



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Het ADR-systeem voor orgaanvererving en de onaantastbaarheid van het lichaam

den Hartogh, G.

Publication date

2017

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

den Hartogh, G. (2017). Het ADR-systeem voor orgaanvererving en de onaantastbaarheid van het lichaam. *Nederlands Juristenblad*, 92(43), 3124-3131. [2277].
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CF2AB1&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Het ADR-systeem voor orgaanverwerving en de onaantastbaarheid van het lichaam

Govert den Hartogh¹

Volgens de Afdeling Advisering van de Raad van State leidt het Actieve Donorregistratiesysteem (ADR), zoals dat door Pia Dijkstra in een initiatiefwetsvoorstel is uitgewerkt, tot aantastingen van het recht op lichamelijke integriteit. De Raad vooronderstelt echter ten onrechte dat het bezwaar dat tegen het ADR-systeem wordt ingebracht voor het nu vigerende systeem niet geldt. Daarnaast geeft de Raad een onjuiste analyse van de aard van het probleem en maakt dientengevolge ook een onjuiste inschatting van de omvang ervan. Als we goed kijken blijkt de omvang van het probleem in het ADR-systeem in het slechtste geval, in de kern is dat bij een vergelijkbaar aantal familieweigeringen, niet groter te zijn dan in het huidige. Bij een afnemend aantal familieweigeringen neemt de kans op het aantal aantastingen van de lichamelijke integriteit wel toe, maar dat effect wordt dan meer dan gecompenseerd door het stijgend aantal beschikbaar komende organen.

1. Het kernbezwaar tegen het ADR-systeem

Volgens de Wet op de Orgaandonatie (WOD) heeft iedere ingezetene de mogelijkheid om in het Donorregister te laten vastleggen wat er na zijn dood met zijn organen moet gebeuren, mochten die dan bruikbaar zijn voor transplantatie. Er zijn drie mogelijkheden: je stemt in met uitname van je organen voor transplantatie, je weigert dat, of je laat de beslissing over aan anderen, meestal je familie, een enkele keer een met name genoemde persoon. Circa 60% van de Nederlanders laat na zich te registreren. In hun geval wordt de keuze tussen doneren en niet-doneren overgelaten aan hun nabestaanden. Als er geen nabestaanden kunnen worden gevonden of de nabestaanden kunnen het niet eens worden gaat uitname van de organen niet door.

In het Actieve Donorregistratiesysteem (ADR), zoals dat door Pia Dijkstra (D66) in een initiatiefwetsvoorstel is uitgewerkt,² wordt iedereen die achttien jaar wordt tweemaal per brief uitgenodigd om een keuze uit de beschikbare opties in het Donorregister te laten vastleggen. Als je dat niet doet, wordt geregistreerd dat je 'geen bezwaar' tegen donatie hebt, en dat betekent dat je organen mogen worden verwijderd, tenzij je familie aannemelijk kan

maken dat je dat toch echt niet gewild zou hebben. Van deze geregistreerde status word je op de hoogte gebracht en je kunt die ieder ogenblik eenvoudig veranderen, bijvoorbeeld door met je DigiD in te loggen bij het Donorregister en een vinkje te verplaatsen.

Op 2 april 2013 bracht de Afdeling Advisering van de Raad van State een uitvoerig advies uit over het voorgestelde systeem.³ Volgens de Raad leidt dat onvermijdelijk tot aantasting van het grondrecht op de onaantastbaarheid van het lichaam dat in de Grondwet is neergelegd in artikel 11 en dat deel uitmaakt van het recht op een privéleven dat is erkend in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Dit grondrecht kan worden ingeperkt, maar dat vereist een wettelijke regeling die gericht is op een legitiem doel, en voldoet aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het legitieme doel, verhoging van het aanbod donororganen, wordt door de Raad erkend, maar over proportionaliteit en subsidiariteit worden vragen gesteld.

Het advies heeft in de behandeling van het Wetsvoorstel in de Tweede Kamer al een grote rol gespeeld, en nu het voorstel, na met 75 tegen 74 stemmen te zijn aangenomen, door de Eerste Kamer wordt behandeld, blijkt

het door de Raad geformuleerde bezwaar het voornaamste, zo niet het enige, principiële bezwaar tegen het voorstel te zijn dat daarbij aan de orde komt. Uit de memorie van antwoord van 3 februari 2017 blijkt dat vrijwel alle fracties er nadere vragen over hebben gesteld, en ook in het Nader Voorlopig Verslag van de vaste commissie voor VWS van 26 juli 2017 staat het centraal. Reden om het advies van de Raad van State eens aan een kritisch onderzoek te onderwerpen. Ik zal met name betogen dat de Raad ten onrechte vooronderstelt dat het bezwaar dat tegen het ADR-systeem wordt ingebracht voor het nu vigerende systeem niet geldt. Daarnaast zal ik aangeven dat de Raad een onjuiste analyse geeft van de aard van het probleem en dientengevolge ook een onjuiste inschatting maakt van de omvang ervan.

