



De lichamelijke integriteit van het lijk

Toegespitst op orgaandonatie

Master Thesis, Rechtsgeleerdheid

S.I. Eskens – 290470

Begeleider: Dhr. Dr. K. Van Aeken

Tilburg, 2018

Inhoudsopgave

1. INLEIDING	1
1.1 Onderzoeksdoel en onderzoeksvragen	2
1.2 Wetenschappelijk en theoretisch kader	3
1.3 Leeswijzer en methode	3
2. DE JURIDISCHE STATUS VAN HET LICHAAM	5
2.1 De juridische status van het lichaam bij leven	5
2.2 De juridische status van het lijk	6
2.3 Conclusie	10
3. DE LICHAAMELIJKE INTEGRITEIT BIJ LEVEN	12
3.1 Het nationaalrechtelijk kader	12
3.1.1 Artikel 11 Grondwet	12
3.2 Het internationaalrechtelijk kader	15
3.2.1 Artikel 3 Handvest	16
3.2.2 Artikel 8 EVRM	17
3.3 Inbreuken op de lichamelijke integriteit bij leven door de staat	20
3.4 Orgaandonatie bij leven	21
3.5 Conclusie	24
4. DE LICHAAMELIJKE INTEGRITEIT NA OVERLIJDEN	25
4.1 De postmortale werking van artikel 11 Grondwet	25
4.2 De postmortale werking van artikel 8 EVRM	28
4.3 Postmortale orgaandonatie	30
4.3.1 Artikel 11 Grondwet	31
4.3.2 Artikel 8 EVRM	32
4.4 Conclusie	33
5. CONCLUSIE	35
6. LITERATUURLIJST	38

1. Inleiding

Op 13 maart 2018 heeft de Eerste Kamer het initiatiefwetsvoorstel voor een actief donorregistratiesysteem aangenomen. Dit wetsvoorstel beoogt het huidige beslissysteem voor donorregistratie te wijzigen. In de huidige wetgeving wordt orgaandonatie geregeld door het toestemmingssysteem. Onder het toestemmingssysteem is men niet verplicht aan te geven of men donor wil worden. Indien men wel een keuze doorgeeft kan deze ook aan (al dan niet een specifieke) nabestaanden worden overlaten.

Na overlijden zal de keuze van de betreffende persoon gevolgd worden. Is er geen keuze doorgegeven, dan beslissen tevens de nabestaanden. In de praktijk blijkt echter dat de nabestaanden vaak geen toestemming geven om over te gaan tot orgaandonatie.¹ Het probleem dat optreedt binnen het huidige systeem is dat er te weinig orgaandonoren zijn en de wachtlijsten voor mensen die een orgaan nodig hebben te lang zijn. D66-kamerlid Dijkstra beoogt met een nieuw systeem voor orgaandonatie het aantal orgaandonoren en orgaandonaties te vergroten.² In het wetsvoorstel wordt het toestemmingssysteem vervangen door een systeem van actieve donorregistratie. Ook bij dit systeem is registratie niet verplicht. Iedere Nederlander zal vanaf zijn 18^e een donorformulier ontvangen. Wie niet reageert, wordt geacht met donatie te hebben ingestemd en zal automatisch worden geregistreerd als orgaandonor. De betrokkene zal hiervan een bevestiging ontvangen en kan ten alle tijden zijn registratie wijzigen.³ Overeenkomstig het toestemmingssysteem kan de betreffende persoon dezelfde vier keuzes vastleggen, namelijk:

- Ja, ik geef toestemming voor donatie
- Nee, ik geef geen toestemming voor donatie
- Mijn partner of familie beslist
- Een door mij gekozen persoon beslist.

Het verschil tussen beide systemen lijkt subtiel, maar is principieel. Er bestaat namelijk geen zekerheid dat de donor hiervan op de hoogte was en ook daadwerkelijk heeft ingestemd met de donatieprocedure. Het actieve donorregistratiesysteem gaat dan ook uit van veronderstelde toestemming: hoe de betrokkene er daadwerkelijk over denkt is onduidelijk. Het is dan ook een illusie om er vanuit te gaan dat een ieder weet wat de consequenties zijn van het niet

¹ Panteia, Registratiesystemen voor orgaandonatie, Maatschappelijk draagvlak en effectiviteit. In opdracht van

² Kamerstukken II 2016/17, 33506, H.

³ Kamerstukken II 2012/13, 33506, nr. 3.

reageren.⁴ Een vaak aangedragen kernbezwaar tegen het automatisch registreren van burgers als donor betreft de onaantastbaarheid van het lichaam; het wetsvoorstel zou een inbreuk maken op het zelfbeschikkingsrecht van de mens.⁵ Dit recht is neergelegd in artikel 11 van de Grondwet (hierna: Gw) en maakt tevens deel uit van het recht op privéleven, neergelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Dit grondrecht is niet absoluut en kan worden ingeperkt krachtens een wettelijke regeling die voorziet in een legitiem doel. Dit moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.⁶

De vraag rijst of de inbreuk op de onaantastbaarheid van het lichaam minder zwaar weegt wanneer iemand is overleden. Of zoals Patrick van der Schie⁷ het verwoord: ‘Rechten zijn er ter bescherming van levende mensen. Betekent het levenseinde dan niet ook het einde van deze rechten’.⁸ Bepaalde handelingen die bij leven volstrekt ondenkbaar zijn, zoals begraven of cremieren, zijn wel mogelijk en soms zelf noodzakelijk na overlijden. In deze scriptie wil ik daarom onderzoeken of de lichamelijke integriteit van de overledene overeenkomt met de lichamelijke integriteit van de nog levende. Het actieve donorregistratiesysteem maakt een (al dan niet gerechtvaardigde) inbreuk op de lichamelijke integriteit van een overleden persoon die zich niet heeft geregistreerd: de lichamelijke integriteit wordt door de uitname hoe dan ook aangetast. Daarom zal ik tevens de lichamelijke integriteit in het licht van orgaandonatie bekijken en zal dit onderwerp herhaaldelijk aan de orde komen.

1.1 Onderzoeksdoel en onderzoeksvragen

De doelstelling van deze scriptie is onderzoeken of de lichamelijke integriteit bij leven correspondeert met de lichamelijke integriteit na de dood. Hiertoe zullen de huidige regelgeving, literatuur en parlementaire ontwikkelingen onderzocht worden. Relevant is dat de grenzen die de wet stelt aan de lichamelijke integriteit van een lijk duidelijk zijn, zodat de toelaatbaarheid van bepaalde wetgeving, zoals het wetsvoorstel inzake de actieve donorregistratie, getoetst kan worden.

Op grond van voorgaande kom ik tot de volgende onderzoeksvraag: *in hoeverre*

⁴ J.C.J. Dute, Het initiatiefwetsvoorstel over orgaandonatie is in strijd met artikel 11 Grondwet, TvCR april 2017, p. 128-132.

⁵ Zie o.a. Kamerstukken II 2017/18, 33506, nr. 19.

⁶ G. Den Hartogh, ‘Het ADR-systeem voor orgaanvererving en de onaantastbaarheid van het lichaam’, NJB 2017/2277, afl. 43, p. 3124-3131.

⁷ Patrick van der Schie is directeur van het wetenschappelijk bureau van de VVD.

⁸ P. van der Schie, ‘zelfbeschikking vervalt niet abrupt met de dood’, Trouw 23 maart 2015.

correspondeert het recht op lichamelijke integriteit bij leven met het recht op lichamelijke integriteit na de dood?

Aan de hand van de volgende deelvragen kan een antwoord op de probleemstelling worden geformuleerd:

1. Wat is de *juridische status* van het lichaam voor en na overlijden?
2. Hoe wordt invulling gegeven aan de lichamelijke integriteit *bij leven*?
3. Welke grenzen stelt de *wet* aan de lichamelijke integriteit *na overlijden*?

1.2 Wetenschappelijk en theoretisch kader

In dit onderzoek zal een opvatting worden gegeven van het recht op lichamelijke integriteit na de dood. Dit recht zal uiteengezet worden aan de hand van de Grondwet, het EVRM en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) en de toelichting daarop. Tevens zal de wetsgeschiedenis en juridische vakliteratuur worden gebruikt om de juridische status van het lichaam in kaart te brengen. Aan de hand van de parlementaire stukken zal de bedoeling van de wetgever worden achterhaald inzake de lichamelijke integriteit na overlijden. Tevens zal de jurisprudentie en de juridische vakliteratuur aan bod komen om als aanvulling te dienen op de parlementaire stukken. Op wetenschappelijk vlak kan dit onderzoek een bijdrage leveren door uiteen te zetten welke grenzen de wetgever heeft gesteld aan inbreuken op de lichamelijke integriteit van het lijk. Dit kan van belang zijn in de discussie omtrent bijvoorbeeld het wetsvoorstel inzake actieve donorregistratie.

1.3 Leeswijzer en methode

De beantwoording van de centrale vraag geschiedt in drie fasen. Elke fase zal worden vertegenwoordigd door één hoofdstuk. In hoofdstuk twee zal ik ingaan op het mogelijke verschil in juridische status tussen lichaam en lijk. Wanneer het lijk namelijk als ‘zaak’ zal worden gekwalificeerd is het lastiger om de band tussen lichaam en persoon tot uiting te brengen.⁹ Dit zal mogelijk gevolgen hebben voor het wettelijk kader dat van toepassing is. Dit omdat de zaakskwalificatie van het lichaam medisch-wetenschappelijk gebruik mogelijk maakt.¹⁰ Om dit te verduidelijken zal literatuur- en jurisprudentieonderzoek plaatsvinden. De

⁹ B. Van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 77.

¹⁰ B. Van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 79.

literatuur in de vorm van boeken, artikelen, parlementaire stukken en andere documenten zal worden geselecteerd, geanalyseerd en vervolgens geïnterpreteerd. Aan de hand hiervan kan de lichamelijke integriteit bij leven vergeleken worden met de lichamelijke integriteit na de dood. De literatuur zal worden aangevuld met jurisprudentie. In hoofdstuk drie zal de lichamelijke integriteit van het nog levende lichaam aan de orde komen. Hiertoe zal het nationaal en internationaal wettelijk kader worden uiteengezet. Zo zal het recht op lichamelijke integriteit in zijn algemeenheid worden besproken en wordt er tevens gekeken naar de beperkingssystematiek van 8 EVRM. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een antwoord op de vraag in hoeverre het wettelijk kader inzake orgaandonatie bij leven voldoet aan het recht op lichamelijke integriteit. In hoofdstuk vier bespreek ik de lichamelijke integriteit van het lijk. Dit zal ik uiteenzetten aan de hand van jurisprudentie en vakliteratuur. Ook dit hoofdstuk sluit af met een paragraaf inzake postmortale orgaandonatie. Orgaandonatie is een (al dan niet gerechtvaardigde) inbreuk op het recht op lichamelijke integriteit. In deze laatste paragraaf wil ik onderzoeken of ik door deze scriptie wellicht tot andere inzichten kom inzake postmortale orgaandonatie in relatie tot lichamelijke integriteit. In het laatste hoofdstuk, de conclusie, zal ik de eerder verkregen inzichten samen brengen: de lichamelijke integriteit bij leven zal worden vergeleken met de lichamelijke integriteit na de dood. Hiermee kan een antwoord op de centrale vraag worden geformuleerd.

