achterwege.

III. Wanneer de donor een niet ontvoogde minderjarige is, eist het tweede lid, tweede deel, behalve de toestemming van de donor, ook die van "de personen die ten opzichte van de donor het recht van bewaring uitoefenen".

1° Er is een gebrek aan overeenstemming tussen de tekst van het ontwerp, waarin sprake is van "de personen die ... het recht van bewaring uitoefenen", en de memorie van toelichting, die het heeft over "de persoon die ... uitoefent".

2° Bij de bepaling zijn opmerkingen te maken op het vlak van het interne recht en op het vlak van het internationaal privaatrecht :

a) In het interne recht dekt de uitdrukking "bewaring van een minderjarige" niet een en hetzelfde begrip, maar verschillende van elkaar onderscheiden begrippen. Daarenboven kunnen op die bewaring, zelfs wanneer ze in eenzelfde zin wordt begrepen, verschillende rechtsregelingen toepasselijk zijn, naar gelang van de aangelegenheid die aan de orde is.

De ene keer is het recht van bewaring één van de bevoegdheden die bij het ouderlijk gezag behoren.

Wanneer het gaat om minderjarige kinderen wier vader en moeder in leven zijn, gehuwd zijn en samenleven, oefent ofwel de vader ofwel de moeder het gezag uit over de persoon van de kinderen; de andere echtgenoot heeft evenwel het recht zich tot de jeugdrechtbank te wenden, uitsluitend in het belang van het kind (Burgerlijk Wetboek, artikel 373, eerste lid).

Op dit stelsel van alternatieve uitoefening van het ouderlijk gezag door een van beide echtgenoten, heeft de wetgever uitzonderingen gemaakt, door de gezamenlijke toestemming van de vader en de moeder te eisen voor bijzonder belangrijke handelingen : het huwelijk van de minderjarige (Burgerlijk Wetboek, artikel 148); zijn adoptie (Burgerlijk Wetboek, artikel 348); de verklaringen bedoeld in de artikelen 5, 10, 18 en 19 van de gecoördineerde wetten op de verwerving, het verlies en de herkrijging van de nationaliteit (artikel 21 van die wetten). Wat het huwelijk van de minderjarige betreft, wordt het geschil, wanneer de vader en moeder het niet eens zijn, voor de jeugdrechtbank gebracht (Burgerlijk Wetboek, artikel 148, tweede lid).

Wanneer het gaat om minderjarige kinderen wier beide nog in leven zijnde ouders in rechte gehuwd maar feitelijk gescheiden zijn, "is alleen de echtgenoot die materiële bewaring van het minderjarige kind heeft, gerechtigd het gezag over de persoon van het minderjarige kind uit te oefenen"; de andere echtgenoot heeft evenwel "het recht ... zich tot de jeugdrechtbank te wenden, uitsluitend in het belang van het kind" (Burgerlijk Wetboek, artikel 373, tweede lid).

.../...

Ingeval één van de ouders van de minderjarige overlijdt, blijft het recht van bewaring toebehoren aan de overlevende ouder (1).

In geval van overlijden van beide ouders maakt het recht van bewaring deel uit van de bevoegdheden van de voogd (Burgerlijk Wetboek, artikel 450).

De andere keer is het recht van bewaring een opdracht die, soms voorlopig en steeds met mogelijkheid tot herroeping, wordt toevertrouwd aan een persoon of aan een instelling die het ouderlijk gezag niet bezit. Dit kan onder meer het geval zijn :

a) wanneer de voorzitter van de rechtbank, zitting houdend in kort geding, uitspraak doet over het voorlopig bestuur over de persoon ... van de kinderen tijdens het geding tot echtscheiding (Gerechtelijk Wetboek, artikel 1279); b) wanneer de vrederechter, ingeval een echtgenoot grovelijk zijn plicht verzuimt, "dringende voorlopige maatregelen" betreffende de persoon van de kinderen beveelt (Burgerlijk Wetboek, artikel 223); c) wanneer de jeugdrechtbank de vader en de moeder vervallen verklaart van het recht van bewaring en opvoeding en de persoon aanwijst die deze rechten zal uitoefenen, of de minderjarige toevertrouwt aan het jeugdbeschermingscomité dat die aanwijzing zal doen (Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, artikel 34).

