



Orgaandonatie & menselijke waardigheid

Prof. Dr. Mr. Martin Buijsen

Inleiding

Anno 2008 bieden de transplantatiewachtlijsten in Nederland een weinig florissante aanblik. Terwijl de medisch-technische mogelijkheden om orgaanbehoefte patiënten te helpen sterk zijn toegenomen, zijn de wachtlijsten onverminderd lang en vindt er vermijdbare sterfte plaats. Zo bevonden zich op 31 december 2007 916 patiënten op de wachtlijst voor niertransplantaties. De gemiddelde wachtduur van met postmortale nieren getransplanteerde patiënten bedroeg in dat jaar 1166 dagen.¹ Op diezelfde datum was van 5.190.375 burgers bekend welke keuze zij gemaakt hebben ten aanzien van orgaandonatie. Van de geregistreerden blijkt 58,9% toestemming voor postmortale donatie te hebben gegeven. Van hen heeft 30,5% bezwaar gemaakt en 12,6 % heeft laten weten de beslissing over te willen laten aan de nabestaanden of een met name genoemd persoon.² Met andere woorden, van slechts 40% van de Nederlandse volwassen bevolking is de keuze bekend.

In de huidige Wet op de orgaandonatie (WOD) is bepaald dat indien van een persoon geen verklaring omtrent het verwijderen van organen aanwezig is, daarvoor na het intreden van de dood toestemming kan worden verleend door de bij zijn overlijden met de samenlevende echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel, dan wel bij afwezigheid of onbereikbaarheid van deze door de onmiddellijk bereikbare meerderjarige bloedverwanten tot en met de tweede graad dan wel bij afwezigheid of onbereikbaarheid van dezen door de onmiddellijk bereikbare aanverwanten tot en met de tweede graad. Betreft het een minderjarige van twaalf jaar of ouder waarvan geen wilsverklaring bekend is, dan kan de toestemming worden verleend door de ouders die de ouderlijke macht uitoefenen, of de voogd.³

De tweede evaluatie van de WOD bracht aan het licht dat 71% van de nabestaanden van niet-geregistreerden geen toestemming blijkt te verlenen wanneer om donatie gevraagd wordt.⁴ Dit gegeven, gevoegd bij het onverwacht lage aantal burgers dat sinds de inwerkingtreding van de wet, hun keuze kenbaar heeft gemaakt, maakt dat de wetgeving voorsnog niet tot gevolg heeft gehad dat de transplantatiewachtlijsten (en daarmee de sterfte onder patiënten) korter zijn geworden. Dit terwijl destijds vergroting van het aanbod van donororganen toch een hoofddoelstelling van de nieuwe wet was, naast rechtszekerheid, de rechtvaardige verdeling van beschikbare donororganen en het voorkomen en tegengaan van orgaanhandel.

¹ NTS, *Voorlopige jaarcijfers 2007*, februari 2008, te vinden op www.transplantatiestichting.nl.

² Ibidem.

³ Artikel 11 WOD.

⁴ R. Friele et al. Tweede evaluatie Wet op de orgaandonatie, ZonMw, Den Haag 2004, p. 107.

In het recente verleden is een aantal voorstellen gedaan om het tekort aan beschikbare donororganen terug te dringen. In het hiernavolgende ga ik na of en in welke mate zij de toets van de mensenrechten kunnen doorstaan. Dat het daarbij gaat om mensenrechten opgenomen in verdragen die Nederland vooralsnog niet heeft geratificeerd,⁵ interesseert me op deze plaats minder. Over de precieze positiefrechtelijke betekenis van dat feit heb ik me elders uitgelaten,⁶ op deze plaats is het me te doen om de materiële vraag.

Recente voorstellen

In *Gift of bijdrage? Over morele aspecten van orgaandonatie* (2003) maakt de Amsterdamse ethicus Den Hartogh zich niet alleen sterk voor een geen-bezwaarsysteem (iedereen is potentieel donor, tenzij daartegen uitdrukkelijk bezwaar wordt gemaakt) maar bepleit hij tevens de invoering van een bonuspuntensysteem.⁷