2. De juridische status van het lichaam

In het recht wordt er onderscheid gemaakt tussen ‘persoon’ en ‘zaak’. Hoe moet het lichaam bij leven en na de dood binnen deze tweedeling gekwalificeerd worden? In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de juridische status van het lichaam zowel bij leven als na de dood.

2.1 De juridische status van het lichaam bij leven

Goederen kunnen worden onderverdeeld in ‘zaken’ en ‘vermogensrechten’.¹¹ Krachtens artikel 3:2 Burgerlijk Wetboek is een ‘zaak’ een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object. Wanneer men kijkt naar deze formulering komt het levende lichaam in aanmerking voor deze zaaks kwalificatie. In de literatuur is het uitgangspunt echter dat de manier waarop een ander omgaat met ons lichaam niet wordt beheerst door dezelfde regels als hoe met omgaat met een willekeurig gebruiksvoorwerp.¹² Dit komt omdat de mens niet alleen getypeerd wordt door zijn lichaam, ook zijn geest bepaalt het mens-zijn. ‘De mens hééft dan ook niet zijn lichaam, maar *is* zijn lichaam.’¹³ Hierdoor is het menselijk lichaam niet gelijk aan andere zaken en is het daarom niet overdraagbaar noch verhandelbaar. Dit betekent echter niet dat het onmogelijk is een contract te sluiten met het menselijk lichaam als lijdend voorwerp, denk bijvoorbeeld aan een geneeskundige behandelingsovereenkomst, een overeenkomst tot het verrichten van euthanasie of contacten met betrekking tot het afstaan van organen. Deze overeenkomsten zijn echter niet afdwingbaar en enkel onder strikte voorwaarden mogelijk. Ze zijn dan ook in strijd met de openbare orde en goede zeden wanneer zij de vrijheid van de betrokkene ten aanzien van zichzelf aan banden leggen.¹⁴ Een eigendomsbenadering van het menselijk lichaam zou daarom tekort schieten. Hierdoor zou het mogelijk zijn de rechten ten aanzien van je lichaam over te dragen aan een derde, waardoor bijvoorbeeld slavernij en orgaanhandel mogelijk wordt gemaakt. Het lichaam wordt daarom gekwalificeerd als hetzij ‘persoon’. Deze kwalificatie beschermt het lichaam tegen instrumenteel gebruik. In het strafrecht zal het ongeoorloofd beschadigen van het lichaam door een derde dan ook geen ‘zaaksbeschadiging’ opleveren, maar mishandeling.

¹¹ Artikel 3:1 van het Burgerlijk Wetboek.

¹² B. Van Beers, mijn lichaam, mijn keuze?, Cahiers bio-wetenschappen en maatschappij, 32 (2013)(1), 39-47.

¹³ H.J.J. Leenen, ea., , Handboek gezondheidsrecht. Deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 52.

¹⁴ Idem, p. 53.

Afgescheiden lichaamsmateriaal kan volgens enkele auteurs echter wel worden gekwalificeerd als ‘zaak’.¹⁵ De verbinding tussen persoon en lichaamsmateriaal is hierdoor weg, waardoor het lichaamsmateriaal op zichzelf bestaat.¹⁶ Dit geldt voor lichaamsmateriaal dat niet noodzakelijk is om in leven te blijven, zoals bijvoorbeeld bloed, eicellen, beenmerg, een deel van de lever en een nier.¹⁷ In de literatuur wordt als tegenargument aangevoerd dat het kwalificeren van afgescheiden lichaamsmateriaal als ‘zaak’ in strijd zou zijn met de menselijke waardigheid.¹⁸ Gevaar zou zijn dat hierdoor het lichaamsmateriaal puur een bron van inkomsten zal worden.

2.2 De juridische status van het lijk

Een lijk is het lichaam van een overledene of een doodgeborene. Hoewel de wijze waarop met een lijk wordt omgegaan sterk afhankelijk is van de levensbeschouwelijke instelling van de betrokkene, is een zeker respect voor de overledene vanzelfsprekend. Dit komt voort uit het natuurrecht. In bovenstaande paragraaf is betoogd dat het levende lichaam niet voor de ‘zaakskwalificatie’ in aanmerking komt, omdat de mens tevens getypeerd wordt door zijn geest.¹⁹ Wanneer een lichaam een lijk wordt, vervalt daarmee ook de verbinding met de persoon; zijn geest is verdwenen. Houdt dit in dat een lijk hierdoor wel als ‘zaak’ kan worden gekwalificeerd? In deze paragraaf zal ik hier dieper op ingaan.

¹⁵ Ch. Petit, Het beeld van den mensch in de burgerlijke wetgeving, Nijmegen/Utrecht: Dekker& Van de Vegt 1947, p. 431;

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991, p. 18-20;

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in gezondheidsrecht, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 55-56.

J.C. van der Steur, Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten, Deventer: Kluwer 2003, p. 221;

B. Van Beers, Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 84.

¹⁶ Ch. Petit, Het beeld van den mensch in de burgerlijke wetgeving, Nijmegen/Utrecht: Dekker& Van de Vegt 1947, p. 431;

H.J.J. Leenen, ea., , Handboek gezondheidsrecht. Deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 57;

. Van Beers, Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 84;

J.C. van der Steur, Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten, Deventer: Kluwer 2003, p. 221;

P.M. Stankiewicz, Zeggenschap over een lijk, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2012, p. 5.

¹⁷ Nieuwe wegen naar orgaandonatie, Den Haag: Gezondheidsraad 2003, p. 19;

P.M. Stankiewicz, Zeggenschap over een lijk, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2012, p. 5.

¹⁸ H.J.J. Leenen, ea., , Handboek gezondheidsrecht. Deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 56.

¹⁹ C.J.J.M. Petit, Lichaam en lijk als voorwerp van rechtsbetrekkingen, Themis 1950, p. 429;

W. Duijst & T. Naujocks, Over lijken. De dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief, Apeldoorn: Maklu 2015, p. 21.

Bij de bepaling wat een lijk in juridisch opzicht is, zijn de keuzes beperkt: het lijk is of een ‘persoon’ of een ‘goed’ (goederen kunnen worden onderverdeeld in zaken en vermogensrechten). In 2002 moest de Hoge Raad zijn oordeel vellen over een zaak waarin tegen het lichaam was geschopt van iemand die (naar alle waarschijnlijkheid) al was overleden. De Raad moest zich buigen over de vraag of het overleden slachtoffer moest worden aangemerkt als een ‘goed’ in de zin van artikel 141 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr).²⁰ Artikel 141, eerste lid (oud) Sr luidde als volgt:

‘Zij die openlijk met verenigde krachten geweld plegen tegen personen of goederen, worden gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en zes maanden of geldboete van de vierde categorie’.²¹

De raadvrouw van de verdachte voerde hiertoe aan dat het lijk noch als ‘persoon’ noch als ‘goed’ kan worden gekwalificeerd. Daartoe zette ze uiteen dat een ‘goed’ aan een ander moet toebehoren, een lijk zou derhalve niet onder het bereik van artikel 141 Sr kunnen vallen.

Tevens bestaan er artikelen die gedragingen jegens lijken strafbaar stellen. Lijkschennis op zichzelf is niet in ons wetboek strafbaar gesteld. Volgens de raadvrouw heeft de wetgever klaarblijkelijk daardoor niet de bedoeling gehad om dergelijk gedrag strafbaar te stellen.²²

Op grond hiervan zou geen veroordeling ter zake van dit misdrijf kunnen volgen.²³ De advocaat-generaal zegt hierover dat naarmate het geweld waarmee men wordt geconfronteerd meer choquerend is, het aspect van de eigendomsbescherming steeds verder naar de achtergrond verdwijnt. De Hoge Raad merkt hierover op dat schoppen tegen een lijk, zoals in deze zaak is voorgevallen, kan worden aangemerkt als zeer schokkend geweld. De vraag of een stoffelijke overschot aan iemand kan toebehoren verdwijnt hierdoor volledig naar de achtergrond.²⁴

Volgens het Hof zou er in beginsel aansluiting moeten worden gezocht bij het begrip ‘zaken’. In artikel 3:2 BW worden zaken omschreven als ‘voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten’.²⁵ Hier is voor gekozen om dat in het Wetboek van Strafrecht zelf geen definitie van ‘goederen’ is opgenomen. Het Hof benadrukt dat van een object – als bedoeld in artikel 141 Sr – als een wezenlijke eigenschap moet worden beschouwd dat door degene die openlijk in groepsverband tegen dat object geweld pleegt de openbare orde wordt

²⁰ HR 26 maart 2002, NJ 2004, 351, r.o. 4.1.

²¹ Artikel 141 lid 1 Wetboek van Strafrecht

²² HR 26 maart 2002, NJ 2004, 351, r.o. 4.4 (concl. A-G A.J.M. Machielse).

²³ HR 26 maart 2002, NJ 2004, 351, r.o. 4.3.

²⁴ HR 26 maart 2002, NJ 2004, 351, r.o. 4.8 (concl. A-G A.J.M. Machielse).

²⁵ Artikel 3:2 van het Burgerlijk Wetboek.

geschonden.²⁶ Als ‘goederen’ dienen daarom te worden aangemerkt: ‘alle voor openlijk in groepsverband gepleegd geweld vatbare stoffelijke objecten’.²⁷ Naar het oordeel van het Hof valt een lijk hieronder. De Hoge Raad gaat hierin mee.

In de literatuur is men het er grotendeels over eens dat een lijk moet worden beschouwd als een ‘bijzonder goed’.²⁸ Het is dus geen persoon, maar het is ook geen doorsnee gebruiksvoorwerp.²⁹ Deze bijzonderheid vindt zijn oorsprong in het feit dat het lichaam ethisch en symbolisch zo sterk beladen is want het lijk is immers ooit een persoon geweest. Het lichaam draagt enerzijds het stoffelijke en objectiveerbare aspect van het menselijke bestaan, terwijl het anderzijds niet los kan worden gezien van de geestelijke waarde van de persoon.³⁰ Een kwalificatie tussen een ‘persoon’ en een ‘goed’ bestaat juridisch gezien niet, maar feitelijk is het kwalificeren van een ‘lijk’ als een ‘bijzonder goed’, wel een benadering die het dichtst bij de waarheid komt.³¹ Juridisch gezien wordt het lijk hiermee dus aangemerkt als een ‘goed’ en meer specifiek als een ‘zaak’. Deze termen zullen in onderstaande tekst, afhankelijk van de context, door elkaar worden gebruikt.