+

.../...

---

(1) DE PAGE, "Traité élémentaire de droit civil belge". Deel II, nrs 33 en 37. F. RIGAUX, "Les personnes", Deel I. "Les relations familiales", nrs 3154 tot 3156, "Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain", Brussel, Larcier, 1971.

Uit dit korte overzicht blijkt dat de regels betreffende de bewaring van de minderjarige slaan op duidelijk onderscheiden gevallen en, naar gelang van het geval, een verschillende strekking hebben.

De Regering dient haar bedoeling te verduidelijken en ondubbelzinnig de regels te bepalen die in elk van de gevallen toepassing vinden. De tekst zou zo moeten worden gewijzigd dat de wil van de Regering, waaromtrent de memorie van toelichting aanvullende inlichtingen zou kunnen verschaffen, duidelijk tot uiting komt.

Uit de aard van de zaak zelf is de toestemming tot een "wegneming ... die ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of die slaat op niet regenereerbare (organen of) weefsels" van het allergrootste belang. De oplossing die het meest in overeenstemming schijnt te zijn met de economie van ons burgerlijk recht is die welke erin bestaat de geldigheid van de toestemming van de minderjarige afhankelijk te maken van de gezamenlijke toestemming van de ouders. Dat artikel 5, tweede lid, werkt met een formule waarin de meervoudsvorm is gebruikt; "de toestemming ... van de personen die ten opzichte van de donor het recht van bewaring uitoefenen ...", kan worden begrepen als een aanwijzing in die zin (1). Hoe dan ook, die aanwijzing is verre van voldoende. De tekst van het artikel moet zo worden gewijzigd dat met zekerheid wordt bepaald welke regeling toepasselijk is.

.../...

---

(1) Hoewel men in de memorie van toelichting een in het enkelvoud gestelde tekst vindt : "... de persoon die het bewaringsrecht uitoefent over de minderjarige donor".

Men kan zich afvragen of de Regering de bevoegdheid om de toestemming te geven bedoelt te verlenen aan diegene van de ouders of aan de derde die de bewaring over de minderjarige heeft, wanneer die bewaring slechts een voorlopige opdracht is en de vader en de moeder niet vervallen zijn verklaard van het ouderlijk gezag. Dat is het geval als de bewaring van de minderjarige wordt opgedragen krachtens artikel 223 van het Burgerlijk Wetboek of artikel 1279 van het Gerechtelijk Wetboek. De Regering zou ook op dit punt haar bedoeling moeten verduidelijken en de tekst zo moeten wijzigen dat haar wil duidelijk tot uiting komt.

b) Hoe de problemen zullen worden opgelost op het vlak van het internationaal privaatrecht, zal afhangen van de regelingen die uiteindelijk in het interne recht zullen worden aangenomen.

Wil de Regering de bevoegdheid om in de wegneming toe te stemmen gekoppeld zien aan het ouderlijk gezag, dan zullen de regels betreffende de toewijzing van het ouderlijk gezag, zoals ze bepaald zijn door de nationale wet van de minderjarige, toepassing vinden.

Wenst de Regering integendeel, op het interne vlak, de bevoegdheid om in de wegneming toe te stemmen, aan de "materiële bewaring" te koppelen, dan kan dezelfde maatstaf gelden voor de vreemde minderjarige, zonder dat de regels van hun nationale wet in verband met de toewijzing en de verdeling van het ouderlijk gezag in aanmerking worden genomen. In dit tweede geval zou de tekst, om de rechtszekerheid niet in gevaar te brengen, uitdrukkelijk melding moeten maken van de vreemde minderjarigen.