Nu is in het verleden wel vaker gepleit voor een ander beslissysteem (varianten van het geen-bezwaarsysteem komen overigens het meeste voor in Europa, slechts de Bondsrepubliek, het Verenigd Koninkrijk en Nederland kennen varianten van het toestemmingsysteem: niemand is donor, tenzij daarvoor uitdrukkelijk toestemming is gegeven), maar de bonuspuntengedachte was nieuw. Doneren is de regel, zo lezen we, maar weigeren moet mogelijk blijven. Wel mag weigeren volgens Den Hartogh onaantrekkelijker gemaakt worden. Hij stelt daarom voor om bij de toewijzing van organen rekening te houden met de donatiebeslissing van degenen die op de wachtlijst staan. Potentiële donoren krijgen daarvoor bonuspunten. Bij gelijke medische geschiktheid geven de bonuspunten doorslag en krijgt de potentiële donor voorrang boven iemand die met een bezwaar geregistreerd staat. Volledige uitsluiting van weigeraars vindt de ethicus te hard, maar lagere plaatsing op de wachtlijst acht hij wel geoorloofd. En wie de beslissing overlaat aan de nabestaanden, krijgt geen bonuspunten. Alleen bij non-registratie acht Den Hartogh het honoreren van bezwaar van de familie tegen orgaanuitname verdedigbaar.⁸

De gedachte achter Den Hartoghs voorstel is eenvoudig. Omdat het eigenbelang gediend kan zijn met registratie, mag verwacht worden dat het aanbod van post mortem donororganen zal toenemen, misschien wel in die mate dat zelfs orgaanbehoeftige patiënten die zichzelf als bezwaarde hebben laten registreren, sneller geholpen zouden kunnen worden dan voor de invoering van het arrangement mogelijk zou zijn geweest. Hoewel het plan dus inspeelt op het eigenbelang, zou toch iedereen er beter van kunnen worden. Over de bezwaren die aan het systeem kleven, komen we nog te spreken.

Het tweede voorstel heeft betrekking op donatie bij leven. Door het structurele tekort aan voor transplantatie beschikbare postmortale organen, is dit alternatief in Nederland belangrijker geworden. Het betreft vooral levende nierdonatie. Op dat gebied heeft zich de afgelopen jaren een aanzienlijke uitbreiding van de mogelijkheden voorgedaan. Ging het aanvankelijk om vormen van ‘familietransplantatie’, inmiddels hoeft van verwantschap tussen donor en ontvanger geen spreke meer te zijn. Iedereen kan in beginsel voor een ander als levende nierdonor optreden. Wel moet de bloedgroep passen en mag er geen sprake zijn van een belemmerende afweerreactie tussen donor en ontvanger. Inmiddels wordt 41 % van het jaarlijkse aantal niertransplantaties in ons land uitgevoerd met een nier van een levende donor.⁹

⁵ Het voornemen daartoe is overigens wel kenbaar gemaakt, zie de *Beleidsbrief Ethiek* van de Staatssecretaris van VWS, naar de Kamer verzonden op 7 september 2007.

⁶ Hans Akveld en Martin Buijsen, *Een juridische verkenning inzake alternatieve beslissystemen rondom orgaandonatie en inzake financiële incentives*, Rotterdam 2008.

⁷ Govert den Hartogh, *Gift of bijdrage? Over morele aspecten van orgaandonatie*, Rathenau Instituut, Den Haag 2003.

⁸ Ibid, p. 11-20.

⁹ Gezondheidsraad. *Ruilen met de wachtlijst. Een aanvulling op het programma voor nierdonatie-bij-leven?* Adviesnr. 2007/11, Den Haag 2007, p. 11.

Een verdere vergroting van de mogelijkheden op dit gebied is bereikt met het succesvolle Nederlandse programma voor *cross-over* nierdonatie. Patiënten die vanwege een niet passende bloedgroep of afweerreactie niet rechtstreeks geholpen kunnen worden door de persoon die aan hen een nier wil afstaan, kunnen met hun donor deelnemen aan dit nationale uitwisselingsprogramma van levende nieren. Ook met dat *cross-over* programma kunnen echter niet alle donor/ontvangerparen geholpen worden. Dat geldt vooral voor paren waarvan de patiënt bloedgroep O heeft. De kans dat een orgaandonor in het *cross-over* programma gevonden wordt is klein, aangezien personen met bloedgroep O in beginsel aan ontvangers met iedere bloedgroep kunnen doneren. Maar ook bij afweerproblemen tussen donor en ontvanger kan binnen het *cross-over* programma niet altijd een goede match gevonden worden.¹⁰