2. Is in het huidige systeem uitdrukkelijke toestemming een vereiste voor donatie?

Dat de Raad van State alleen bij het voorgestelde ADR-systeem een conflict met de onaantastbaarheid van het lichaam ziet, komt vooral doordat hij een onjuiste opvatting heeft van het karakter van het nu geldende systeem.

Het principe dat aan het huidige systeem ten grondslag ligt is dat de nabestaanden beslissen, tenzij de betrokkene uitdrukkelijk een instemming of weigering heeft laten registreren

Volgens de Raad is het uitgangspunt van dat systeem dat niemand donor wordt die voor het verwijderen van zijn organen geen uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven. Zeker, om het aanbod van donororganen te vergroten is

daaraan toegevoegd dat in alle gevallen waarin betrokkene niet uitdrukkelijk voor 'ja' of 'nee' kiest, in principe de nabestaanden beslissen.⁴ Maar de Raad ziet niet onder ogen dat daarmee het 'principiële uitgangspunt' verlaten wordt. Toch is dat zo. Want in al die gevallen, in feite dus zo'n 60% van het totale aantal, is het mogelijk dat de nabestaanden voor donatie kiezen. (In feite doen ze dat in ruim één op de drie gevallen.) Dan wordt de betrokkene dus donor *zonder* daar ooit uitdrukkelijk toestemming voor te hebben gegeven. Het systeem moet dan ook anders gekarakteriseerd worden dan de Raad doet. Het principe dat eraan ten grondslag ligt is dat de nabestaanden beslissen, tenzij de betrokkene uitdrukkelijk een instemming of weigering heeft laten registreren.

Ieder systeem van orgaanvererving moet een *default* hebben, een bepaling van wat er met de organen gebeurt als de overledene daarover zelf geen expliciete beslissing genomen heeft.⁵ Er zijn eindeloos veel variaties in de details, maar er zijn fundamenteel maar drie mogelijkheden: niet doneren, doneren, of de beslissing overlaten aan de familie. Japan is het enige land ter wereld dat het eerste systeem kent, en als resultaat daarvan een zeer laag aanbod van donororganen voor lief neemt. In alle andere landen die een zogenaamd 'opt-in' systeem kennen, inclusief Nederland, is de default niet dat er geen organen worden uitgenomen zonder toestemming van de betrokkene, maar dat de nabestaanden beslissen.

Vaak wordt tegen het ADR-systeem ingebracht dat mensen daarin 'gedwongen' worden om een keuze te maken. Maar in alle drie de systemen heb je het recht om geen enkele expliciete keuze te maken, en in alle drie de systemen betekent dat dat je impliciet 'kiest' voor de default. Dat is onvermijdelijk.⁶

3. Het ADR-systeem en de keuzevrijheid⁷

Het meest gangbare bezwaar tegen het ADR-systeem is dat het de keuzevrijheid aantast. Ook de Raad van State zegt dat 'in zoverre sprake is van dwang' dat donatie zonder uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene mogelijk is. Het systeem is, ongetwijfeld, een voorbeeld van *nudging*, het stimuleren van mensen om een gewenste kant op te gaan zonder sancties toe te passen.⁸ Het klassieke voorbeeld van *nudging* is een schoolkantine. Daar liggen op ooghoogte frikandellen en suikerhoudende dranken, waardoor de leerlingen die producten

Auteur

1. Prof. dr. G.A. den Hartogh is emeritus-hoogleraar ethiek aan de Universiteit van Amsterdam en auteur van vele geschriften over orgaan- en afname, waaronder *Gift of Bijdrage* (Rathenau-Instituut 2003) en *Afscheid van de Vrijblijvendheid* (Centrum voor Ethiek en Gezondheid 2008).

Noten

2. Kamerstukken II 2012/13, 33506, 2, ingediend 18 december 2012.
3. Op grond van dit advies (Kamerstukken II 2013/14, 33506, 4) en het parlementaire debat heeft de indiener enkele wijzigingen

in het voorstel aangebracht, die voor mijn betoog niet van wezenlijk belang zijn. In antwoord op een vraag vanuit de Eerste Kamer heeft de Vice-president van de Raad van State in een brief van 2 december 2016 aangegeven dat met name de introductie van 'geen bezwaar' als een aparte registratiemogelijkheid, onderscheiden van uitdrukkelijke toestemming tot uitname, wel een verbetering van het wetsvoorstel betekent maar geen principiële wijziging, zodat de in 2013 aangereikte overwegingen voor de keuze van de wetgever relevant blijven.
4. Dus niet om enig belang van de potentiële donor te dienen, dat hij immers tijdens

zijn leven zelf kan behartigen. Dat is het principiële verschil met de rol van familieleden als vertegenwoordigers in de WGBO.
5. Dit geldt ook voor het verplichte-keuze systeem, zoals enkele Amerikaanse staten het kennen, omdat ook in dat systeem moet worden vastgelegd wat er met de organen gebeurt als de betrokkene zijn verplichting om tussen donatie en non-donatie te kiezen (nog) niet is nagekomen.
6. Ook door voorstanders wordt soms gesuggereerd dat het ADR-systeem in elk geval iedereen verplicht om zelf te kiezen tussen doneren en niet-doneren. Dat is onjuist: ook delegatie aan derden

blijft immers tot de keuzemogelijkheden behoren.
7. Deze § is ontleend aan mijn bijdrage aan de Deskundigenbijeenkoms die de Eerste Kamer op 6 juni jl. over het wetsvoorstel heeft georganiseerd. Zie ook Govert den Hartogh, 'De staat wil mij mijn organen afpakken', *Liberaal Reveil* 57, 2016: 56-61 (met een antwoord van het liberale Tweede Kamerlid Arno Rutte).
8. Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press 2008, met een hoofdstuk (11) over orgaan- en afname.