+

Onder voorbehoud van de hiervoren gemaakte opmerkingen, zou artikel 5 (dat artikel 6 wordt) beter als volgt geredigeerd kunnen worden :

"Artikel 6.-

§ 1. Wanneer een wegneming bij levenden ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of wanneer zij betrekking heeft op organen die niet regenereren, mag ze alleen verricht worden als de receptor in levensgevaar verkeert en de transplantatie van organen of weefsels afkomstig van een overledene geen even bevredigend resultaat kan opleveren.

§ 2. Voor de in paragraaf 1 bedoelde wegneming is vereist :

1° indien de donor gehuwd is, de toestemming van de met hem samenlevende echtgenoot;

2° indien de donor een niet ontvoogde minderjarige is, de toestemming van ...
(zie opmerking III hierboven)".

Artikel 6 (dat artikel 7 wordt).

Ter wille van de overzichtelijkheid van de bepalingen van het artikel, is het wenselijk de drie verplichtingen van de geneesheer te nummeren, zoals in de tekst die de Raad van State in zijn vorig advies heeft voorgesteld (1).

.../...

---

(1) Gedr. St., Kamer, zitting 1980-1981, nr 774/1, blz. 16-17.

Met de instemming van de gemachtigde ambtenaar wordt voorgesteld in de tekst onder 1° te schrijven : "... duidelijk en volledig inlichten ...".

De tekst die de tweede verplichting (vermeld onder 2°) formuleert, zou beter beantwoorden aan de bedoeling van de Regering, zoals die in de memorie van toelichting te kennen is gegeven, indien hij als volgt werd geredigeerd :

"2° vaststellen dat de donor zijn beslissing oordeelkundig en met een niet te betwijfelen altruïstisch doel heeft genomen".

Ook de tekst die de derde verplichting (vermeld onder 3°) formuleert, zou beter overeenstemmen met de bedoeling van de Regering zoals die in de memorie van toelichting te kennen is gegeven, indien hij als volgt werd geredigeerd :

"3° zich ervan vergewissen dat de donor zijn toestemming schriftelijk en in bijzijn van een getuige (1) heeft gegeven, en, in voorkomend geval, nagaan of de in artikel 5 voorgeschreven toestemmingen schriftelijk gegeven zijn" (2).

.../...

---

(1) De Franse tekst van de memorie van toelichting wijkt af, zowel van de Nederlandse tekst van de memorie van toelichting als van de Nederlandse en de Franse tekst van artikel 6, door het gebruik van het meervoud : "devant témoins".

(2) Volgens de commentaar die de memorie van toelichting bij artikel 6 verstrekt, zou de geneesheer niet zelf de toestemming van de donor moeten ontvangen.
Mocht de Regering die verplichting toch aan de geneesheer willen opleggen, dan zou de tekst onder 3° als volgt moeten worden geredigeerd : "3° de schriftelijke toestemming van de donor ontvangen in bijzijn van een getuige, en zich ervan vergewissen dat de overige toestemmingen die eventueel vereist zijn, schriftelijk gegeven zijn".

Artikel 7 (dat artikel 8 wordt).

Artikel 7, eerste lid, luidt :

"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 18 jaar oud, die aanvaardt, is buiten de in de vorige artikelen voorgeschreven vereisten, ook de voorafgaande goedkeuring door een college van drie geneesheren vereist in het geval bedoeld in artikel 5".

Bij nader onderzoek blijkt dat dit eerste lid verscheidene regels beoogt te stellen die in de tekst van het ontwerp niet duidelijk uit elkaar zijn gehouden.

I. De eerste regel is dat een persoon van minder dan achttien jaar, in afwijking van artikel 4 van het ontwerp, kan toestemmen in een wegneming wanneer deze wordt verricht met het oog op een transplantatie op een broeder of zuster.

II. De tweede regel is dat in het onder I bepaalde bijzondere geval de wegneming weliswaar, behoudens de vermelde afwijking, onderworpen blijft aan de terzake vastgestelde algemene regels, maar bovendien de voorafgaande goedkeuring door een college van drie geneesheren vereist.