Er zijn juristen die zich verzetten tegen de kwalificatie van een lijk als ‘bijzonder goed’, zij baseren zich doorgaans op ethische argumenten. De kwalificatie van het lijk als ‘bijzonder goed’ en daarmee dus als ‘zaak’, zou volgens deze auteurs te veel indruisen tegen de menselijke waardigheid, omdat het lijk nog de identiteit van de overledene heeft. Hierdoor zou het lijk niet vatbaar zijn voor eigendom.³² Met de menselijke waardigheid wordt bedoeld dat het lichaam samen met de geest de mens vormt die met waardigheid moet worden behandeld. Artikel 1 van het Handvest erkent dit: ‘De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd’.³³

²⁶ Hof ‘s-Gravenhage, 19 september 2000, NJ 2000, 661, r.o. 7.

²⁷ Idem.

²⁸ W. Duijst & T. Krap, Lichamelijke integriteit bij leven en na de dood, NJB 2017 afl. 14.

²⁹ E. Veldkamp, de dood: vijftien deskundigen over ons levenseinde, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2017.

³⁰ B.C. van Beers, Commentaar op artikel 11 van de Grondwet, Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2017 (www.Nederlandrechtstaat.nl);

Kamerstukken II 1978/79, 15 463, nr. 2, p. 6.

³¹ W. Duijst & T. Naujocks, Over lijken. De dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief, Apeldoorn: Maklu 2015, p. 22.

³² H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van mensen in gezondheidsrecht, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 60.

³³ Artikel 1 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

In *Akpinar en Altun t. Turkije*³⁴ stelt het EHRM dat na de dood ook de menselijke waardigheid geen beschermde werking meer heeft.³⁵ In casu kregen nabestaanden de verminkte lijken van dierbaren terug. Of hiermee wordt bedoeld dat ook aan menselijkheid een einde komt wanneer de dood intreedt, is onduidelijk.³⁶ De Baets³⁷ stelt dat er een verschil is tussen menselijke waardigheid en postume waardigheid: 'it is not the dead who suffer the humiliation ... Human dignity is an appeal to respect the actual humanity of the living and the very foundation of their human rights. *Posthumous* dignity is an appeal to respect the past humanity of the dead and the very foundation of the duties of the living towards the dead.'³⁸ De menselijke waardigheid is een vaak aangedragen argument dat pleit tegen de kwalificatie van een lijk als 'goed'. Nu de menselijke waardigheid niet lijkt te corresponderen met de menselijk waardigheid van een lijk zal er meer ruimte zijn het lijk als 'goed' aan te merken.

Krachtens De Baets correspondeert de menselijke waardigheid van een lichaam niet met de menselijke waardigheid van een lijk. Hierdoor vervallen de ethische argumenten die worden aangedragen tégen de kwalificatie van een lijk als 'zaak'. Wanneer een lichaam een lijk wordt, verdwijnt tevens de verbinding met de persoon. Wel zal het lijk, in welke exceptionele omstandigheden dan ook, altijd een tastbaar object zijn en voldoet het dus aan de zaakskwalificatie. Wel ben ik van mening dat een dood lichaam niet enkel een stoffelijk overschot is; het is namelijk ook iets anders: een vriend, een vader of wellicht een kind. Zelfs voor de meest ongelovigen zal een lijk een bijzonder en eigenaardig object zijn. Door dit bijzonder aspect zal het lijk mijns inziens dienen te worden gekwalificeerd als een 'bijzonder goed'.

Men neemt doorgaans wel aan dat onderdelen van het lichaam die daarvan zijn afgescheiden wel als 'zaak' kunnen worden gekwalificeerd.³⁹ De Hoge Raad oordeelde bijvoorbeeld in 1946 dat de lijknecht door het wegnemen van kronen en stifttanden zich schuldig maakte aan diefstal: het wegnemen van enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort. De Hoge Raad liet de vraag in welke zin die kronen en stifttanden zaken waren die aan een ander

³⁴ EHRM 27 februari 2007, nr. 56760/00 (*Akpinar en Altun t. Turkije*).

³⁵ EHRM 27 februari 2007, nr. 56760/00 (*Akpinar en Altun t. Turkije*), r.o. 82

³⁶ B. Van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 215.

³⁷ A. de Baets is bijzonder hoogleraar geschiedenis, ethiek en mensenrechten aan de rijksuniversiteit Groningen.

³⁸ A. de Baets, 'A Successful Utopia: The Doctrine of Human Dignity', in: *Historiein*, Vol. 7 (2007), p. 81-82.

³⁹ P.A. Stein, '8. Ethische overwegingen', in: Jac. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (online, laatst bijgewerkt op 10 maart 2013).

toebehoorde onbeantwoord.⁴⁰ Ook hier zijn er echter auteurs die stellen dat het als ‘zaak’ kwalificeren van lichaamsmateriaal indruist tegen de menselijke waardigheid.⁴¹ Zo sprak het Oberlandgericht Bamberg medewerkers van een crematorium vrij van diefstal die met een magneet het tandgoud aan het as van de gecremeerde onttrokken. Diefstal van een lijk of onderdelen daarvan zou niet mogelijk zijn, omdat de nabestaanden slecht niet-vermogensrechtelijk zeggenschap kunnen uitoefenen en daarbij gehouden zijn aan de wil van de overledene. Volgens het Oberlandgericht kunnen een lijk en de onderdelen van een lijk niet worden aangemerkt als een ‘zaak’.⁴²

De kwalificatie van een lijk als een ‘bijzonder goed’ heeft vergaande implicaties voor bijvoorbeeld het strafrecht. Door een lijk als een ‘goed’ te beschouwen, juridisch gezien bestaat een ‘bijzonder goed’ immers niet, kan het aan andere strafvorderlijke maatregelen worden onderworpen. Zo zijn goederen vatbaar voor inbeslagname en kunnen personen aan bepaalde dwangmiddelen, zoals aanhouding en gevangenneming, worden onderworpen. Het beschadigen van een lijk is strafrechtelijk gezien dan ook geen mishandeling, maar vernieling van een goed. Lijkschennis op zichzelf is niet strafbaar gesteld in onze strafwet. Ook in het civiel recht is deze kwalificatie van het belang. Op goederen zijn boek 3 en 5 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing, terwijl op personen boek 2 van het Burgerlijk Wetboek toepassing vindt.⁴³

2.3 Conclusie

In de literatuur is het uitgangspunt dat een levend lichaam niet onder de zaakskwalificatie kan worden geschaard, omdat de mens tevens getypeerd wordt door de geest. Hierdoor is het lichaam niet overdraagbaar noch verhandelbaar en is een eigendomsbenadering niet mogelijk. In bovenstaand hoofdstuk heb ik onderzocht of een lijk wel als een ‘zaak’ kan worden aangemerkt want de verbinding met de persoon, zijn geest, is dan immers verdwenen. Volgens het Hof zou voor de kwalificatie van een lijk aansluiting moeten worden gezocht bij het zaaksbegrip. In het wetboek van Strafrecht is immers geen definitie van ‘een goed’ opgenomen. In de literatuur is men het er grotendeel over eens dat een lijk moet worden aangemerkt als een bijzonder goed; het feit dat het lijk ‘ooit een persoon is geweest’ heeft

⁴⁰ HR 25 juni 1946, NJ 1946, 503.

⁴¹ J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 222.

⁴² Landgericht Bamberg, NJW 2008/1543

⁴³ W. Duijst & T. Naujocks, *Over lijken. De dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2015, p. 22.

deze constatering in hoge mate beïnvloed. Sommige juristen zijn van mening dat op basis van ethische argumenten een lijk niet als ‘zaak’ dan wel als ‘bijzonder goed’ gezien kan worden. In de ‘bijzonderheid’ van het goed zijn echter de ethische aspecten al opgenomen. Het lijk draagt het objectiveerbare aspect van het menselijke bestaan en voldoet aan de zaaskwalificatie als omschreven in artikel 3:2 BW.

3. De lichamelijke integriteit bij leven

In discussies over o.a. de toelaatbaarheid van abortus, euthanasie en orgaandonatie wordt het recht op zelfbeschikking vaak aangedragen als argument. Dit zelfbeschikkingsrecht vormt een onderdeel van het recht op lichamelijke integriteit. In dit hoofdstuk wordt op nationaal en internationaal niveau het wettelijk kader inzake de lichamelijke integriteit bij leven beschreven. Orgaandonatie volgens het actieve donorregistratiesysteem is mijns inziens een (al dan niet gerechtvaardigde) fundamentele aantasting van de lichamelijke integriteit. Daarom zal dit hoofdstuk worden afgesloten met de uiteenzetting in hoeverre orgaandonatie bij leven in strijd is met dit wettelijke kader.

3.1 Het nationaalrechtelijke kader

In Nederland wordt de zeggenschap over een levend lichaam gereguleerd door het zelfbeschikkingsaspect van het recht op lichamelijke integriteit. In deze paragraaf zal artikel 11 Gw aan bod komen, welke grondwettelijke bescherming biedt aan het menselijk lichaam. Allereerst zal worden ingegaan op de inhoud van dit artikel. Hierna zal de beperkingssystematiek besproken worden.

3.1.1 Artikel 11 Grondwet

Artikel 11 Gw luidt als volgt:

‘Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.’⁴⁴

Het recht op lichamelijke integriteit is een persoonlijkheidsrecht, waarmee een ieder wordt geboren. Zoals in de wetsgeschiedenis wordt aangenomen, gaat ‘het bij het recht op onaantastbaarheid van het lichaam [...] om het recht op afweer van invloeden van buitenaf op het lichaam.’⁴⁵ Het recht op lichamelijke integriteit beschermt de lichamelijke sfeer als onderdeel van de persoon. Het lichaam wordt niet zelfstandig beschermd, maar geniet bescherming als substraat van de menselijke persoon.⁴⁶ Artikel 11 Gw is enkel bedoeld om bescherming te bieden aan het menselijk lichaam want de geest of de menselijke persoon als

⁴⁴ Artikel 11 Grondwet.

⁴⁵ Kamerstukken II 1978/ 79, 15 463, nr. 2, p. 5.