Voor dit probleem is het ruilen met de wachtlijst ('Living Donor List Exchange': LDLE) bedacht. Dit houdt in dat een ruil plaatsvindt tussen in het *cross-over* programma niet te helpen donor/ontvangerparen aan de ene kant en de lijst van patiënten die wachten op een postmortale nier aan de andere kant. De nier van de donor van de langs deze weg te helpen patiënt wordt gegeven aan de eerste voor transplantatie in aanmerking komende patiënt op de wachtlijst. In ruil daarvoor krijgt de patiënt aan wie zij of zij in eerste instantie had willen doneren een hoge urgentie voor het ontvangen van een zo goed mogelijke nier uit de pool van postmortale nieren.¹¹

LDLE betekent dat meer patiënten via levende donatie aan een nier geholpen kunnen worden dan anders het geval zou zijn, terwijl het aantal voor de postmortale wachtlijst beschikbare nieren gelijk blijft. Voor een deel van de patiënten zal dit arrangement gunstig uitpakken: ze komen eerder aan de beurt en degenen die het geluk treft een levende nier te mogen ontvangen zijn daarmee beter af dan met het postmortale orgaan waar ze op wachtten. Voor patiënten met bloedgroep O is het effect echter ongunstig. Voor hen neemt de gemiddelde wachtduur toe.¹²

LDLE wordt momenteel nog uitsluitend in de Verenigde Staten toegepast, omdat in dit land - net als in Nederland - veel donatie bij leven plaatsvindt. De Nederlandse Transplantatie Stichting wilde enige tijd geleden LDLE graag in de praktijk beproeven. Zij wendde zich daarom tot de Minister van VWS met het verzoek ruimte te maken voor een pilot. De Gezondheidsraad, door de Minister om advies gevraagd, ontraadde dit uiteindelijk.¹³ Erkend werd dat het ruilen met de wachtlijst grote voordelen met zich meebrengt. Niet alleen komen er extra nieren beschikbaar waardoor meer mensen een transplantatie kunnen krijgen, die nieren zijn ook nog eens van hoge kwaliteit en geven uitzicht op een langdurige transplantaat-overleving. Verder betekent LDLE dat levende donatie voor wie daaraan begint een minder ongewis avontuur wordt. Ook als het niet direct lukt, is er uiteindelijk toch uitzicht op een succesvolle transplantatie: een doodlopende weg hoeft het niet meer te zijn.¹⁴ Nadelen zijn er echter ook, zoals ook de Gezondheidsraad moest constateren.

In opdracht van een ander adviesorgaan, de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg (RVZ) onderzochten de ethici Hilhorst en Van Dijk weer een andere optie: de financiële stimulering van orgaandonatie. Zij stelden vast dat voor het tekort aan organen die beschikbaar komen voor transplantatie een grote menselijke en maatschappelijke prijs betaald wordt; een prijs die eerder groter dan kleiner wordt, omdat mensen steeds vaker hun toevlucht zoeken tot de illegale handel in nieren van levende donoren, met alle misstanden die zich daarin voordoen.¹⁵

¹⁰ Ibid., p. 11-12.

¹¹ Ibid., p. 12.

¹² Ibidem.

¹³ Ibid., p. 13.

¹⁴ Ibid., p. 15-16.

¹⁵ Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, *Financiële stimulering van orgaandonatie. Een ethische verkenning*. Signalering ethiek en gezondheid 2007/3, Centrum voor ethiek en gezondheidszorg, Den Haag 2007, p. 7

Hilhorst en Van Dijk erkennen dat betaling van organen in eerste instantie gevoelens van afkeer oproepen, maar stellen zich vervolgens de vraag of de heersende opvatting dat een orgaan alleen een geschenk kan zijn niet betekent dat we daarmee kansen laten liggen. Zijn er misschien geen mogelijkheden die, bij een zorgvuldige beschouwing, ethisch gezien goed zouden passen in ons waardensysteem en die ook praktisch gezien het overwegen waard zijn?