Met inachtneming van de hiervoren gemaakte opmerking, zou het eerste gedeelte van artikel 7 beter in twee afzonderlijke leden kunnen worden gesteld als volgt :

"Artikel 8 (van de voorgestelde tekst).

In afwijking van artikel 4 (1), kan een persoon van minder dan achttien jaar oud toestemmen in de wegneming van een orgaan of een weefsel met het oog op transplantatie op een broeder of zuster.

.../...

---

(1) Dat artikel 5 van de voorgestelde tekst wordt.

In het geval bedoeld in het eerste lid, met als enig voorbehoud de door die bepaling toegestane afwijking, blijven alle in de artikelen 4 en 5 (1) gestelde regels toepasselijk. Bovendien kan die wegneming, wanneer het gaat om een wegneming als bedoeld in artikel 5, eerste lid, (2) enkel geschieden na goedkeuring door een college van drie geneesheren".

Artikel 8 (dat artikel 9 wordt).

Paragrafen 2 en 3.

Die bepalingen luiden :

"...

§ 2. Er mag echter geen wegneming worden verricht indien vaststaat dat de donor er zich bij zijn leven tegen heeft verzet. Indien de donor minder dan 18 jaar oud is, of niet in staat was zijn wil te doen kennen, kan, zolang de donor in leven is, verzet worden uitgedrukt door de naastbestaanden van de donor die met hem samenleven.

§ 3. De geneesheer mag tot de wegneming overgaan indien geen verzet is uitgedrukt op de wijze die de Koning bepaalt tenzij hij in kennis is gesteld dat er verzet bestaat".

I. De aangehaalde bepalingen vestigen een stelsel van vermoeden van toestemming. Zoals de memorie van toelichting vermeldt, "wordt in (het) ontwerp uitgegaan van volgende stelling : wie tijdens zijn leven geen verzet heeft uitgedrukt wordt geacht akkoord te gaan om zijn organen af te staan na zijn overlijden". Wanneer een persoon meer dan achttien jaar oud is en bekwaam is om zijn wil te doen kennen, mag alleen hij zijn ver-

.../...

---

(1) Die respectievelijk artikel 5 en artikel 6 van de voorgestelde tekst worden.

(2) Bepaling die artikel 6, § 1, van de voorgestelde tekst wordt.

zet uitdrukken tegen de wegneming van een orgaan of een weefsel na zijn overlijden; er dient slechts rekening te worden gehouden met het door die persoon uitgedrukte verzet. De memorie van toelichting zegt : "Er wordt voor de overledenen geen minimum leeftijd bepaald om dit verzet uit te drukken". De tekst van paragraaf 2, die op dat stuk onvolledig is, zou moeten worden gewijzigd om te bepalen dat, ingeval een persoon minder dan achttien jaar oud is, het verzet kan worden uitgedrukt ofwel door die persoon zelf ofwel door zijn nabestaanden die met hem samenleven. Ten slotte kan, zoals in de memorie van toelichting wordt gezegd, indien een persoon van meer dan achttien jaar niet bekwaam is zijn wil te laten kennen "omdat hij wegens zijn beperkte geestesvermogens hiertoe niet in staat was", het verzet worden uitgedrukt - in dit geval uitsluitend - "door de nabestaanden die met hem samenleven".

II. De ontworpen paragraaf 3 machtigt de Koning om te bepalen op welke wijze verzet kan worden uitgedrukt. De memorie van toelichting kondigt aan dat de Regering aan eenvoudige middelen denkt, zoals de vermelding van die wil op een bijzondere medische kaart die door het Ministerie van Volksgezondheid zou worden verspreid en die bij de identiteitskaart zou kunnen worden gevoegd.

III. Het stelsel van het vermoeden van toestemming is slechts gewettigd ten aanzien van personen aan wie de Belgische overheid feitelijk ter kennis zal kunnen brengen dat ze, bij ontstentenis van een andersluidende wilsuiting van hun kant, geacht zullen worden toe te stemmen in de wegneming van weefsels en organen na hun overlijden.