⁴⁶ B. Van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 76.

geheel wordt hier niet onder begrepen.⁴⁷ Het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam is in 1983 in de grondwet verankerd.⁴⁸

Het recht op lichamelijke integriteit wordt eveneens grondwettelijk beschermd door het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als omschreven in artikel 10 Gw. De regering betoogt hiertoe dat bescherming van de lichamelijke integriteit een wezenlijk onderdeel vormt van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, 'dat vanuit het uitgangspunt dat de privacy is gericht op de onbevangenheid van de mens in een reeks situaties, het afweren van inmenging van buitenaf.'⁴⁹ Door het recht op onaantastbaarheid van het lichaam op te nemen in een apart grondrecht zou er geen bijzondere rechtsbescherming worden geboden. Het zou enkel tot verschraling van het begrip persoonlijke levenssfeer kunnen leiden. 'Juist het eigen lichaam vormt naar ons oordeel een kernelement van de persoonlijke levenssfeer. Het recht zichzelf te zijn, met rust te worden gelaten, vindt in het recht op afweer van handelingen gericht op een inbreuk op de vertrouwelijkheid, de integriteit van het eigen lichaam een fundamentele uitwerking.'⁵⁰ Op wens van de Tweede Kamer is vervolgens toch het recht op onaantastbaarheid van het lichaam opgenomen in een apart grondrecht, in plaats van via een interpretatie van het begrip persoonlijke levenssfeer in artikel 10 Gw.⁵¹ Met opnemng van artikel 10 in de Grondwet is er aansluiting gezocht bij, het eerder in de Grondwet opgenomen, huisrecht en briefgeheim en aspecten van de persoonlijke levenssfeer garanderende grondrechten. Tevens wordt er aangehaakt bij artikel 8 EVRM en artikel 17 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: IVBPR). Over wat er nu onder artikel 10 Gw moet worden begrepen is de Memorie van Toelichting onduidelijk: 'eenstemmigheid bestaat op dit punt niet en mag ook nog niet worden verwacht.'⁵² Juridisch gezien is artikel 11 Gw dus van een geringe betekenis. Dit omdat onder de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, als omschreven in artikel 10 Gw, ook de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam is begrepen. Het recht op onaantastbaarheid van het lichaam wordt dus op eenzelfde wijze erkend in zowel artikel 10 als artikel 11 Gw en

⁴⁷ P.W.C. Akkermans, C.J. Bax en L.F.M. Verhey (E), Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland (Groningen en Heerlen 1988) p. 86.

⁴⁸ B. van Beers, Artikel 11 - Onaantastbaarheid van het lichaam. In E. M. H. Hirsch Ballin, & G. Leenknecht (Eds.), Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet 2013, p. 2.

⁴⁹ Kamerstukken II 1978/79, 15463, nr. 2, p.7.

⁵⁰ idem, p.8.

⁵¹ G. Overkleef-Verburg, Commentaar op artikel 10 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2018 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

⁵² Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 40.

heeft een overeenkomende beperkingsclausule.⁵³ Hierdoor heeft artikel 11 Gw enkel een explicatieve betekenis ten opzicht van artikel 10 Gw en kan artikel 11 Gw hierom worden beschouwd als een *lex specialis* van artikel 10 Gw.⁵⁴

Het recht op lichamelijke integriteit kan worden opgesplitst in het recht om te worden gevrijwaard van schendingen van en inbreuken op het lichaam door anderen (de onaantastbaarheid van het lichaam) en het recht om zelf over het lichaam te kunnen beschikken.⁵⁵ Het recht op lichamelijke integriteit betreft allereerst een afweerrecht: het beschermt de burger tegen willekeurige vormen van overheidsbemoeienis. Toch loopt een burger die vrij wil beschikken over zijn lichaam tegen verschillende wettelijke beperkingen aan.⁵⁶ Denk bijvoorbeeld aan bepaalde overeenkomsten betreffende het lichaam die niet mogen worden gesloten omdat ze in strijd zijn met de goede zeden.⁵⁷ Tevens kan er vanuit het strafrecht een beperkende werking uitgaan. Het beschikkingsrecht dat uit artikel 11 Gw kan worden gedestilleerd, is positiever geformuleerd en kan inhouden dat de burger de vrije keuze heeft om zelf met zijn lichaam te kunnen doen wat hij wil. Afweerrecht en beschikkingsrecht lopen hier dus in elkaar over.

Artikel 11 Gw richt zich op het normeren van handelingen met het menselijk lichaam. Hierdoor raakt dit veelal controversiële en ethisch beladen kwesties. Denk bijvoorbeeld aan het wetsvoorstel tot actieve donorregistratie of de verplichte anticonceptie voor kwetsbare vrouwen.⁵⁸ Het is niet onmiddellijk duidelijk welke specifieke betekenis aan dit grondrecht kan worden toegekend voor de regulering van dergelijke ethische kwesties.⁵⁹ Wel biedt het kamerstuk uit 1978 een lijst van mogelijke domeinen waarom het recht op onaantastbaarheid van het lichaam betrekking heeft.⁶⁰ Hierop staan kwesties variërend van foltering, orgaantransplantaties, abortus en euthanasie tot het knippen van haren. Artikel 11 Gw heeft nergens een heldere afbakening gekregen en zal in de toepassingspraktijk verder moeten

⁵³ C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983, p. 92-93.

⁵⁴ B. van Beers, Artikel 11 - Onaantastbaarheid van het lichaam. In E. M. H. Hirsch Ballin, & G. Leenknecht (Eds.), *Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet 2013*, p. 3.

⁵⁵ Kamerstukken II 1978/79, 15463, p. 5.

⁵⁶ W. Duijst & T. Krap, *Lichamelijke integriteit bij leven en na de dood*, NJB 2017 afl. 14, p. 923.

⁵⁷ Artikel 3:40 Burgerlijke Wetboek.

⁵⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 351, nr. 3, p. 8;

Kamerstukken II 2009/10, 32 405, nr. 2, p. 11- 12

⁵⁹ B. van Beers, Artikel 11 - Onaantastbaarheid van het lichaam. In E. M. H. Hirsch Ballin, & G. Leenknecht (Eds.), *Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet 2013*, p. 5-6.

⁶⁰ Kamerstukken II 1978/79, 16068, nr. 3, p. 7.

worden geconcretiseerd.⁶¹ Decennia later kan worden vastgesteld dat de rechtspraak nog weinig verheldering heeft gebracht over de reikwijdte van artikel 11 Gw.⁶² Wel is duidelijk dat het werkingsterrein van artikel 11 Gw zich met name in het gezondheids- en strafrecht afspeelt.

In het Aidstest-arrest heeft de Hoge Raad de horizontale werking van het recht op lichamelijke integriteit aanvaard.⁶³ In casu dagvaardde eiseres gedaagde wegens verkrachting op grond van een onrechtmatige daad. Eiseres vorderde de verplichte medewerking van de gedaagde aan een aidstest. De Hoge Raad acht hier het belang van de eiseres in relatie tot het belang van gedaagde op onaantastbaarheid van zijn lichaam voldoende zwaarwegend om de beperking van de grondrechten van gedaagde te rechtvaardigen.⁶⁴

Het recht op lichamelijke integriteit is geen absoluut recht, het kan worden ingeperkt behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. De wetgever in formele zin is bevoegd deze beperkingen te stellen en kan deze bevoegdheid delegeren aan lagere regelgevers.⁶⁵ In Nederland is er inmiddels wetgeving tot stand gekomen op het gebied van enkele controversiële en ethisch beladen kwesties als euthanasie⁶⁶, abortus⁶⁷ en orgaandonatie⁶⁸. Artikel 11 Gw fungeerde in de politieke debatten inzake deze kwesties niet zozeer als een juridisch, maar vooral als een moreel argument. Dit omdat 'of en in welke mate de Nederlandse wetgever een relevante grondwetsbepaling als artikel 1 [...] respecteert is aan de wetgever zelf om uit te maken.'⁶⁹

3.2 Het internationaalrechtelijk kader

Het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit wordt gegarandeerd door verschillende internationale verdragen. Nederland kent een gematigd monistisch stelsel, waardoor bepalingen uit internationale verdragen doorwerken in de Nederlandse rechtsorde.

⁶¹ Kamerstukken II 1979/ 80, 16 086, nr. 4, p. 11.

⁶² B. van Beers, Artikel 11 - Onaantastbaarheid van het lichaam. In E. M. H. Hirsch Ballin, & G. Leenknecht (Eds.), Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet 2013, p. 6.

⁶³ HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkema (Aidstest I).

⁶⁴ HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, r.o. 3.2.

⁶⁵ Gerards e.a., Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie, Den Haag: Ars Aequi Libri 2013, p. 279

⁶⁶ Wet toetsing levensbeëindiging (<http://wetten.overheid.nl/BWBR0012410/>).

⁶⁷ Wet afbreking zwangerschap (<http://wetten.overheid.nl/BWBR0003396/>).

⁶⁸ Wet op de orgaandonatie (<http://wetten.overheid.nl/BWBR0008066/>).

⁶⁹ H. Akveld & M. Buijsen, Een juridische verkenning inzake alternatieve beslissystemen rondom orgaandonatie en inzake financiële incentives, Den Haag: Ministerie VWS 2008, p. 2.

Bij strijd hebben eenieder verbindende verdragsbepalingen voorrang op het nationale recht.⁷⁰ In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op het EVRM en het Handvest. Uit de jurisprudentie blijkt dat artikel 17 IVBPR als toetsingskader betreffende het recht op lichamelijke integriteit in het nationale recht nauwelijks wordt gebruikt. Dit komt door de overlappende betekenis met artikel 8 EVRM en de gezaghebbende uitspraken van het Europese Hof.⁷¹ Om deze reden zal ik geen verdere aandacht besteden aan artikel 17 IVBPR.

3.2.1 Artikel 3 Handvest

Artikel 3 van het Handvest behelst het recht op menselijk integriteit waaronder zowel de lichamelijke als de geestelijke integriteit gerekend worden. In het tweede lid wordt dit recht toegespitst op de geneeskunde en de biologie. In dit kader moet in acht worden genomen:

- a) de vrije en geïnformeerde toestemming van de betrokkene, volgens de bij de wet bepaalde regels;
- b) het verbod van eugenetische praktijken, met name die welke selectie van personen tot doel hebben;
- c) het verbod om het menselijk lichaam en bestanddelen daarvan als zodanig als bron van financieel voordeel aan te wenden;
- d) het verbod van het reproductief klonen van mensen.

Het is opmerkelijk dat in sub b, c en d in naam van de menselijke integriteit beperkingen aan de lichamelijke zelfbeschikking worden gesteld. Immers, zelfs wanneer men vrijwillig zou meewerken aan bovenstaande praktijken, zou het Handvest zich hiertegen verzetten. Het Handvest ligt hiermee in lijn met onder andere het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde en de Universele verklaring over het menselijk genoom en de mensenrechten.⁷² Artikel 3 van het Handvest laat hiermee zien dat het begrip ‘lichamelijke integriteit’ dus van hernieuwde betekenis is geworden in het biomedische tijdperk.⁷³

⁷⁰ Artikel 93 jo. 94 van de Grondwet.

⁷¹ G. Overkleeft-Verburg, Commentaar op artikel 10 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2018 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

⁷² Het belangrijkste doel van de Universele verklaring over het menselijk genoom (het genetisch erfgoed van de mensheid) is het beschermen van het menselijk genoom tegen ongepaste manipulaties, zoals klonen, die de identiteit en de fysieke integriteit van toekomstige generaties in gevaar kunnen brengen. Het verdrag is in 1997 door de Algemene Conferentie van UNESCO aangenomen.

⁷³ Het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde is in 1997 in het kade van de Raad van Europa tot stand gekomen. Nederland heeft dit verdrag onmiddellijk ondertekend. Doel van dit verdrag is de bescherming van de mensenrechten in relatie tot de medische wetenschap en de geneeskunde. B. van Beers, Artikel 11 - Onaantastbaarheid van het lichaam. In E. M. H. Hirsch Ballin, & G. Leenknecht (Eds.), *Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet 2013*, p. 15.