kiezen. Iemand stelt voor: laten we daar eens muesli en fruit neerleggen. Daarop beginnen leerlingen te roepen 'dat is aantasting van mijn zelfbeschikkingsrecht, van mijn keuzevrijheid, dat is manipulatie, een subtiele vorm van dwang', enz. Maar er moet *iets* op ooghoogte liggen en waarom zou dat het ongezonde voedsel moeten zijn? Bovendien veranderen de keuzemogelijkheden in het geheel niet. Je kunt ook dat ongezonde voedsel nog kiezen, alleen moet je daar dan even voor bukken. Het eni-

ge dat verandert, is de *default*. Over de standaardinstellingen op een computer hoor je ook zelden iemand roepen dat daarmee zijn zelfbeschikkingsrecht wordt aangetast.

We zagen al dat de Raad van State erkent dat ook het huidige systeem beoogt een hoger aanbod van organen te genereren dan een systeem zou doen dat expliciete toestemming van de betrokkene zou eisen. Ook het huidige systeem is dus een voorbeeld van *nudging*.

Geen enkel systeem kan een volledige keuzevrijheid garanderen. In ieder systeem is het mogelijk dat je buiten je schuld niet op de hoogte bent van de default, van je geregistreerde status en van de mogelijkheden om die te veranderen. Als je dat niet bent, kan het gevolg zijn dat je een 'keuze' maakt die niet overeenkomt met je wil. De keuzevrijheid die een systeem biedt is echter maximaal als er aan twee voorwaarden is voldaan. 1. Je moet heel gemakkelijk van de default kunnen afwijken. Dat is bij het ADR-systeem even eenvoudig als bij het huidige. 2. De overheid moet al het mogelijke doen om ervoor te zorgen dat je weet welke keuzemogelijkheden er zijn en hoe je geregistreerd staat. De maatregelen die het wetsvoorstel op dit punt voorstelt zijn alleen maar een aanzienlijke verbetering in vergelijking met wat er nu gebeurt.

De keuzevrijheid die een systeem biedt hangt van die factoren af: kennis van de keuzemogelijkheden, kennis van de default en het gemak waarmee je daarvan af kunt wijken. Wat de default is maakt niets uit. Het is dus een misverstand dat speciaal het ADR-systeem de keuzevrijheid aantast. Zowel in het debat in de Tweede Kamer als in de deskundigenbijeenkomsten die de Eerste Kamer recent heeft georganiseerd werd dat bezwaar weer in alle toonaarden herhaald. Het ADR-systeem zou zelfs een vorm van 'onteigening' van je organen door de overheid inhouden.⁹ Als dat waar is, berust ons erfrecht ook op onteigening. En niet alleen óns erfrecht, maar iedere vorm van erfrecht: er moet nu eenmaal vastgelegd worden wat er met je spullen gebeurt als je zelf niet hebt bepaald wat daarmee moet gebeuren. (En het is in dat geval heel wat moeilijker om van de default af te wijken dan bij het ADR-systeem.)

Zoals gezegd kan geen enkel systeem voorkomen dat er een groep mensen is van wie de keuzevrijheid wel wordt aangetast. Hiertoe zullen in het bijzonder mensen behoren die niet in staat zijn om kennis te nemen van de informatie die de overheid hen verschaft, langs welke weg dan ook, en die informatie te begrijpen. Volgens sommigen behoren ook mensen tot deze groep die post van de overheid ongeopend weggooiden of niet doorlezen als ze zien dat orgaandonatie het onderwerp is. Ik zou denken dat zij dat voor eigen risico doen. De overheid mag er in communicatie met de burger over zijn rechten en plichten van uitgaan dat de burger zich een redelijke mate van inspanning getroost om de boodschappen van de overheid te begrijpen. Anders zou het goeddeels onmogelijk worden belastingen en premies te heffen, boetes te innen, de burger te dagvaarden of in de gelegenheid te stellen deel te nemen aan verkiezingen. Dit uitgangspunt geldt ook voor laaggeletterden. Als zij weten dat ze moeite hebben om boodschappen van de overheid (of van de deurwaarder) te lezen of te begrijpen, mag van hen verwacht worden dat zij daarvoor hulp zoeken. Van de overheid mag wel een maximale inspanning worden verwacht om die boodschappen over te brengen en zo begrijpelijk mogelijk te maken. Ik ontken niet dat er uiteindelijk een groep mensen overblijft die niet op de hoogte zijn van de

keuzemogelijkheden die zij hebben en van hun status in het donorregister, en die dat niet te verwijten valt. Maar die groep is veel kleiner dan de miljoenen waarover vaak gesproken wordt.