Een dergelijke informatie kan slechts doeltreffend zijn voor personen die gewoonlijk in België verblijven. Het ware derhalve logisch het vermoeden tot die personen te beperken.

.../...

Allereerst zou het vermoeden dus beperkt moeten worden tot de personen van Belgische nationaliteit die gewoonlijk in België verblijven, met uitsluiting van hen die aan die voorwaarde niet voldoen. Het zou inderdaad niet stroken met de in de memorie van toelichting te kennen gegeven bedoeling als personen die zich toevallig op het Belgisch grondgebied bevinden vermoed zouden worden hun toestemming te hebben gegeven. Die overweging geldt zeker voor de vreemdelingen op doorreis, maak ook voor de Belgen die niet gewoonlijk in België verblijven. De nationaliteit als zodanig levert terzake geen passende maatstaf op.

Het vermoeden van toestemming kan eveneens worden aanvaard ten aanzien van de gewoonlijk in België verblijvende personen van vreemde nationaliteit, voor wie, althans in beginsel, dezelfde informatiemogelijkheden bestaan als voor de Belgen. Voor sommige categorieën van die personen is het evenwel niet uitgesloten dat een nog veel groter aantal van hen in hun overtuiging worden gekwetst door de gevolgen van dat vermoeden; de Regering zal dan ook dienen te oordelen of het artikel niet behoort te worden aangevuld met een bepaling die de Koning machtigt om het vermoeden van toestemming niet te laten gelden voor bepaalde categorieën van vreemdelingen. Te dien einde zou de Koning de bepalingen van hun terzake geldende nationale wet kunnen ontzien of zou Hij, bij ontstentenis van een zodanige wet, rekening kunnen houden met de opvattingen die in hun nationale gemeenschap onder invloed van de godsdienstige overtuigingen overheersen (1).

.../...

---

(1) Het is bekend dat de Islam "geen schending duldt van de lichamelijke gaafheid" en men kan zich derhalve "afvragen of geen voorbehoud dient te worden gemaakt voor moslims" (B. GRENOUILLEAU, "Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative au prélèvement d'organes","Rec. Dalloz, Sirey, 1977, chronique XXIX",blz. 219).

III. Luidens de tekst van artikel 8, § 3, die door de memorie van toelichting wordt gestaafd, handhaaft het onderhavige ontwerp het stelsel van ontwerp 774. Volgens dit stelsel kan een persoon niet alleen op de door de Koning bepaalde bijzondere wijze maar ook op gelijk welke andere wijze uiting geven aan zijn verzet tegen een wegneming (1).

De geneesheer zal met grote omzichtigheid moeten optreden opdat de nabestaanden van de overledene hem niet het verwijt kunnen toesturen dat hij de mededeling van een verzet dat was geuit op een andere wijze dan de door de Koning bepaalde bijzondere wijze, feitelijk onmogelijk heeft gemaakt. Derhalve zal de geneesheer niet alleen rekening moeten houden met (een) verzet dat "vaststaat", maar ook met ieder ander verzet dat in de concrete omstandigheden met voldoende bewijskracht is geuit. De formule : "Er mag echter geen wegneming worden verricht indien vaststaat dat de donor er zich bij zijn leven tegen heeft verzet" is dus niet juist. Daarom geeft de Raad in de tekst die hij hieronder voor het gehele artikel voorstelt, de volgende formule in overweging : "... behalve indien vaststaat dat tegen een dergelijke wegneming verzet is geuit" (2).

IV. De tekst van artikel 8 van het onderhavige ontwerp en de memorie van toelichting laten een dubbelzinnigheid bestaan betreffende de aard van het recht van de nabestaanden die met de betrokken persoon samenleefden.

.../...

---

(1) Gedr. St., Kamer, zitting 1980-1981, nr 774/1, blz. 18.

(2) Zie eveneens opmerking IV.

Hebben de nabestaanden enkel het recht om een verzet te doen kennen dat de betrokken persoon voordien zou hebben uitgedrukt? Dit zou geen deugdelijke oplossing zijn wanneer het gaat om een persoon die wegens zijn geestestoestand onbekwaam is om zijn wil te uiten, of om een minderjarige die wegens zijn zeer jeugdige leeftijd, onvoldoende onderscheidingsvermogen bezit.