Bepalingen uit het Handvest zijn enkel van toepassing wanneer deze ten uitvoer worden gelegd door Unie-instellingen dan wel de lidstaten zelf.⁷⁴ Uit artikel 52 lid 3 van het Handvest vloeit voort dat indien een recht uit het Handvest correspondeert met een recht uit het EVRM, de inhoud en de reikwijdte van het betreffende recht uit het Handvest hetzelfde zal zijn als het recht dat uit het EVRM voortvloeit. Dit verhindert echter niet dat het Handvest een ruimere bescherming kan bieden dan het EVRM. In de toelichting bij dit artikel wordt echter niet genoemd dat artikel 3 van het Handvest correspondeert met artikel 8 EVRM, terwijl uit beide een recht op lichamelijke en geestelijke integriteit voortvloeit. Het is niet duidelijk of dit een limitatieve opsomming betreft. Artikel 8 EVRM komt qua inhoud en reikwijdte overeen met artikel 3 van het Handvest,. Deze artikelen zullen daarom ook in samenhang behandeld worden, omdat de inhoud en reikwijdte van beide artikelen corresponderen.

3.2.2 Artikel 8 EVRM

De lichamelijke integriteit wordt in de eerste plaats beschermd door het in artikel 3 EVRM neergelegde folterverbod: onder geen enkele omstandigheid mag een mens worden onderworpen aan foltering en of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.⁷⁵ Minder ernstige schendingen van de lichamelijke integriteit, die de ondergrens van artikel 3 niet halen, worden beschermd door het in artikel 8 EVRM neergelegde recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven.⁷⁶ Het EVRM bevat geen afzonderlijke bepaling ter bescherming van het recht op onaantastbaarheid van het lichaam. Onder privéleven moet volgens het EHRM echter mede worden begrepen ‘the physical and moral integrity of a person.’⁷⁷ Het recht op lichamelijke integriteit behelst tevens het toestemmingsvereiste en het recht op informatie. Dit wordt door het EHRM als volgt samengevat: ‘any medical intervention against the subject’s will, or without the free, informed and express consent of the subject, constitutes an interference with his or her private life.’⁷⁸ Voorbeeld van een mogelijke schending van artikel 8 EVRM is het verplicht toedienen van anticonceptie aan verstandelijk gehandicapten.

⁷⁴ J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 390.

⁷⁵ B. Van Beers, Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2009, p. 177.

⁷⁶ idem, p. 179.

⁷⁷ EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80 (X and Y/Nederland), r.o. 22.

⁷⁸ EHRM 13 mei 2008, nr. 52515/99 (Juhnke/Turkije), r.o. 76.

Daarnaast kan recht op eerbieding van privé familie- en gezinsleven ook positieve verplichtingen voor de overheid met zich meebrengen, die nodig zijn om het recht op lichamelijke integriteit te effectueren.

Een inmenging op de lichamelijke integriteit houdt niet noodzakelijkerwijs een schending van artikel 8 EVRM in. Lid 2 van artikel 8 EVRM behelst de beperkingsclausule. Een inbreuk op de lichamelijke integriteit is enkel gerechtvaardigd onder bepaalde voorwaarden waaraan in zijn geheel voldaan moet zijn. Ten eerste moet de inbreuk bij wet voorzien zijn. Onder ‘wet’ wordt zowel materiele als formele wetgeving geschaard. Ook ongeschreven recht en ambtelijke bevelen kunnen onder dit begrip vallen.⁷⁹ De inmenging moet tevens dienen tot bescherming van één of meer van de in het tweede lid van artikel 8 EVRM opgesomde rechtsbelangen. Ten tweede moet worden beoordeeld of de inmenging in het privéleven noodzakelijk is in een democratische samenleving. Een inmenging is pas geoorloofd wanneer er sprake is van een dringende maatschappelijke behoefte (*pressing social need*). Het voor een beperking aangevoerde belang moet een zekere drempelwaarde overschrijden. Ook moet de inmenging subsidiair en proportioneel zijn ten opzichte van het belang dat met de beperking van de lichamelijke integriteit wordt gediend. Er moet een belangenafweging plaatsvinden waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen: zowel de belangen van het individu als het algemeen belang worden in acht genomen.⁸⁰ Bij deze beoordeling komt aan de verdragsstaten een zekere *margin of appreciation* toe.⁸¹ Hiermee laat het Straatsburgse Hof de nodige ruimte bij de toepassing van mensenrechten en in dat kader vaak noodzakelijke belangenafweging aan de lidstaten. Tevens moeten er voldoende redenen ter rechtvaardiging van de beperking kunnen worden aangevoerd (*relevant and sufficient reasons*).

Belangrijke rechtspraak in deze context is de zaak *Pretty*⁸². De aan ALS lijdende Pretty vraagt de Director of Public Prosecutions een garantie dat haar man niet vervolgd zal worden wanneer hij haar helpt bij haar doodswens. Pretty wendt zich tot het EHRM en stelt dat de weigering van de Director deze garantie te geven een schending inhoudt van o.a. het recht op leven. Dit recht zou volgens Pretty onder meer het recht om zelf te kiezen wanneer en op

⁷⁹ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (Sunday Times/Verenigd Koninkrijk).

⁸⁰ EHRM 19 juni 2006, nr. 35014/97 (Hutten-Czapska/Polen).

⁸¹ T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Europees grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 23;

EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (Handyside/Verenigd Koninkrijk), r.o. 48.

⁸² EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (Pretty/VK).

welke wijze ze zou wille sterven omvatten. Het EVRM oordeelt dat het recht om te sterven geen deel uitmaakt van het recht op leven onder artikel 2 EVRM. Tevens haalt het Hof aan dat de bescherming van de persoonlijke autonomie ofwel de zelfbeschikking van het individu als grondslag dient voor de interpretatie van de waarborgen van artikel 8 EVRM.⁸³ In de zaak *Tysiaç* heeft het Hof het recht op persoonlijke autonomie onomwonden erkend.⁸⁴ Alicja Tysiac is een Pools staatsburger die in 2000 drie oogartsen raadpleegde die concludeerde dat haar oogproblemen velen malen erger zouden worden wanneer ze haar zwangerschap zou voldragen. De oogartsen weigerde echter een verklaring te geven waarmee Tysiac abortus kon laten uitvoeren. Deze werd alleen verstrekt wanneer er ‘a threat to the woman’s life or health ... attested by a consultant specialising in the field of medicine relevant to the woman’s condition.’⁸⁵ Nadat het kind ter wereld was gekomen bleken haar ogen zodanig verslechterd waardoor ze voor een groot percentage arbeidsongeschikt werd verklaard.⁸⁶ Naderhand constateerde het Europese Hof een schending van artikel 8 EVRM veroorzaakt door Polen. Dit recht omvat naar het oordeel van het Hof ook ‘the right to personal autonomy’. Interessant om te vermelden is de Dissentin Opinion van de Spaanse rechter Borrego Borrego: ‘All human beings are born free and equal in dignity and rights. Today the Court has decided that a human being was born as a result of a violation of the European Convention on Human Rights. According to this reasoning, there is a Polish child, currently six years old, whose right to be born contradicts the Convention. I would never have thought that the Convention would go so far, and I find it frightening.’⁸⁷ Het zelfbeschikkingsrecht lijkt hierbij enkel te verwijzen naar de vrouw die het leven van haar nog ongebooren kind wil laten beëindigen. Aan de ongeborene zelf lijkt geen zelfbeschikkingsrecht toe te komen.

Een ander spraakmakend voorbeeld is de zaak van *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*.⁸⁸ In 1997 werd het drietal, met nog zo’n veertig anderen, strafrechtelijk veroordeeld wegens sadomasochistische praktijken: het toebrengen van fysiek letsel met als doel seksueel plezier te verkrijgen of te verlenen. Het ‘slachtoffer’ kon ten allen tijde deze praktijken stoppen, waardoor het volledig vrijwillig en met toestemming verliep.⁸⁹ Het geheel

⁸³ *Idem*, r.o. 61.

⁸⁴ EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03 (*Tysiaç/Polen*), r.o. 107.

⁸⁵ EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03 (*Tysiaç/Polen*), dissenting opinion of judge Borrego Borrego, r.o. 15.

⁸⁶ EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03 (*Tysiaç/Polen*), r.o. 7 – 31.

⁸⁷ EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03 (*Tysiaç/Polen*), dissenting opinion of judge Borrego Borrego, r.o. 2.

⁸⁸ EHRM 19 februari 1997, nrs. 21627/93, 21826/93, 21974/93 (*Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*).

⁸⁹ C. Van den Wyngaert, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Maklu 2003, p.232-233.

werd gefilmd en verspreid onder leden van de groep. Laskey, Jaggard en Brown achtte de Britse wetgeving, die deze veroordeling mogelijk maakte, in strijd met artikel 8 EVRM. Het Hof oordeelde dat artikel 8 EVRM niet geschonden was, want de Staat heeft het recht om praktijken waardoor lichamelijk schade wordt toegebracht te verbieden. Dat deze handelingen toevallig op seksueel terrein plaatsvonden, verandert hier echter niets aan.⁹⁰ Duidelijk wordt dat het zelfbeschikkingsrecht dus niet absoluut is.

3.3 Inbreuken op de lichamelijke integriteit bij leven door de staat

In het kader van het Strafrecht kunnen er allerlei beperkingen aan de burger worden opgelegd die wringen met het recht op lichamelijke integriteit. Een burger kan niet (althans niet zonder het strafrecht te tarten) beslissen om geen autogordel te dragen wanneer hij of zij in een auto zit.⁹¹ In het kader van een opsporingsonderzoek mag een verdachte, onder voorwaarden, aan zijn kleding worden onderzocht, alsook in of aan zijn lichaam.⁹² Een verdachte kan ook worden gedwongen celmateriaal af te staan in geval van een misdrijf waarbij uit aanwijzingen blijkt dat besmetting van een slachtoffer met een ernstige ziekte kan hebben plaatsgevonden.⁹³ Deze bepalingen kunnen al dan niet worden uitgevoerd met hulp van de politi; van zelfbeschikking is in deze situaties dan ook weinig sprake.⁹⁴

Ook het Burgerlijk Wetboek stelt in artikel 3:40 beperkingen aan het recht op lichamelijke integriteit, namelijk: ‘Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde is nietig.’⁹⁵ Voorbeelden hiervan zijn het sluiten van een overeenkomst die strekt tot het levend begraven of het opeten een ander, het verkopen van organen of een overeenkomst tot moord met toestemming van de betrokkene. Dit is slechts een greep uit de talrijke beperkingen die de wet stelt op het recht op lichamelijke integriteit.

Bij een geneeskundige behandelovereenkomst geldt, in vergelijking met gewone contracten, een toestemmingsvereiste en een informatieplicht. Toestemming is hier een vereiste, een *sine qua non*, voor medisch ingrijpen. Deze toestemming op zichzelf is echter onvoldoende grond voor een medische ingreep. Eveneens is vereist dat de ingreep noodzakelijk is in het kader

⁹⁰ EHRM 19 februari 1997, nrs. 21627/93, 21826/93, 21974/93 (Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk), r.o. 50.