Maar of het probleem nu groter is of kleiner, de inperking van de keuzevrijheid die daaruit voortkomt is in elk geval voor alle systemen van orgaanverwerving gelijk. Die inperking heeft niets te maken met de default die voor het systeem kenmerkend is. Ook als uitname van organen alleen mag met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkenen, zullen er mensen zijn aan wie de mogelijkheid om te doneren tegen hun wil onthouden wordt.

De keuzevrijheid die een systeem biedt hangt van die factoren af: kennis van de keuzemogelijkheden, kennis van de default en het gemak waarmee je daarvan af kunt wijken

Mijn argumentatie in deze paragraaf is niet normatief maar conceptueel van aard, een kwestie van logica. Als de conclusie je niet bevalt, kun je die dus niet terzijde schuiven door te zeggen dat je nu eenmaal andere prioriteiten hebt, je zult moeten uitleggen waar de fout in de redenering zit.

4. Veronderstelde of stilzwijgende toestemming?

Hoe zit het nu met het recht op lichamelijke integriteit? Zoals de Raad van State uitlegt bestaat het uit twee elementen: 1. het recht om te worden gevrijwaard van schendingen van en inbreuken op het lichaam door anderen; 2. het recht om zelf over het lichaam te beschikken.

Het eerste recht is een afweer- of schildrecht. Dat recht wordt niet aangetast door een systeem als het Japanse waarin donatie alleen kan doorgaan als de betrokkene daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft verleend. Dat kan wel ten koste gaan van zijn keuzevrijheid, als hij bereid was tot donatie maar niet wist welke stappen hij moest nemen om die voorkeur te effectueren. Maar in dat geval blijft zijn dode lichaam onaantast.

Geldt dat niet ook voor zijn recht om over zijn lichaam beslissingen te nemen? Dat hangt af van de interpretatie van het zelfbeschikkingsrecht. Vaak wordt ook dat opgevat als een zuiver negatief recht: het verbiedt de overheid en anderen om blokkades op te werpen voor de

9. Esmée Wiegman in de deskundigenbijeenkomst van 23 mei 2017. Vergelijk ook Ringo Ossewaarde, Roshnee Ossewaarde-

Lowtoo, 'Iedereen orgaandonor, tenzij...', *Christen Democratische Verkenningen* 2016, nr. 1: het ADR-systeem zou ervan

uitgaan dat onze organen een gemeenschappelijk bezit van alle Nederlanders zijn. Dat zou dan ook voor alle eigendommen

die wij nalaten gelden.

Stilzwijgende toestemming is geen veronderstelde toestemming, maar een gebruikelijke vorm van echte en volledige toestemming

uitvoering van je wil, binnen het domein dat door het recht als jouw domein wordt aangewezen. Bij die opvatting vindt in het Japanse systeem ook geen aantasting van je recht om over je lichaam te beschikken plaats. Maar het EHRM heeft een bredere opvatting van het recht: het kan je ook aanspraak geven op bepaalde middelen die je nodig hebt om je voorkeuren te realiseren, en zodoende de overheid ook tot bepaalde inspanningen verplichten. Afhankelijk van hoe je dit verder invult, zou ook in een systeem dat voor orgaanuitname uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene verlangt, van aantasting van je recht om over je eigen lichaam te beschikken sprake kunnen zijn. Ik zal deze kwestie verder openlaten en me concentreren op het eerste onderdeel van het recht op lichamelijke integriteit.

Volgens de Raad van State wordt dat recht in het ADR-systeem aangetast in alle gevallen waarin tot donatie wordt besloten terwijl de donor zichzelf niet als zodanig heeft geregistreerd, ongeacht of hij nu voorstander van donatie was of niet. In al die gevallen wordt immers iets met je lichaam gedaan waarvoor je geen toestemming hebt gegeven. Volgens de Raad wordt dan wel *verondersteld* dat je toestemming hebt gegeven, maar dat is niet genoeg. Veronderstelde toestemming is geen echte toestemming.

Dat laatste ben ik met de Raad eens.¹⁰ De achterliggende vraag is wat het precies betekent om toestemming te geven. Eén opvatting is dat je toestemming tot iets geeft als je het wilt of wenst. Toestemming geven is dan primair een mentaal proces. Dan zou je op grond van allerlei indirecte aanwijzingen kunnen veronderstellen dat iemand iets wenst, ook al heeft hij dat niet uitgesproken. Maar een tweede en meer plausibele opvatting is dat toestemming geven een communicatieve handeling is met een bepaald normatief gevolg. Dan valt er gewoon niets te veronderstellen als die handeling achterwege blijft. Daarom is 'veronderstelde toestemming' een onding.