De beide ethici verwachten niet al teveel van het financieel stimuleren van postmortale orgaandonatie. Het beschikbare potentieel is immers beperkt en neemt steeds verder af. Ethisch gezien zijn er in hun ogen geen bezwaren tegen beloningen die niet contant worden uitgekeerd, maar die mensen ontvangen in de vorm van een vrijstelling van kosten, zoals ziektekosten of begrafeniskosten. Anders dan bij (bijvoorbeeld) een gratis paspoort, blijft zo de relatie met de zorg bewaard. Dat geldt ook voor bepaalde vormen van immateriële beloning, zoals een zekere voorrang op de wachtlijst voor geregistreerden. Hilhorst en Van Dijk stellen daarom voor de volgende stimulansen voor registratie als donor te overwegen: 1. een eenmalige korting geven op de ziektekostenpremie, en 2. een iets hogere plaats toekennen op een wachtlijst op een wachtlijst voor orgaandonatie, mocht iemand die zich registreert daar later gebruik van moeten maken.¹⁶

Als donatie daadwerkelijk aan de orde is, valt er volgens de ethici vooral winst te boeken door het aantal weigeringen door nabestaande terug te dringen. Daarvoor achten zij de volgende stimulansen het overwegen waard: 1. een beloning aan nabestaanden wanneer zij toestemming geven voor orgaandonatie, bijvoorbeeld in de vorm van een vergoeding van begrafeniskosten, en 2. (nog) meer ondersteuning aan professionals, voor goede algemene voorlichting, ondersteuning bij beslissingen rond het levenseinde, en communicatie met en begeleiding van naasten.¹⁷

Ten slotte zien ook Van Dijk en Hilhorst dat donatie bij leven in Nederland een steeds prominentere rol gekregen heeft. Hun ethische analyse wijst uit dat betaling onder bepaalde omstandigheden moreel te rechtvaardigen is, zolang tenminste vastgehouden wordt aan de fundamentele basisprincipes van vrijwilligheid en gelijke toegang. Betaling en vrijwilligheid blijken elkaar volgens deze ethici niet uit te sluiten en betaling en altruïsme kunnen goed samengaan. De beste optie is in hun ogen een levenslange vergoeding van de ziektekostenpremie toe te kennen aan levende donoren. Dit middel zou het meeste recht doen aan de morele intuïtie van velen dat organen geen dingen zijn waar je geld voor zou moeten krijgen. Deze optie heeft ook als voordeel dat het minder voor de hand ligt dat mensen met financiële problemen voor levende donatie zullen kiezen.¹⁸

Internationale verdragen

Zoals gezegd is Nederland momenteel niet partij bij een verdrag waarin afspraken over orgaandonatie en -transplantatie zijn gemaakt. Daarmee is niet gezegd dat er over de wijze waarop met mensenrechten in deze context dient te worden omgesprongen in het geheel geen internationale afspraken zijn gemaakt. Dat is namelijk wel het geval en zelfs binnen het raamwerk van de Raad van Europa: de voor Nederland meest invloedrijke organisatie op het gebied van de mensenrechtenbescherming.

De Raad van Europa (RvE) is het geheel van staten, waaronder Nederland, die partij zijn bij het uit 1950 stammende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).¹⁹ Sinds dat jaar legt de RvE zich toe op de verdere uitwerking van de EVRM-bepalingen. Binnen het raamwerk van de RvE zijn inmiddels een kleine tweehonderd mensenrechtenverdragen ontwikkeld. Nederland is partij bij verreweg de meeste RvE-mensenrechtenverdragen.

¹⁶ Ibid., p. 8.

¹⁷ Ibid., p. 8-9.

¹⁸ Ibid., p. 9.

¹⁹ Verdrag van 4 november 1950, Trb. 1951, 154.

In 1997 kwam het Verdrag voor de bescherming van de mensenrechten en de menselijke waardigheid met betrekking tot de toepassing van biologie en geneeskunde (het zogenaamde Biogeneeskundeoverdrag) tot stand.²⁰ In dit verdrag zijn enkele bepalingen opgenomen met betrekking tot levende orgaandonatie. Bij het Biogeneeskundeoverdrag is Nederland geen partij (21 Europese landen overigens wel), maar de huidige Staatssecretaris van VWS heeft onlangs (in haar op 7 september jl. gepubliceerde Beleidsbrief Ethiek) laten weten stappen te zullen ondernemen om de ratificatie op korte termijn te laten plaatsvinden. Na de toekomstige ratificatie weet Nederland zich dus gebonden aan de bepalingen van dit Biogeneeskundeoverdrag.

De bepalingen ter zake van levende orgaandonatie worden voorafgegaan door algemene bepalingen die betrekking hebben op het recht op toegang tot gezondheidszorg, het recht op behandeling volgens medisch-professionele standaarden, 'informed consent', de bescherming van wilsonbekwamen, informatieverstrekking, privacybescherming, het menselijk genoom, medisch-wetenschappelijk onderzoek, et cetera. Deze bepalingen zijn ook van toepassing op orgaantransplantatie, ongeveer zoals de bepalingen van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) gelden voor elke medische ingreep, indien en voor zover er geen specifiekere bepalingen zijn.