Verleent de wet aan de nabestaanden de hoedanigheid van vertegenwoordiger van de minderjarige die minder dan achttien jaar oud is of van de achttienjarige die onbekwaam is om zijn wil te uiten? Zo ja, dan voert het ontwerp terzake een bijzondere regeling van onbekwaamheid in.

Kent het voorontwerp aan de nabestaanden een eigen recht op verzet toe? (1).

Om de oplossing van de problemen waartoe artikel 8 van het ontwerp aanleiding kan geven te vergemakkelijken is, op zijn minst in de memorie van toelichting, verduidelijking vereist wat betreft de aard van het recht dat wordt verleend aan de nabestaanden die met de betrokken persoon hebben samengeleefd.

V. Het geval waarin de nabestaanden verzet zouden hebben te uiten, is volgens de opvatting van de Regering datgene waarin een wegneming zou worden overwogen bij een persoon wiens leven reeds ernstig in gevaar zou zijn gebracht door een ongeval (of een ziekte). Dit blijkt uit de volgende passus uit de memorie van toelichting :

.../...

---

(1) Ofschoon zij natuurlijk geen enkel recht hebben op het lichaam van de overledene (advies van de Raad van State over het voorontwerp dat het ontwerp nr 774 is geworden, voornoemd Gedr. St.,blz. 20), kunnen de nabestaanden er op gevoelsgronden een zeer sterk persoonlijk belang hebben om zich tegen de wegneming te verzetten.

"Vermits het meestal gaat om personen die vóór hun overlijden in een ziekenhuis verbleven, bestaat er normaal gelegenheid om vóór het overlijden van de patiënt uitdrukking te geven van het gebeurlijk verzet van de naastbestaanden".

De tekst van het artikel beperkt het recht van de nabestaanden om verzet te uiten geenszins tot het vermelde geval. Gelet op de algemene bewoordingen van artikel 8, § 2, tweede volzin, kunnen de nabestaanden van een minderjarige van minder dan achttien jaar, of van een persoon die niet bekwaam is zijn wil te uiten, hun verzet tegen een wegneming doen kennen, ook al is het leven van de betrokken minderjarige of onbekwame niet in gevaar en is nog geen wegneming overwogen.

Met inachtneming van de hiervoren gemaakte opmerkingen, zou artikel 8 van het ontwerp, dat artikel 9 van de voorgestelde tekst wordt, als volgt kunnen worden geredigeerd :

"Artikel 9. § 1. Organen en weefsels, bestemd voor transplantatie, alsmede voor de bereiding, onder de voorwaarden bepaald in artikel 2 (1), van therapeutische bestanddelen, mogen worden weggenomen bij het lichaam van elke overledene die gewoonlijk in België verbleef, behalve indien vaststaat dat tegen een dergelijke wegneming verzet is geuit.

§ 2. De persoon die achttien jaar oud is en in staat is om zijn wil te doen kennen, kan het in paragraaf 1 bedoelde verzet alleen uitdrukken.

.../...

---

(1) Van de voorgestelde tekst.

Indien een persoon minder dan achttien jaar oud is, maar in staat is zijn wil te doen kennen, kan het verzet worden uitgedrukt, ofwel door die persoon, ofwel, zolang hij in leven is, door zijn nabestaanden die met hem samenleven.

Indien een persoon minder dan achttien jaar oud is, maar niet in staat is om zijn wil te doen kennen, kan, zolang hij in leven is, het verzet worden uitgedrukt door zijn nabestaanden die met hem samenleven.

§ 3. De Koning kan de categorieën van vreemdelingen bepalen waarop paragraaf 1 geen toepassing vindt.

De Koning kan ook de wijze regelen waarop het verzet tegen de wegneming kan worden uitgedrukt.