⁹¹ Artikel 59 lid 1 Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990.

⁹² Artikel 56 Wetboek van Strafvordering;
Artikel 195 Wetboek van Strafvordering.

⁹³ Artikel 151^c Wetboek van Strafvordering.

⁹⁴ W. Duijst & T. Krap, Lichamelijke integriteit bij leven en na de dood, NJB 2017 afl. 14, p. 924-925.

⁹⁵ Artikel 3:40 lid 1 Burgerlijk Wetboek.

van de medisch-professionele standaard.⁹⁶ Of zoals Den Hartogh⁹⁷ het verwoordt: ‘Voor een ingrijpende medische behandeling is het niet genoeg dat de patiënt erom vraagt, er moet ook een goede reden voor zijn.’⁹⁸ Dit blijkt ook uit de strafbaarheid van dergelijke ingrepen.⁹⁹ Van een recht om zelf over je lichaam te kunnen beschikken is in deze dus geen sprake. Lichamelijke zelfbeschikking strekt in de medische praktijk niet verder dan informed consent.¹⁰⁰

3.4 Orgaandonatie bij leven

In onze huidige samenleving wordt veel waarde gehecht aan de zelfbeschikking van het individu. Voorheen werd dit beginsel ingeperkt door het paternalisme van de behandelend arts. De autonomie van het individu houdt ook in dat een persoon een bepaalde behandeling kan weigeren of juist nastreven. Zo kan iemand een bloedtransfusie weigeren, ook al neemt hij hiermee een risico ten aanzien van zijn gezondheid. De autonomie van het individu is nadrukkelijk aanwezig bij iemands besluit zijn organen te donoren bij leven. In een dergelijke situatie mag en kan de donor zelf de keuze maken zijn organen beschikbaar te stellen, ook wanneer de mogelijke ontvanger zich in een levensbedreigende situatie bevindt.¹⁰¹

Krachtens eed van Hippocrates mag de arts zijn patiënt eerst en vooral niet schaden. Hierdoor is een inbreuk op de lichamelijke integriteit enkel gerechtvaardigd wanneer dit de gezondheid of overleving van de patiënt dient en de patiënt hiervoor zijn toestemming heeft gegeven. Het uitnemen van een orgaan levert enkel gezondheidsvoordeel op voor de ontvanger; de donor zelf ondergaat een chirurgische ingreep zonder dat hier een medische noodzaak toe is. De hedendaagse opvatting is dat het *primum nihil nocere*-beginsel (ten minste geen schade doen) niet absoluut is. Hogere waarden kunnen dit beginsel begrenzen. In geval van orgaandonatie kan dit het herstel van de gezondheid van de ontvanger zijn. Hierbij moet wel rekening worden gehouden met het beginsel van proportionaliteit: de mate van risico en het gevaar voor de gezondheid van de donor moet beperkt blijven. Gesteld kan dus worden dat het gerechtvaardigd is het leven van de donor op te offeren om het leven van de patiënt te redden.¹⁰²

⁹⁶ B. Van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 107.

⁹⁷ Govert den Hartogh is hoogleraar Ethiek aan de Universiteit van Amsterdam

⁹⁸ G.A. den Hartogh, *Het Europese Hof over hulp bij suïcide*, *Ars Aequi* 2003 jrg. 52, p. 98.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 294 Wetboek van Strafrecht (hulp bij zelfdoding).

¹⁰⁰ B. Van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 136.

¹⁰¹ Nieuwe wegen naar orgaandonatie, Den Haag: Gezondheidsraad 2003, p. 106-107.

¹⁰² Idem, p. 116.

De autonomie van de donor is niet absoluut en onbegrensd en moet in relatie worden gezien met de (medische) autonomie en verantwoordelijkheid van andere betrokkenen. Een voorbeeld is wanneer iemand maar één nier heeft en deze wil afstaan ten behoeve van haar zieke zoon. De arts zal dit weigeren op grond van zijn professionele ethische code.¹⁰³

Artikel 3 lid 1 Wet op de Orgaandonatie omschrijft door wie en onder welke condities een orgaan kan worden afgestaan. Een viertal voorwaarden worden in dit artikel uiteengezet, waaraan orgaandonatie bij leven moet voldoen:

- de donor moet meerderjarig zijn
- de donor moet wilsbekwaam zijn
- de donor moet uitdrukkelijk toestemming verlenen
- donatie vindt plaats ten behoeve van implantatie bij een bepaald persoon.

Met het oog op bescherming van de donor stelt lid 3 van artikel 3 Wet op de Orgaandonatie: ‘Wanneer redelijkerwijs aannemelijk is dat de verwijdering van het orgaan bij leven blijvende gevolgen zal hebben voor de gezondheid van de donor, geschiedt deze slechts indien de persoon ten behoeve van wie de verwijdering plaats zal vinden, in levensgevaar verkeert en dit niet op andere wijze even goed kan worden afgewend.’ In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat dit gevaar ook aanwezig is wanneer bijvoorbeeld een persoon alleen in leven kan blijven door regelmatig een nierdialyse te ondergaan.¹⁰⁴

Met betrekking tot orgaandonatie door een minderjarige zijn de opvattingen verschillend. De Nederlandse wetgever sluit orgaandonatie door een minderjarige niet geheel uit. Artikel 5 lid 1 en 2 van de Wet op de Orgaandonatie stellen dat het doneren van een orgaan door minderjarigen uitsluitend is toegestaan wanneer het een regenererend orgaan betreft, zoals beenmerg. Dit zal betekenen dat een minderjarige nooit een niet-regenererend orgaan, zoals een nier, kan doneren. De commissie van de Gezondheidsraad is van opvatting dat donatie bij leven door een minderjarige een zeer uitzonderlijke situatie betreft, waarvoor nooit een eenvoudige rechtvaardiging is te vinden. Een strikt verbod, ook van nierdonatie, zou niet wenselijk zijn. Wel geeft de commissie aan dat het tegenwoordig uitzonderlijk zou zijn indien een minderjarige binnen een familie de enige geschikte donor zou zijn. Bijvoorbeeld donatie tussen eenige tweelingen, waarbij de donor en ontvanger ten minste de adolescentie leeftijd (15 tot 17 jaar) hebben bereikt, kan zo’n uitzondering betreffen. Artikel 3 lid 1 van de Wet op

¹⁰³ Idem, p. 119.

¹⁰⁴ Idem, p. 145-153.

de Orgaandonatie verbiedt een dergelijke situatie dan wel, maar de commissie kan zich voorstellen dat een behandelaar in zo'n geval er voor kiest de wens van de minderjarige donor te volgen.¹⁰⁵ Met betrekking tot minderjarigen neem het EHRM aan dat zij niet het volledige zelfbeschikkingsrecht kunnen uitoefenen. Voor het geven van toestemming inzake een medische behandeling zijn de ouders de aangewezen personen om toestemming te geven.¹⁰⁶ Bij de weigering deze toestemming te geven voor een behandeling die een kind nodig heeft kan de rechter worden geconsulteerd.¹⁰⁷ De Grondwet zegt hierover 'Het recht op onschendbaarheid van het eigen lichaam van een patiënt brengt mee dat medische handelingen ten aanzien van hem slechts mogen worden verricht met zijn (eventueel veronderstelde) toestemming of met de toestemming van personen, die voor hem mogen beslissen.'¹⁰⁸ De reikwijdte van artikel 11 Gw is tot op heden niet verder uitgekristalliseerd in de rechtspraak. Artikel 1 Gw bepaald dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden. Er kunnen derhalve voor bepaalde groepen andere regelingen gelden, bijvoorbeeld voor minderjarigen.¹⁰⁹

Hetzelfde geldt voor wilsonbekwame personen, hen belangen worden echter behartigd door een vertegenwoordiger. Bij orgaandonatie door wilsonbekwame personen wordt door het Biogeneeskundeoverdrag in het algemeen gesteld dat 'an intervention may only be carried out on a person who does not have the capacity to consent, for his or her direct benefit.'¹¹⁰ Dit zou inhouden dat orgaandonatie door een wilsonbekwame mag plaatsvinden wanneer zijn directe belang door de donatie wordt gediend en in een mate die opweegt tegen de risico's en de inbreuk op het beginsel van *informed consent*. Het Biogeneeskundeoverdrag stelt echter dat geen orgaan mag worden verwijderd bij een persoon die niet in staat is toestemming te geven.¹¹¹ Enkel voor regenererend weefsel wordt onder strenge voorwaarden een uitzondering gemaakt. Deze lijn wordt gevolgd door de Wet op de Orgaandonatie. Wel limiteert de wetgever donatie van beenmerg door wilsonbekwame tot donatie ten behoeve van een nauwe bloedverwant (tot en met de tweede graad) die in levensgevaar verkeert. De donatie mag geen blijvende gevolgen voor de gezondheid van de donor hebben. De Nederlandse wetgever geeft

¹⁰⁵ Idem, p. 147-149.

¹⁰⁶ A.C Hendriks, J.H Gerards & N.R. Koffeman, *Zelfbeschikking in het overige (gezondheids)recht*, Den Haag: ZonMw 2013, p. 40-41 en p. 60.

¹⁰⁷ EHRM 9 maart 2004, nr. 61827/00 (Glass/VK).

¹⁰⁸ Kamerstukken II 1979/80, 16086, nrs. 1-5, p. 7.

¹⁰⁹ Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3, p. 25.

¹¹⁰ Council of Europe. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine (Convention on Human Rights and Biomedicine). Strasbourg, 1997, ETS no. 164, artikel 6.

¹¹¹ Council of Europe. Additional protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin. ETS no. 186. Strasbourg, 2002.

in de Memorie van Toelichting aan dat bijvoorbeeld nierdonatie door wilsonbekwamen niet bij voorbaat geheel is uitgesloten, ‘maar onder de genoemde stringente voorwaarden in artikel 4 mogelijk gemaakt.’¹¹²

Orgaandonatie bij leven wordt tevens beïnvloed door internationale en supranationale wet- en regelgeving. Zo stelt het Europese Bio-ethiek verdrag dat postmortale donatie de voorkeur heeft in alle gevallen waarin dat redelijkerwijs mogelijk is. Donatie bij leven zou uitsluitend gerechtvaardigd zijn in een situatie waarin een postmortaal orgaan niet beschikbaar is of therapeutisch gezien niet doelmatig is.¹¹³

Orgaandonatie bij leven zal dus geen strijd opleveren met artikel 8 EVRM, gezien hiervoor altijd toestemming van de donor noodzakelijk is. Enkel bij de donatie van beenmerg door wilsonbekwame personen ten behoeve van een nauwe bloedverwant die in levensgevaar verkeerd is toestemming niet altijd noodzakelijk. Deze acute situatie zou niet om een andere manier kunnen worden verholpen. Volgens de Nationale Raad voor de Volksgezondheid zou enkel in een dergelijke situatie ook aan de eisen van relevantie, subsidiariteit en proportionaliteit, zoals geformuleerd in artikel 8 EVRM en artikel 11 Gw, zijn voldaan.¹¹⁴ Bovenstaande is verankerd in artikel 4 van de Wet op de Orgaandonatie.