Maar wat die 'handeling' is en wat het daaraan verbonden normatieve gevolg is, is een kwestie van conventie, van afspraak, of van wettelijke regeling. Als je op een veiling je pink beweegt, kan dat al het uitbrengen van een bod betekenen. Voor alle betrokkenen is het gedeelde kennis dat dit de betekenis van het gebaar is. En dan is het gemakkelijk in te zien dat ook het nalaten van iedere handeling zulke gevolgen kan hebben, met name als gelegenheid tot verzet wordt gegeven maar niet gebruikt. Dat is in het maatschappelijk leven een heel gebruikelijke figuur. Twee mensen kunnen een afspraak maken om elkaar ergens te ontmoeten doordat de een de ander mailt: zonder tegenbericht daar en daar, dan en dan. Verplichtingen

in het internationale recht berusten voor een flink deel op stilzwijgende toestemming.¹¹ Overeenkomsten kunnen vaak stilzwijgend worden aanvaard.¹²

In dat verband is het interessant dat de Raad van State uitvoerig ingaat op een vermeende tegenspraak tussen het wetsvoorstel van Pia Dijkstra en de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst: de WGBO vraagt immers wel voor elke medische behandeling toestemming van de betrokkene, maar Dijkstra zou dat niet doen. Vaak besluiten artsen tot een behandeling of het uitschrijven van een recept omdat de patiënt daarom vraagt. Maar afgezien daarvan komt het in Nederland zelden voor dat patiënten uitdrukkelijke toestemming geven voor medische handelingen. Ik heb het zelf nog nooit meegemaakt. De arts vertelt de patiënt wat in zijn ogen het aangewezen beleid is, en gaat ervan uit dat de patiënt het wel laat horen als hij het daar niet mee eens is. Soms is die aanname problematisch, omdat de patiënt mogelijk niet wist dat zijn toestemming vereist was en op die manier geacht werd gevraagd en verkregen te zijn, of te geïntimideerd was om in verzet te komen. Maar dat zijn factoren die ook de geldigheid van vermeende uitdrukkelijke toestemming kunnen ondermijnen.

Stilzwijgende toestemming is geen veronderstelde toestemming, maar een gebruikelijke vorm van echte en volledige toestemming. Ik beweer natuurlijk niet dat in alle gevallen waarin de wet of de gewoonte toestemming eisen, stilzwijgende toestemming volstaat. In veel gevallen zijn er goede redenen om alleen met uitdrukkelijke toestemming genoegen te nemen, of daaraan zelfs nadere vormvereisten te stellen. Maar dat moet van geval tot geval beoordeeld worden, er is geen algemene regel dat alleen uitdrukkelijke toestemming geldige toestemming kan zijn.

Dit alles betekent dat de mogelijkheid van aantasting van de lichamelijke integriteit beperkt blijft tot de gevallen waarin de betrokkene buiten zijn schuld om niet op de hoogte was van zijn keuzemogelijkheden en geregistreerde status, en niettemin wordt overgegaan tot uitname van zijn organen. We hebben het dan over wilsonbekwamen die niet als zodanig geïdentificeerd worden, ook niet door hun nabestaanden in het donatiegesprek, en over laaggeletterden van wie niet redelijkerwijs verwacht kan worden dat ze een beroep op ondersteuning doen om te kunnen communiceren met de overheid.

5. De onaantastbaarheid van het lichaam in het huidige systeem

Als in het nu geldende systeem de betrokkene zich niet heeft laten registreren, en zijn nabestaanden besluiten toch te bewilligen in donatie, heeft hij geen uitdrukkelijke toestemming gegeven. Volgens de Raad is iedere donatie waarbij uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene ontbreekt een inbreuk op de onaantastbaarheid van diens lichaam, en dat zou dus ook in dit geval moeten gelden. Dit moet in elk geval genuanceerd worden voor gevallen waarin de betrokkene in het Donorregister uitdrukkelijk heeft aangegeven de beslissing aan zijn nabestaanden toe te vertrouwen. In dat geval heeft hij immers ook geen uitdrukkelijke toestemming gegeven, maar geldige toestemming kan niettemin uit zijn beslissing worden afgeleid ('implied consent'). Hij heeft zijn

familie uitdrukkelijk geautoriseerd om namens hem toestemming te geven. Maar als iedere registratie ontbreekt heeft zo'n uitdrukkelijke autorisatie niet plaatsgevonden. Als bij het ontbreken van registratie geen sprake kan zijn van een geldige toestemming tot donatie, kan er ook geen sprake zijn van geldige autorisatie om te beslissen tot donatie. Dan zou volgens de redenering van de Raad dus ook het recht op lichamelijke integriteit van de overledenen worden aangetast.

Op één plaats in het advies wordt dit opeens erkend. De Raad stelt daar vast dat bij veronderstelde toestemming sprake is van aantasting van het recht op lichamelijke integriteit, en dat daarvoor een wettelijke regeling nodig is. 'De voorgestelde wijziging van de WOD biedt zo'n wettelijke regeling. Maar ook de huidige WOD biedt zo'n wettelijke regeling, namelijk voor die gevallen waarin de donor bij leven geen uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven en de beslissing wordt overgelaten aan de nabestaanden.' De hele verdere argumentatie van het advies berust echter op de aanname dat een conflict met art. 11 Gw pas optreedt bij de overgang van het huidige systeem naar het voorgestelde.