Hoofdstuk VI bevat enkele bepalingen die specifiek betrekking hebben op donatie door levende donoren. Zo stelt artikel 19, eerste lid, dat de verwijdering van organen en weefsels bij levenden voor transplantatiedoeleinden uitsluitend mag plaatsvinden a. ten behoeve van een therapeutisch voordeel aan de zijde van de ontvanger, en b. indien er geen geschikt weefsel of orgaan voorhanden is afkomstig van een dode donor en er geen andere therapeutische methode bestaat van vergelijkbare effectiviteit.

Het zogenaamde *Explanatory Report*, de gezaghebbende uitleg gegeven door de opstellers van de verdragstekst, voegt eraan toe dat Hoofdstuk VI niet van toepassing is op bloedtransfusie. In het bijzonder denkt men bij organen in dit verband aan lever, nier, long en alvleesklier. In het *Report* wordt ook gesteld dat dialyse niet te beschouwen is als een behandeling die even effectief is (in termen van kwaliteit van leven) als de transplantatie van een nier,²¹ waarmee verwijdering van een nier dus gelegitimeerd is indien de donor geïnformeerde toestemming gegeven heeft.

Het tweede lid van die bepaling vult de algemene bepaling ter zake van 'informed consent' aan met de eis dat de toestemming van de donor expliciet gegeven moet zijn, en meer specifiek schriftelijk vastgelegd of gedaan ten overstaan van een bevoegde instantie, waarbij aan een notaris of een rechtbank te denken valt, aldus het *Explanatory Report*. Het *Report* voegt hieraan toe dat de uitname van een orgaan slechts dan mag plaatsvinden nadat de concrete therapeutische behoefte van de ontvanger bekend is geworden. Weefsels daarentegen kunnen in banken worden opgeslagen om te voorzien in toekomstige noden.²²

Artikel 20 heeft betrekking op orgaanuitname bij wilsonbekwamen. Hoofddregel is dat de verwijdering van organen en weefsels bij wilsonbekwamen niet plaatsvindt. Bij wijze van uitzondering mag de nationale wetgever voorzien in de mogelijkheid, doch slechts indien voldaan wordt aan een aantal eisen. Allereerst moet er geen compatibele donor zijn die wel wilsbekwaam is. Verder mag de ontvanger slechts een broer of zus zijn, en moet de donatie voor de ontvanger mogelijk levensreddend zijn. Ter aanvulling op de algemene 'informed consent' vereisten met betrekking tot vertegenwoordigers en bevoegd gezag stelt artikel 20, tweede lid, dat de toestemming niet alleen vrij gegeven en geïnformeerd moet zijn, maar ook specifiek betrekking moet hebben op de uitname, en schriftelijk gegeven dan wel met uitdrukkelijk toestemming van de bij wet aangewezen bevoegde instantie. Ten slotte, maakt de wilsonbekwame donor op enigerlei wijze bezwaar, dan is het hoe dan ook niet geoorloofd uitname van een orgaan te laten plaatsvinden.

²⁰ ETS 164.

²¹ Randnr. 117.

²² Randnr. 118.