3.5 Conclusie

Het recht op lichamelijke integriteit van een levend persoon wordt o.a. gegarandeerd door de Gw, het Handvest en het EVRM. Dit recht kan worden opgesplitst in het recht om te worden gevrijwaard van schendingen van en inbreuken op het lichaam door anderen (de onaantastbaarheid van het lichaam) en het recht om zelf over het lichaam te kunnen beschikken. Het recht op lichamelijke integriteit geldt echter niet onbeperkt. Begrenzing hiervan vindt plaats door de eed van Hippocrates, het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en het Burgerlijk Wetboek, al dan niet met de sterke arm. Ook bij orgaandonatie bij leven worden er beperkingen gesteld, bijvoorbeeld wanneer de donor minderjarig of wilsonbekwaam is. Er kan worden geconcludeerd dat van lichamelijke zelfbeschikking niet als zodanig sprake is in de geneeskunde.

¹¹² Kamerstukken II 1995/96, 22 358, nr. 3, p. 12 (MvT).

¹¹³ Additional Protocol art. 9 bij het Europese bioethieverdrag

¹¹⁴ Kamerstukken II 1991/92, 22358, nr.3, p.11.

4. De lichamelijke integriteit na overlijden

In hoofdstuk 2 is aan bod gekomen dat het lijk krachtens jurisprudentie en literatuur gekwalificeerd wordt als een ‘goed’. Dit heeft consequenties voor de manier waarop er invulling kan worden gegeven aan de lichamelijke integriteit. Deze gevolgen zullen in dit hoofdstuk besproken worden. In de rechtspraak en de literatuur is geen aanleiding gevonden dat het Handvest een ruimere bescherming biedt aan de lichamelijke integriteit na de dood. Daarom zal er in dit hoofdstuk geen aandacht worden besteedt aan het Handvest. Wel zal worden ingegaan op de postmortale werking van artikel 11 Gw en artikel 8 EVRM.

4.1 De postmortale werking van artikel 11 Grondwet

Een lichaam kan worden gekwalificeerd als een lijk wanneer de dood is ingetreden. Daarnaast is het interessant de vraag te stellen wanneer een lijk ophoudt een lijk te zijn. Volgens de wetgever is een lijk een stoffelijk overschot. Dit impliceert dat een skelet niet ophoudt een lijk te zijn. Duijst & Naujocks geven aan dat het in deze context van belang is welke formele handelingen in relatie tot het lijk zijn verricht. Wanneer formele handelingen, zoals begraven, cremieren en het ruimen van een graf, niet zijn verricht blijft een lijk in beginsel een lijk.¹¹⁵ In haar nota inzake de vraag of een bepaling inzake de lichamelijke integriteit als afzonderlijk grondrecht zou moeten worden opgenomen, stelde de Grondwetgever: ‘Naar onze mening eindigt het recht op onaantastbaarheid van het lichaam - opgevat als het recht op afweer van inbreuken van buitenaf op het lichaam - niet op het moment van iemands overlijden, maar blijft het ook daarna in beginsel voortbestaan.’¹¹⁶ Dit zou van belang zijn voor o.a. regulering van orgaandonatie. Consequentie hiervan zou zijn dat een derden niet zonder meer over het lichaamsmateriaal van de overledene zou kunnen beschikken. Beperkingen hierop behoeven een wettelijke grondslag. De Wet op de Lijkbezorging dient hiertoe als uitgangspunt.¹¹⁷ Er moet zijn vastgelegd wie op welke wijze inbreuk kan maken op de lichamelijke integriteit en wie na de dood van de betrokkene kan beschikken over het lichaam. In eerste instantie ligt het beschikkingsrecht primair bij de betrokkene zelf en daarna pas bij de nabestaanden of de

¹¹⁵ W. Duijst & T. Naujocks, over lijken: de dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief, Apeldoorn: Maklu-uitgevers 2015, p. 36.

¹¹⁶ Kamerstukken II 1978/79, 15463, nr. 2, p. 5.

¹¹⁷ Idem, p.6.

overheid.¹¹⁸ Op grond van de postmortale werking van artikel 11 Gw is het moeilijk te begrijpen dat de Nederlandse wetgeving geen overkoepelend verbod op lijkschennis kent.¹¹⁹

Voorbeelden van een wettelijke regelingen inzake postmortale inbreuken op de lichamelijke integriteit van de overledene zijn de Wet op de Orgaandonatie, de Wet op de Lijkbezorging, de Wet Veiligheid en Kwaliteit Lichaamsmateriaal en het Biogeneeskundeoverdrag.¹²⁰ Het Biogeneeskunde verdrag is overigens niet door Nederland geratificeerd. Een van de redenen die hiervoor is aangedragen is dat de meer toegespitste bepalingen te gedetailleerd zijn en in de toekomst de medische wetenschap kunnen belemmeren. Nederland zou te veel voorbehouden moeten maken, het verdrag zou hierdoor niet meer geloofwaardig geratificeerd kunnen worden.¹²¹

De Hoge Raad heeft een lijk gekwalificeerd als een ‘goed’. Hiermee is een zeker eigendom over het lijk mogelijk. Hierover zegt de Hoge Raad: ‘de erven of nabestaanden van een overledene hebben een zodanige zeggenschap over het lijk van hun overleden familielid – zij het beperkt door wat de wet gebiedt en door wat voortvloeit uit godsdienstige en zedelijke opvattingen almede door wat door de overledene zelf met inachtneming van een en ander is bepaald – dat van toebehoren in de zin van deze bepaling moet worden gesproken.’¹²² Er zal dus geen sprake zijn van een zuiver eigendomsrecht in de zin van het volledige beschikkingsrecht over het lijk dat door de nabestaanden kan worden uitgeoefend. De beperkingen die door de wet, door zedelijke en godsdienstige normen en de wil van de overledene worden opgelegd zijn namelijk omvangrijk. Regels over postmortale orgaandonatie zijn hier onderdeel van. De overledene kan voor zijn dood kenbaar maken wat zijn beslissing zal zijn met betrekking tot het doneren van zijn organen. De nabestaanden zullen hieraan gebonden zijn. Het eigendomsrecht op de organen wordt dus slechts aan de nabestaanden overgedragen indien de overledene hier geen beslissing over heeft genomen. De nabestaanden beschikken dus over een eigendomsrecht, echter wordt dit recht wel beperkt

¹¹⁸ W. Duijst & T. Naujocks, over lijken: de dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief, Apeldoorn: Maklu-uitgevers 2015, p. 22-23.

¹¹⁹ B.C. van Beers, Commentaar op artikel 11 van de Grondwet, Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2017 (www.Nederlandrechtstaat.nl).

¹²⁰ Zie voor meer toelichting op het Biogeneeskundeoverdrag voetnoot 64.

¹²¹ J.C.J. Dute, Buiten de (mensenrechten)orde? – Over het niet ratificeren van het Biogeneeskundeoverdrag door Nederland, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 2015 (39) afl. 6, p.394

¹²² HR 20 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7427 (betreft artikel 366 van het Arubaanse wetboek van strafrecht dat overeenkomst met artikel 350 Sr).

door de wet en de wil van de overledene.¹²³ Men kan zich afvragen of het feit dat het eigendomsrecht van de nabestaanden beperkt wordt door de wil van de overledene geen dode letter is. Als de nabestaande lak hebben aan die laatste wens, dan kan de overledene daar niets tegen doen. Volgens de huidige wettelijke regeling met betrekking tot orgaandonatie kan er enkel inbreuk worden gemaakt op de lichamelijke integriteit van een lijk met de vóór de dood gegeven toestemming van de overledene of met ná de dood gegeven toestemming van de nabestaanden. De bevoegdheid van de nabestaanden om over het lijk te beschikken kan slechts worden beperkt als daartoe een noodzaak bestaat. Van zo'n noodzaak kan sprake zijn wanneer er onderzoek moet worden gedaan naar de doodsoorzaak, dan wordt voorafgaande toestemming niet noodzakelijk geacht. De betrokkenen kunnen er dan niet voor kiezen een dergelijke strafrechtelijke sectie over te slaan. Deze beslissing ligt bij de Officier van Justitie of de rechter-commissaris. Wat betreft orgaandonatie is bij een niet natuurlijke dood de bevoegdheid van de overledene of de nabestaanden om te beschikken over het lijk in enige mate beperkt.¹²⁴ Dit kan bij overlijden enkel plaatsvinden na toestemming van de Officier van Justitie.¹²⁵

Met betrekking tot de postmortale werking van artikel 11 Gw inzake het afgescheiden lichaamsmateriaal bestaan tegenstrijdige standpunten. Deze standpunten kwamen voort uit een discussie eind jaren '80 over een voorstel tot onderzoek op anoniem lichaamsmateriaal ter prevalentie van het HIV-virus. De vraag die hier werd opgeworpen was of dit wel was toegestaan gezien de donor hier geen toestemming voor had gegeven. Volgens het eerste standpunt geldt de bescherming van artikel 11 Gw niet in dit soort gevallen. De rechter zou naar alle waarschijnlijkheid oordelen dat dergelijk onderzoek met anoniem lichaamsmateriaal in lijn ligt met de eisen van redelijkheid en billijkheid die aan de geneeskundige behandelingsovereenkomst worden gesteld. Het tweede standpunt valt een dergelijke situatie wel onder de reikwijdte van artikel 11 Gw en zou hier een aantasting van het recht op lichamelijke integriteit kunnen worden vastgesteld.¹²⁶ De vraag welk standpunt de juiste is, blijft tot op heden onbeantwoord.¹²⁷

¹²³ W. Duijst & T. Naujocks, over lijken: de dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief, Apeldoorn: Maklu-uitgevers 2015, p. 34.

¹²⁴ W. Duijst & T. Naujocks, over lijken: de dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief, Apeldoorn: Maklu-uitgevers 2015, p. 35.

¹²⁵ Artikel 76 lid 2 Wet op de Lijkbezorging.

¹²⁶ Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p.49; Kamerstukken II 1989/90, 19218, nr. 42.

¹²⁷ B.C. van Beers, Commentaar op artikel 11 van de Grondwet, Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2017 (www.Nederlandrechtstaat.nl).