Ik heb in § 4 betoogd dat onder het voorgestelde systeem in het algemeen het nalaten van een expliciete registratie kan worden opgevat als een stilzwijgende toestemming voor donatie. Kunnen we zo in het huidige systeem ook zeggen dat mensen die niets van zich laten horen hun nabestaanden stilzwijgend autoriseren om de keuze voor hen te maken? Dat hangt af van de factoren die ik in § 3 heb genoemd. Weten Nederlandse burgers op het ogenblik welke keuzemogelijkheden het Donorregister biedt en wat het betekent om geen keuze te laten registreren? Als ze het niet weten kunnen we dan zeggen dat de overheid voldoende heeft gedaan om hen daarover te informeren? Aanzienlijk minder dan Pia Dijkstra van plan is, dat staat vast. Het is niet onmogelijk dat we zouden moeten concluderen dat het probleem dat de Raad van State voor het ADR-systeem signaleert voor de voorgestelde regeling niet bestaat, maar voor de huidige wel.

Ik laat dat nu in het midden. Ook als we accepteren dat in het voorgestelde systeem sprake is van stilzwijgende toestemming en in het huidige van stilzwijgende autorisatie, blijft het kleinere probleem dat ik in § 4 heb besproken, niet alleen voor het ADR-systeem bestaan maar ook voor het huidige. Als mensen buiten hun schuld niet op de hoogte zijn van de details van de bestaande regeling en door de beslissing van hun nabestaanden donor worden, wordt hun recht op lichamelijke integriteit aangetast. Of ze het nu eens zouden zijn geweest met donatie of niet.

Een groot deel van de vragen die vanuit de Eerste Kamer aan de initiatiefneemster zijn gesteld betreft de vraag of de maatregelen die zij voorstelt om ingezetenen te informeren voldoende zijn. Die vragen zijn volstrekt

legitiem. Maar zij kunnen met hetzelfde of meer recht ook bij het huidige systeem gesteld worden. In beide gevallen kan dat alleen een reden zijn om de informatievoorziening te verbeteren, niet om het systeem af te wijzen.

6. Is de aantasting onder het ADR-systeem moeilijker te rechtvaardigen?

Dat het probleem van de aantasting van de lichamelijke integriteit onder beide systemen, het voorgestelde en het huidige, bestaat, betekent niet dat het in beide systemen even groot is. Het betekent ook niet dat de aantasting van het recht op lichamelijke integriteit in beide stelsels even goed te rechtvaardigen valt.

Stel dat we in Nederland een systeem als het Japanse zouden hebben waarin voor donatie altijd een uitdrukkelijke toestemming van de donor vereist is. En stel dat we overwogen over te gaan op een systeem als het huidige, waarin de default een beslissing van de nabestaanden is.

Het is niet onmogelijk dat we zouden moeten concluderen dat het probleem dat de Raad van State voor het ADR-systeem signaleert voor de voorgestelde regeling niet bestaat, maar voor de huidige wel

Dan zouden we het volgende moeten bedenken. In het slechtste geval zullen familieleden na de overgang in alle gevallen waarin een expliciete toestemming in het Donorregister ontbreekt donatie weigeren. Dan zou het aantal donaties niet toenemen, maar aantastingen van de lichamelijke integriteit zullen nog steeds niet voorkomen. Stel dat families soms bewilligen in uitname. Dan neemt het aantal aantastingen toe, maar het aantal donaties ook, *en daarmee ook de mate waarin die aantastingen gerechtvaardigd kunnen worden*.

Hoe we deze afweging in Nederland maken is duidelijk: niemand pleit voor het Japanse systeem. Kennelijk vinden we allemaal dat de 20% extra donaties die we door toestemming van de familie verkrijgen (ruim 1/3 van 60% gevallen waarin geen registratie in het Donorregister heeft plaatsgevonden) het aantal gevallen waarin sprake

10. Govert den Hartogh, 'Can Consent be Presumed?', *Journal of Applied Philosophy* 28, 2011, p. 295-307.

11. Zie bijv. G. Handl, 'International "Law-making" by Conferences of the Parties and

Other Politically Mandated Bodies', in: R. Wolfrum & V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty-Making*, Berlin: Springer 2005, p. 127-143.

12. J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht I:*

Contractenrecht, Wolters Kluwer 2004 (5e druk), p. 90-92. Vergelijk ook A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Asser 6-III, Algemeen overeenkomstenrecht*, p. 147-148, Kluwer 2014. Voor een ander mooi voorbeeld van

stilzwijgende toestemming in de sfeer van het overeenkomstenrecht, zie HR 26 juni 1925, (*Cayzé Irvine & Co/Smit & Co*), *NJ 1925/977*, besproken door Van Dunné, *ibid.*, 102.

De gedachte dat een registratie er niet toe doet als die overruled kan worden, miskent opnieuw het belang van de default voor elke besluitvorming, juist ook voor de besluitvorming van de nabestaanden

is van aantasting van de lichamelijke integriteit rechtvaardigt.¹³ Of de onaantastbaarheid van het lichaam nu, zoals de Raad van State meent, bij alle gevallen van donatie zonder uitdrukkelijke toestemming in het geding is, of alleen bij een beperkte subgroep van de wilsonbekwamen en laaggeletterden.