Nu is partijen bij het in acht nemen van internationaalrechtelijke bepalingen altijd een zogenaamde ‘margin of discretion’ gegund. Deze beleidsvrijheid hebben partijen ook bij dit verdrag. Zo valt in artikel 26 van het Biogeneeskundeoverdrag te lezen dat beperkingen op de verdragsbepalingen slechts bij wet gesteld mogen worden, en slechts indien en voor zover zij in een democratische samenleving noodzakelijk zijn ten behoeve van de openbare veiligheid, de voorkoming van misdrijven, de bescherming van de volksgezondheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. In het tweede lid van datzelfde artikel wordt echter gesteld dat in deze zin de bepalingen van (onder meer) de bepalingen inzake levende orgaandonatie niet bij wet beperkt mogen worden. Daar deze bepalingen zonder meer het karakter van een ieder verbindende verdragsbepalingen hebben, stellen ze de Nederlandse wetgever - wanneer Nederland het Biogeneeskundeoverdrag eenmaal heeft geratificeerd - voor bijzonder harde grenzen.²³ Bij het Biogeneeskundeoverdrag horen enkele protocollen, in feite afzonderlijke, meer specifieke en apart te ratificeren verdragen. Staten mogen bij deze verdragen echter slechts partij worden indien zij eerder het Biogeneeskundeoverdrag hebben geratificeerd. Een van die protocollen heeft betrekking op de transplantatie van organen en weefsels van menselijke herkomst. Dit zogenaamde Additionele protocol inzake transplantatie van organen en weefsels van menselijke oorsprong kwam gereed in 2002.²⁴ Ook dit verdrag heeft Nederland ondertekend maar niet geratificeerd. Over een eventuele toekomstige ratificatie is niets bekend. Voor Nederland maken ook de bepalingen van dit verdrag geen deel uit van de rechtsorde. Anders dan bij het Biogeneeskundeoverdrag is niet duidelijk of en wanneer zij dat wel zullen zijn. Niettemin geeft het protocol weer hoe men op internationaal niveau denkt over de bescherming van mensenrechten in de context van orgaandonatie en -transplantatie. Het protocol is door veel landen ondertekend en geratificeerd, en het is moeilijk voorstelbaar dat Nederland in de toekomst bij dit verdrag nimmer partij zal zijn.

Het Additioneel protocol verbijzondert de algemene bepalingen van het Biogeneeskundeoverdrag. Naast de bepalingen over levende orgaandonatie, die identiek zijn aan en aanvullend op die van het Biogeneeskundeoverdrag, zijn er bepalingen die de algemene vereisten van ‘informed consent’, informatieverstrekking, wilsonbekwaamheid et cetera specificeren voor post mortem orgaandonatie. Het protocol ziet overigens niet toe op regeneratieve organen en weefsels, embryonale en foetale organen en weefsels, en bloed en bloedderivaten.

Uit artikel 3 van het protocol is op te maken dat de bepalingen van het protocol systeemneutraal zijn. Volgens het bijbehorende *Explanatory Report* is elk beslissysteem geoorloofd, mits maar voldaan wordt aan de eisen van het Biogeneeskundeoverdrag en het Additionele protocol.²⁵ Ten aanzien van het toestemmingsvereiste wordt in artikel 17 van het protocol daarom slechts gesteld dat organen en weefsels van een overledene niet worden uitgenomen zonder dat op in de wet omschreven wijze toestemming is verkregen. Indien de overledene eerder bezwaar heeft gemaakt tegen orgaandonatie, zo luidt verder de toevoeging, dan wordt niet overgegaan tot uitname.

Artikel 3 van het Additionele protocol is de verbijzondering van artikel 3 van het Biogeneeskundeoverdrag, waarin het recht op ‘equitable access’ tot gezondheidszorg is opgetekend. In artikel 3 van het protocol wordt gesteld dat de allocatie van donororganen dient te geschieden aan de hand van een officiële wachtlijst, welke samengesteld is op basis van transparante en objectieve regels, welke op grond van medische criteria verdedigbaar zijn. In het *Explanatory Report* geven de opstellers van de verdragstekst aan wat onder dit laatste mag worden verstaan. ‘Organs and tissues should be allocated according to medical criteria. This notion should be understood in its broadest sense, in

²³ Hiermee is overigens niet gezegd dat ten aanzien van deze bepalingen op het moment van ratificatie door Nederland geen voorbehouden gemaakt kunnen worden. Dat kan namelijk ingevolge artikel 36 van het verdrag namelijk wel.

²⁴ ETS 186.

²⁵ Randnrs. 35-40.

the light of the relevant professional standards and obligations, extending to any circumstance capable of influencing the state of the patient's health, the quality of the transplanted material or the outcome of the transplant. Examples would be the compatibility of the organ or tissue with the recipient, medical urgency, the transportation time of the organ, the time spent on the waiting list, particular difficulty in finding an appropriate organ for certain patients (e.g. patients with a high degree of immunization or rare tissue characteristics) and the expected transplantation result.²⁶

Duidelijk is dat het hanteren van andere criteria dan medische (ruim opgevat) beslist niet geoorloofd is. Dit heeft consequenties voor enkele van de besproken voorstellen. Het idee dat iemand, die zelf als post mortem orgaandonor is geregistreerd om die reden hoger op de transplantatiewachtlIJst geplaatst zou moeten worden wanneer hijzelf eenmaal orgaanbehoefstig is geworden, is onverenigbaar met artikel 3 van het Additioneel protocol. Onverenigbaar hiermee is tevens het op deze wijze belonen van de patiënt die erin geslaagd is een ander bereid te vinden om levend te doneren, die niet voor hem zelf geschikt gebleken is maar wel voor een andere orgaanbehoefstige patiënt. Slechts medische criteria worden aanvaardbaar geacht bij het alloceren van de schaarse goederen die donororganen nu eenmaal zijn.