§ 4. De geneesheer mag, wanneer geen verzet is uitgedrukt op de door de Koning geregelde wijze, tot wegneming overgaan tenzij verzet is uitgedrukt op een andere wijze en hem daarvan kennis is gegeven".

Artikel 9 (dat artikel 10 wordt).

In het tweede lid schrijve men in de Franse tekst "se fonde sur l'état le plus récent de la science", zoals de Raad van State had voorgesteld in zijn advies over het voorontwerp dat ontwerp nr 774 (1) is geworden.

.../...

---

(1) Voornoemd Gedr. St., blz. 17.

Artikel 10 (dat artikel 11 wordt).

In paragraaf 1, tweede lid, ware het verkieslijk in de Franse tekst te schrijven "Ce rapport doit mentionner les données ..." in plaats van "Ce rapport doit reprendre les données ...", en in de Nederlandse tekst dient te worden gelezen : "In dit verslag moeten de gegevens aangaande de toestand van het lijk en de weggenomen lichaamsdelen worden vermeld, die van belang kunnen zijn voor het bepalen van de oorzaak en de omstandigheden van het overlijden, vooral die welke achteraf niet meer kunnen worden onderzocht ten gevolge van de wegneming".

Artikel 11 (dat artikel 12 wordt).

In verband met artikel 12 van ontwerp nr 774, dat in dezelfde bewoordingen was geredigeerd als het artikel dat thans wordt onderzocht, had de Raad van State tweeërlei opmerkingen gemaakt (1) waarop de Regering geen passend antwoord heeft verstrekt en waarnaar de Raad derhalve alleen maar kan verwijzen.

De memorie van toelichting bij het onderhavige ontwerp doet daarenboven een bijkomende moeilijkheid rijzen : zij lijkt er immers op te wijzen dat de Regering met name zou willen vermijden dat er "vermeende rechten en verplichtingen (ontstaan) tussen de receptor en de familieleden van de donor". Mocht dat werkelijk de wil van de Regering zijn, dan zou de tekst van het artikel kennelijk ontoereikend zijn om die weer te geven.

.../...

---

(1) Voornoemd Gedr. St., blz. 19.

Uit de aan de Raad van State verstrekte inlichtingen lijkt anderzijds te volgen dat alleen de schending van artikel 11 door personen die niet door het beroepsgeheim gebonden zijn, onder de strafbepaling van artikel 14, § 1, zou vallen terwijl in de andere gevallen artikel 458 van het Strafwetboek toepassing zou blijven vinden.

Het artikel moet worden herzien.

Artikel 13 (dat artikel 14 wordt).

Zie algemene opmerking III.

Artikel 14 (dat artikel 15 wordt).

Paragraaf 1.

Wat deze bepaling betreft, moge worden verwezen naar de opmerking die bij artikel 11 gemaakt is in verband met het toepassingsgebied respectievelijk van dat artikel en van artikel 458 van het Strafwetboek.

Paragraaf 2, tweede lid.

De bepaling zou beter als volgt worden geredigeerd :

"Met dezelfde straffen wordt gestraft, hij die op enigerlei wijze verhindert dat kennis wordt genomen van het in artikel 9 bedoelde verzet tegen de wegneming, ongeacht de wijze waarop dit verzet wordt uitgedrukt".

.../...

Artikel 15 (dat artikel 16 wordt).

In de Franse tekst schrijve men "... la décision judiciaire définitive portant la condamnation ...".

Artikel 16 (dat artikel 17 wordt).

In de Franse tekst schrijve men "aux infractions à la présente loi" en niet "aux infractions de la présente loi".

La chambre était composée de

Messieurs : P. TAPIE, président de chambre,
Ch. HUBERLANT, conseillers d'Etat,
P. FINCOEUR,
R. PIRSON, assesseurs de la section de législation,
L. MATRAY,

Madame : M. VAN GERREWEY, greffier,

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. J. SALMON, auditeur.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

M. VAN GERREWEY.

De kamer was samengesteld uit

Mevrouw : griffier.

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. J. SALMON, auditeur.

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

P. TAPIE.