Laten we nu het huidige en het voorgestelde systeem vergelijken. Stel dat bij de overgang naar het ADR-systeem, tegen alle verwachtingen in, de uitkomsten gelijk blijven aan de huidige: 24% geregistreerde donoren, 16% weigeraars, en in 2 op de 3 van de overige gevallen weet de familie 'aannemelijk te maken' dat de overledene wel degelijk bezwaar tegen donatie had. Dan is de opbrengst dezelfde als nu. Het aantal aantastingen van de lichamelijke integriteit is dan eveneens hetzelfde als nu.

Maar neem nu aan dat bij de overgang van het systeem het aantal gevallen waarin bij het ontbreken van een expliciete registratie de familie donatie tegenhoudt afneemt. Dan zal het aantal aantastingen van het recht op lichamelijke integriteit toenemen, maar, evenals in het hypothetische voorbeeld van een overgang vanuit het Japanse systeem, *de mate waarin die aantastingen gerechtvaardigd kunnen worden eveneens*. En als we in dat voorbeeld de toename van het aantal beschikbaar komende organen zwaarder vinden wegen, moeten we consistent zijn en dat in dit geval ook vinden.

7. Een aanvullende rechtvaardiging

Ik heb in § 4 gesteld dat, als er in het ADR-systeem geen stilzwijgende toestemming wordt gegeven, of in het huidige systeem geen stilzwijgende autorisatie verleend, orgaanuitname het recht op lichamelijke integriteit aantast, ook als de betrokkene het met die uitname eens zou zijn geweest. Daaruit volgt niet dat de vraag of dat het geval was voor de rechtvaardiging van die uitname geen enkel verschil maakt. Is er op dit punt een systematisch verschil tussen het bestaande en het voorgestelde systeem?

Als in de huidige situatie familieleden de beslissing over doneren of niet-doneren moeten nemen, proberen zij bijna altijd de keuze te maken waarvan zij aannemen dat die de voorkeuren van hun overleden familielid het dichtst benadert. Het probleem is alleen dat zij van die voorkeuren vaak niet het flauwste idee hebben. In dat geval zijn zij echter geneigd donatie te weigeren. Dat is de belangrijkste reden voor het hoge aantal familieweigeringen, maar dat beleid heeft wel tot gevolg dat het aantal malen dat mensen in strijd met hun wensen donor worden beperkt wordt.

Onder het voorgestelde systeem wordt bij een 'geen bezwaar'-registratie in principe overgegaan tot uitname. Leidt dat niet tot een veel groter aantal ongewenste

'donaties'? Er zijn twee redenen om dat te betwijfelen. Allereest kunnen de nabestaanden uitname tegenhouden als ze aannemelijk kunnen maken dat die niet in overeenstemming is met de wil van de betrokkene. Je mag aannemen dat in de meeste gevallen waarin die (al of niet buiten zijn schuld) niet op de hoogte was van zijn status en keuzemogelijkheden, nabestaanden daarop zullen kunnen wijzen. Maar juist als de familieleden nadenken over de voorkeuren van de betrokkene, geeft onder het ADR-systeem een 'geen bezwaar'-registratie hen daarover in de meeste gevallen informatie: hij wist hoe hij geregistreerd stond en wat dat betekende, en vond dat kennelijk okay.

Tussen die twee methoden om donaties tegen de wil van de betrokkene te voorkomen bestaat een delicaat evenwicht. De KNMG heeft voorgesteld de nabestaanden bij een geen bezwaar-registratie het recht te geven de donatie tegen te houden zonder dat zij aannemelijk zouden hoeven maken dat die niet in overeenstemming was met de wil van de betrokkene. Maar in dat geval kan de familie toch praktisch, net als nu, een vrije keuze maken tussen doneren en niet-doneren. En precies omdat dat dan de betekenis van 'geen bezwaar' wordt, en de betrokkene dat heeft kunnen weten op het moment dat hij ervan afzag om een eigen keuze te laten registreren, geeft de registratie in de categorie 'geen bezwaar' de familie dan geen informatie meer over de voorkeuren van de betrokkene. Daarnaast gaat dan ook het voordeel verloren dat de familie niet meer op een onmogelijk moment met die vrije keuze wordt belast.

Over dit punt bestaat enige verwarring omdat de vertegenwoordiger van de Nederlandse intensivisten, Farin Abdo, in zijn pleidooi voor invoering van het ADR-systeem tijdens een van de deskundigenbijeenkomsten, er aan heeft herinnerd dat transplantatie-artsen het ook nu al respecteren als nabestaanden zich blijvend tegen donatie verzetten, zelfs als de overledene zichzelf als donor heeft laten registreren. Dat zullen zij blijven doen. Betekent dat al niet dat er eigenlijk niets verandert, omdat uiteindelijk altijd de familie beslist? Als dat bezwaar zou kloppen, zou ook registratie als donor geen zin hebben. Dat heeft het echter wel: dan blijft de familie zich slechts in 6% van de gevallen verzetten. De gedachte dat een registratie er niet toe doet als die overruled kan worden, miskent opnieuw het belang van de default voor elke besluitvorming, juist ook voor de besluitvorming van de nabestaanden.