Het Biogeneeskundeverdrag kent een algemeen verbod op beloning voor het afstaan van het menselijke lichaam of delen daarvan. Artikel 21 van het Additionele protocol herhaalt dit verbod, zodat het ook van toepassing is op post mortem orgaandonatie, en bevat verdere specificaties. Zo is de vergoeding van door levende donoren bij de uitname en de verdere behandeling van de donor gemaakte kosten en de door donor gederfde inkomsten toegestaan. Iedere vorm van beloning, zo kan in het *Explanatory Report* worden gelezen, is echter uit den boze.²⁷ Adverteren (als vrager of als aanbieder van dode of levende organen en weefsels) met het oog op financieel (of vergelijkbaar) gewin is absoluut verboden. Wel geoorloofd (bij zowel post mortem als levende orgaandonatie) is het verstrekken van billijke vergoeding voor het gebruik van medische en technische diensten ten behoeve van de transplantatie. Bij levende orgaandonatie is het vergoeden van schade die het onbedoelde gevolg is van uitname eveneens toegestaan. Verdragspartijen zijn zelfs verplicht hierin te voorzien.

Het voorstel om burgers tot orgaandonatie te bewegen door ze (verkapte) financiële voordelen in het vooruitzicht te stellen is in strijd met artikel 21 van het Additionele protocol. Op partijen rust de verplichting (artikel 26) te voorzien in sancties op schending van het verbod op beloning. Overigens is ook in artikel 21 van het Biogeneeskundeverdrag al in algemene zin bepaald dat het menselijke lichaam en zijn delen geen aanleiding mag geven tot 'financial gain'.

Menselijke waardigheid en grondrechten

De verwerkelijking van sociale grondrechten (het recht op onderwijs, op bijstand, op gezondheidszorg etc.) behoort ook tot de verplichtingen van de hedendaagse overheid. Ook deze grondrechten genieten grondwettelijke bescherming. Nederland is bovendien partij bij flink wat mensenrechtenverdragen waarin naast de klassieke vrijheidsrechten (het recht op privacy, op vrijheid van meningsuiting, op lichamelijke integriteit etc.) ook tal van sociale grondrechten zijn opgenomen.

Nu kijken we in Nederland sinds jaar en dag op een wat merkwaardige wijze naar deze laatste categorie van rechten. Zo krijgen Nederlandse rechtenstudenten al vroeg ingepeperd dat vrijheidsrechten de overheid verplichten tot 'laissez faire', waar sociale grondrechten vragen om actief optreden. En inderdaad, de grondwettelijke formulering van de verschillende rechten geeft ook wel aanleiding tot een dergelijke opvatting.²⁸ Toch

²⁶ Randnrs. 35-40.

²⁷ Randnrs. 112-118.

²⁸ Vgl. "Ieder heeft (...) recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer" (artikel 10, lid 1 GW) en "De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid" (artikel 22 lid 1 GW). Wie de moeite neemt om eens naar het eerste hoofdstuk van de Nederlandse Grondwet te kijken, ziet onmiddellijk dat de klassieke

is zij is op zijn minst ongenueanceerd te noemen. Grondrechten van de eerste categorie kunnen zeer wel ook zogenaamde positieve verplichtingen voor de overheid met zich mee brengen. Om de privacy van haar burgers te kunnen garanderen, moet de Nederlandse overheid immers heel wat doen: wetgeving uitvaardigen, nadere regelgeving ontwikkelen, een toezichthouder installeren, toezien of naleving, handhaving... En op zijn beurt kan een sociaal grondrecht als het recht op gezondheidszorg ook tot overheidonthouding verplichten.