Hetzelfde geldt ook voor het bezwaar dat stelselwijziging niet nodig zou zijn als de donatievraag maar wat anders gesteld zou worden. Hoe het donatiegesprek met de nabestaanden gevoerd wordt hangt af van wat in dat gesprek als uitgangspositie mag worden ingenomen:

de overledene had geen bezwaar, of: wij weten het niet, zegt u het maar.

Een van de doelstellingen van de WOD is om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen die de nabestaanden zelf hebben bij de donatiebeslissing. Tot die gerechtvaardigde belangen behoort vooral het belang om te kunnen handelen in de geest van de overledene en het belang geen onnodig zware lasten te hoeven dragen. Het voorgestelde systeem komt aan beide belangen beter tegemoet dan het huidige.

8. Conclusie

Volgens de Raad van State leidt het ADR-systeem tot aantastingen van het recht op lichamelijke integriteit. Dat recht kan wel ingeperkt worden door een wettelijke regeling, maar dan moet aannemelijk gemaakt worden dat die het aantal beschikbaar komende organen verhoogt en dat een vergelijkbaar effect niet op een andere manier kan worden gerealiseerd. In de Tweede Kamer oordeelden fracties verschillend over de vraag of dat voldoende was gebeurd.

Ik heb in § 3 en 4 allereerst laten zien dat de Raad de omvang van het probleem sterk overdrijft doordat hij niet erkent dat 'geen bezwaar' in het voorgestelde systeem in het algemeen zal kunnen worden opgevat als stilzwijgende toestemming. De uitzondering daarop bestaat alleen uit ter zake wilsonbekwamen die niet als zodanig worden geïdentificeerd en laaggeletterden die het niet kan worden verweten dat communicatie met de overheid onmogelijk is. De belangrijkste tekortkoming van de argumentatie van de Raad is echter dat geen vergelijking wordt gemaakt tussen het voorgestelde systeem en het huidige. Als we dat wel doen blijkt de omvang van het probleem in het ADR-systeem in het slechtste geval, bij een vergelijkbaar aantal familieweigeringen, niet groter te zijn dan in het huidige. Bij een afnemend aantal familieweigeringen

neemt de kans op het aantal aantastingen van de lichamelijke integriteit wel toe, maar dat effect wordt dan meer dan gecompenseerd door het stijgend aantal beschikbaar komende organen. Wie dat compensatie-effect niet erkent zou iedere afwijking van het Japanse systeem moeten veroordelen.

De conclusie die we uit deze inzichten kunnen trekken is dat de wetgever bij de overgang van het huidige systeem naar het ADR-systeem met het oog op art. 11 GW en art. 8 EVRM geen rechtvaardigingslast heeft waaraan al niet bij de introductie van het huidige systeem is voldaan. Iedereen die het wetsvoorstel afwijst op grond van de bezwaren die de Raad van State naar voren heeft gebracht, zou ook, en zelfs *a fortiori*, het huidige systeem moeten afwijzen. Hetzelfde geldt, zoals ik in § 5 aangaf, voor het bezwaar dat de voorgestelde maatregelen om ingezetenen van voldoende informatie te voorzien tekortschieten.

Dit betekent uiteraard niet dat het niet uitmaakt of stelselwijziging tot een hoger aanbod van donororganen zal leiden of niet. Dat is van belang, alleen al omdat stelselwijziging kosten met zich meebrengt. Als je de grote betekenis realiseert die defaults in het algemeen voor menselijke besluitvorming hebben zou je verwachten dat opt-out systemen het beter doen dan zogenaamde opt-in systemen. Het vergelijkend empirisch onderzoek naar de resultaten van deze stelsels is methodisch buitengewoon ingewikkeld, maar het meest recente onderzoek bevestigt deze verwachting.¹⁴

Voorwaarde is dan wel dat het donatiegesprek met de familie op een aan de nieuwe default aangepaste wijze wordt gevoerd, hoezeer ook met alle respect voor hun eigen afwegingen. De houding die de Nederlandse intensivisten sinds jaar en dag tegenover het ADR-systeem innemen geeft alle vertrouwen dat ook aan deze voorwaarde zal worden voldaan.¹⁵ ●

^{13.} Zoals de Eerste Kamer fractie van de Christen Unie in vragen aan de initiatiefneemster aangaf, en Martin Buijsen in de deskundigenbijeenkomst van 6 juni 2017 onderstreepte, is het doel om het aantal postmortale donoren te verhogen niet opti-

oneel, maar een taak die de overheid opgelegd wordt door het grondrecht op gezondheidszorg (art. 22 Gw).

^{14.} Voor een overzicht tot 2012 zie Melissa Palmer, *Opt-out systems of organ donation: international evidence review*, Welsh

Government Social Research 2012; en Lee Shepherd e.a., 'An international comparison of deceased and living organ donation/transplant rates in opt-in and opt-out systems: a panel study', *BMC Medicine* 2014, 12:131.

^{15.} Vergelijk de bijdrage van Farid Abdo aan de eerste deskundigenbijeenkomst op 23 mei 2017.