Daarnaast zijn sociale grondrechten in Nederland niet afdwingbaar. In rechte kan een Nederlandse burger geen rechtstreeks beroep doen op een grondwettelijk of verdragsrechtelijk beschermd sociaal grondrecht. De Grondwet kent immers niet alleen een constitutioneel toetsingsverbod, maar beperkt ook de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen tot die waarin klassieke vrijheidsrechten zijn vervat, enkele uitzonderingen daargelaten.²⁹ Dit heeft tot gevolg dat de individuele burger zich in rechte wel rechtstreeks op een verdragsrechtelijk beschermd vrijheidsrecht kan beroepen, maar niet op een verdragsrechtelijk beschermd sociaal grondrecht. De bijzondere staatsrechtelijke verhoudingen gevoegd bij de toch wel unieke rechtscultuur maken dat in Nederland sociale grondrechten niet alleen beschouwd worden als enigszins tweederangs maar ook als rechten die veel minder dan de klassieke vrijheidsrechten de individuele mens toebehoren. Niets is echter minder waar.

De preambules van alle mensenrechtenverdragen, binnen de Verenigde Naties dan wel binnen de Raad van Europa tot stand gekomen, maken gewag van menselijke waardigheid. Eerbiediging van deze waardigheid is wat mensenrechten, zowel klassieke als sociale, bedoelen te bewerkstelligen. Menselijke waardigheid komt een ieder toe die uit mensen geboren is, vanaf het moment van geboorte (en enigermate ook daarvoor) tot het moment van overlijden (en enigermate ook daarna).

Het concept menselijke waardigheid is nauwelijks een begrip waarvan de inhoud positief kan worden weergegeven. Velen, zeker in Nederland, plegen menselijke waardigheid te identificeren met individuele zelfbeschikking. Ten onrechte, want mensenrechten strekken ook (of beter: vooral) tot bescherming van de zwakkere en wilsonbekwame medemens: van de pasgeborene, van de ernstig zieke, van de dementerende oudere, van de stervende. Ook die mens komt waardigheid toe die recht geeft op eerbiediging. De enige zinnige definitie van het begrip wordt welbeschouwd gevormd door het totaal aan grondrechten (universeel, ondeelbaar, onderling afhankelijk en verbonden volgens de mensenrechtendoctrine) dat deel uitmaakt van onze rechtsorde. Een positieve weergave van de begripsinhoud is dus onbegonnen werk. Wel laat het concept zich negatief definiëren. Schending van een grondrecht levert namelijk per definitie schending op van menselijke waardigheid. De overheid die een individuele burger de gezondheidszorg onthoudt die hij nodig heeft, tast diens waardigheid aan zoals ook de overheid doet die een individuele burger in zijn vrijheid van meningsuiting beperkt. Zo bezien is een sociaal grondrecht niet van minder gewicht dan een klassiek vrijheidsrecht en evenmin minder 'individueel'.

Wat te doen?

De WOD heeft vooralsnog op één punt de verwachtingen niet ingelost: de transplantatiewachtlijsten zijn nog steeds te lang. De besproken voorstellen, gedaan om het aantal beschikbare donororganen te doen toenemen, schieten te kort in die zin dat zij in strijd zijn met de mensenrechten zoals vastgelegd in relevante internationale verdragen. Zij verdragen zich niet met het begrip van 'equity' waarop zowel het Biogeneeskundeverdrag als het Additioneel protocol gestoeld is, en evenmin met het in beide verdragen vervatte verbod op beloning.

vrijheidsrechten aanzienlijk meer ruimte toebedeeld hebben gekregen. Ook gaan zij in de tekst aan de sociale grondrechten vooraf, ofschoon dat historisch overigens wel verklaarbaar is.

²⁹ Artikelen 94 en 120 GW.

Beide verdragen zijn systeemneutraal. Elk beslissysteem, ook (varianten van) het geen-bezwaarsysteem, wordt toelaatbaar geacht mits het de normen van de verdragen maar in acht neemt. Als ieder ander verdrag geven het Biogeneeskunde-verdrag en het Additionele protocol nadere uitwerking aan het begrip van menselijke waardigheid. Menselijke individuen kunnen ook in hun waardigheid aangetast worden wanneer de overheid verzuimt een sociaal grondrecht te verwerkelijken, bijvoorbeeld wanneer zij een individu toegang tot voorzieningen van noodzakelijke gezondheidszorg onthoudt. Mocht nu vaststaan dat een geen-bezwaarsysteem meer beschikbare donororganen tot gevolg heeft (een causale relatie die overigens moeilijk aantoonbaar is), dan wordt met de introductie ervan meer recht gedaan aan het sociale recht op gezondheidszorg, en is daarmee ook de menselijke waardigheid meer gediend.