4.2 De postmortale werking van artikel 8 EVRM

In zaak van *Estate of Kresten Filtenborg Mortensen t. Denemarken*¹²⁸ (hierna: KFM) moest het EHRM zich uitlaten over de vraag of de zoon van de overledene toegang kreeg tot de rustplaats en de stoffelijke resten van de overledene ter verkrijging van DNA-materiaal om vast te stellen of de overledene zijn vader is. De klacht werd echter niet-ontvankelijk verklaard door het Hof. Het Hof onderbouwt dit als volgt:

‘In the present case the individual in question, namely KFM, was deceased when the alleged violation took place and hence when his estate, on his behalf, lodged the complaint with the Court alleging an interference with his right, or rather his corpse’s right, to respect for private life. In such circumstances, the Court is not prepared to conclude that there was interference with KFM’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention.’¹²⁹

Het lijkt erop dat de hoogste Europese rechter hier concludeert dat men na de dood niet langer aanspraak kan maken op rechten uit artikel 8 EVRM en artikel 8 EVRM dus geen postmortale werking heeft.¹³⁰

Ook in *Jäggi t. Zwitserland*¹³¹ komt het EHRM tot de conclusie dat artikel 8 EVRM niet doorwerkt na de dood. *Jäggi* verzocht eveneens toegang tot het stoffelijk overschot van zijn overleden vader. De Zwitserse rechter kwam tot de conclusie dat de belangen van de overledene, om zijn stoffelijke overschot te beschermen tegen inbreuken die strijdig zijn met de goede zeden en gewoonten en het recht van zijn naasten op respect voor de overledene en de onschendbaarheid van zijn lijk, zwaarder wegen dan de belangen van de klager om te weten van wie hij afstamt. Het EHRM komt echter tot een andere conclusie. Klager wil weten wie zijn biologische vader is, het Hof maakt daartoe de volgende belangenafweging:

‘In weighing up the different interests at stake, consideration should be given, on the one hand, to the applicant's right to establish his parentage and, on the other hand, to the right of

¹²⁸ EHRM 15 mei 2006, nr. 1338/03 (*Estate of Kresten Filtenborg Mortensen t. Denemarken*).

¹²⁹ EHRM 15 mei 2006, nr. 1338/03 (*Estate of Kresten Filtenborg Mortensen t. Denemarken*).

¹³⁰ B. Van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 213-214.

¹³¹ EHRM 13 juli 2006, nr. 58757/00 (*Jäggi t. Zwitserland*).

third parties to the inviolability of the deceased's body, the right to respect for the dead, and the public interest in preserving legal certainty.¹³²

Het Hof benadrukt vervolgens ‘that the Federal Court observed that the deceased's family had not cited any religious or philosophical grounds for opposing the taking of a DNA sample, a measure which is, moreover, relatively unintrusive. It should also be noted that it was thanks to the applicant that the lease on the deceased's tomb was renewed in 1997.’¹³³

Volgens het EHRM is het respect voor de doden geen objectief maar een subjectief rechtsgoed, dat afhankelijk is van het werkelijke respect dat de naasten opbrengen voor het lijk. Zodra de nabestaanden veel waarden hechten aan het lijk, door bijvoorbeeld religieuze of filosofische redenen, stijgt de beschermwaardigheid van het lijk.¹³⁴ Dit impliceert dat een lijk van een Moslim een grotere beschermwaardigheid toekomt dan een lijk van atheïst. Het lijkt of het EHRM hiermee bewust de mogelijkheid wil openhouden om tot een andere conclusie te komen wanneer de bezwaren zijn gegrond op religieuze of filosofische redenen.¹³⁵ Blok¹³⁶ plaatst hier een tweetal kanttekeningen bij: ‘Ten eerste is niet duidelijk waarom een religieuze of filosofische onderbouwing van de bezwaren relevant is bij de beantwoording van de juridische vraag of een DNA-onderzoek op een overledene moet worden toegestaan, tenzij dat onderzoek een inbreuk op de godsdienstvrijheid van de nabestaanden zou kunnen meebrengen. Het is de vraag of het EHRM dat laatste heeft bedoeld. Ten tweede roept het de vraag op *wiens* religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen in dit verband bepalend zouden moeten zijn. Er zijn immers doorgaans vele nabestaanden ... die uitlopende religies en levensbeschouwingen kunnen aanhangen. Als religie of levensbeschouwing al een rol zou moeten spelen, ligt het voor de hand om uit te gaan van de opvattingen van de overledene in plaats van diens nabestaanden. De persoon van de overledene en diens opvattingen lijken in de afweging van het EHRM echter juist geen rol te spelen.’¹³⁷

Overledenen maken hiermee dus aanspraak op ‘respect’, maar niet op mensenrechten, ze zijn immers geen rechtssubject. Een inbreuk op het privéleven van een dode is dan ook niet mogelijk. Volgens het EHRM kan een andere conclusie niet worden getrokken uit zijn eerdere

¹³² EHRM 13 juli 2006, nr. 58757/00 (Jäggi t. Zwitserland), r.o. 39.

¹³³ Idem, r.o. 41

¹³⁴ B. Van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 213-215; EHRM 13 juli 2006, nr. 58757/00 (Jäggi t. Zwitserland), r.o. 41-42.

¹³⁵ EHRM 13 juli 2006, nr. 58757/00 (Jäggi t. Zwitserland), m. nt. P.H. Blok, para. 8.

¹³⁶ P.H. Blok is hoogleraar aan de Universiteit van Utrecht, o.a. gespecialiseerd in privacyrecht.

¹³⁷ EHRM 13 juli 2006, nr. 58757/00 (Jäggi t. Zwitserland), m. nt. P.H. Blok, para. 9.

uitspraken over de relatie tussen het overlijden en artikel 8 EVRM, omdat deze uitspraken betrekking hadden op de keuzes van een persoon ten aanzien van zijn eigen overlijden of op de rechten van de nabestaanden.¹³⁸ Het lijkt erop dat een inbreuk op artikel 8 EVRM onmogelijk is nadat deze plaatsvindt na overlijden van de betrokkene.

Deze visie komt ook naar voren in de zaak *Egbert t. Letland*¹³⁹. Klaagster was er achter gekomen dat er zonder haar toestemming lichaamsweefsel van haar echtgenoot was afgenomen nadat hij was overleden. Het EHRM concludeert hier o.a. een schending van artikel 8 EVRM en overweegt hiertoe: ‘that the human body must still be treated with respect even after death.’¹⁴⁰ De Letse autoriteiten hadden hiermee de rechten van de klaagster geschonden en niet die van de overleden echtgenoot. Het lijkt erop dat het EHRM geen margin of appreciation laat aan de lidstaten met betrekking tot de dood: na overlijden houdt ook de bescherming van artikel 8 EVRM op.¹⁴¹

4.3 Postmortale orgaandonatie

Met het door Tweede Kamerlid Dijkstra (D66) voorgestelde actieve donorregistratiesysteem meent de Staat rechten te doen gelden op de organen van de doden. Met een actief donorregistratiesysteem wordt iedereen boven de 18 jaar uitgenodigd een keus te maken met betrekking tot het orgaandonorschap. Burgers die geen keus doorgeven worden geregistreerd als ‘geen bezwaar hebbende’ tegen orgaandonatie na overlijden.¹⁴² Dit zou worden gerechtvaardigd door het feit dat wanneer meer burgers *automatisch* geregistreerd worden als donor, meer mensenlevens gered kunnen worden. Dit is een nobel streven, maar is de Staat ook bevoegd een dergelijke inbreuk te maken? De Staat claimt hier namelijk een soort eigendomsrecht op onze organen, dit doet ze met een beroep op onze goedheid. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre orgaandonatie volgens het nieuwe actieve donorregistratiesysteem zich verhoudt met de lichamelijke integriteit. Allereerst wordt gekeken naar de verhouding tussen artikel 11 Grondwet en het nieuwe registratiesysteem. Hierna zal de verhouding tussen artikel 8 EVMR en het actieve donorregistratiesysteem

¹³⁸ EHRM 29 april 2002, *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 2346/02, NJ 2004, 543 (m.nt. E.A. Alkema), NJCM-Bulletin 2002, p. 910 (m.nt. B.E.P. Myjer);

EHRM 10 maart 1981, *X t. Duitsland*, nr. 8741/79, DR 24 (1980), p. 137;

EHRM 2 juni 2005, *Znamenskaya t. Rusland*, appl. no. 77785/01, EHRC 2005, 75 (m.nt. E. Brems); EHRM 30 oktober 2001, *Pannullo & Forte t. Frankrijk*, appl. no. 37794/97, EHRC 2001, 88 (m.nt. H.L. Janssen).

¹³⁹ EHRM 13 januari 2015, nr. 61243/08 (*Elberte t. Letland*).

¹⁴⁰ EHRM 13 januari 2015, nr. 61243/08 (*Elberte t. Letland*), r.o. 142.

¹⁴¹ A.C. Hendriks, initiatiefwetsvoorstel over orgaandonatie doet grondrechten geen geweld aan, TvCR april 2017, p. 133-136.

¹⁴² Kamerstukken II 2017/18, 33506, nr. 17.

worden onderzocht. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat bij de behandeling van artikel 3 van het Handvest aansluiting wordt gezocht bij artikel 8 EVRM, hierdoor zal enkel artikel 8 EVRM uiteengezet worden.¹⁴³

4.3.1 Artikel 11 Grondwet

In bovenstaande tekst is aan de orde gekomen dat krachtens de grondwetgever het recht op lichamelijke integriteit in beginsel doorwerkt wanneer de dood is ingetreden. Hierdoor zal artikel 11 Gw geen andere betekenis toekomen wanneer de betrokkene is overleden. Artikel 11 Gw kan worden beperkt ‘behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen’.¹⁴⁴ In casu is de wettelijke grondslag voor de beperking gelegen in de Wet op de Orgaandonatie. Deze wet in formele zin dient een legitiem doel te dienen. De Wet op de Orgaandonatie beoogt het aantal postmortale orgaandonoren te vergroten. Het staat buiten kijf dat dit in het belang is van de volksgezondheid.¹⁴⁵ Nu het de nationale rechter verboden is een wet in formele zin te toetsen aan de Grondwet, staat het de wetgever niet vrij allerlei beperkingen op artikel 11 Gw in het leven te roepen. Gelet op de doorwerking van artikel 8 EVRM zal er moeten worden voldaan aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁴⁶ Deze criteria zullen in onderstaande paragraaf, die toeziet op de toepassing van artikel 8 EVRM, worden besproken. In de nationale rechtspraak is het recht op lichamelijke integriteit in relatie tot orgaandonatie niet verder uitgekristalliseerd.

Hendriks¹⁴⁷ beargumenteert dat het tekort aan orgaandonoren meerdere grondrechten raakt, zoals het recht op leven en het recht op gezondheid. Deze laatste rechten leggen meer positieve verplichtingen op de overheid om te voorkomen dat door een tekort aan orgaandonoren meer mensen vroegtijdig overlijden. Een wetsvoorstel dat de in de andere grondrechten besloten liggende doelstellingen beoogt te bewerkstelligen kan vanuit grondrechtelijk perspectief alleen maar worden toegejuicht.¹⁴⁸

¹⁴³ HvJ EU 5 oktober 2010, Zaak C-400/10 PPU, RvdW 2010/1436 (J.McB); HvJ EU 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, NJB 2010/2199 (Volker und Markus Schecke GbR e.a.).

¹⁴⁴ Artikel 11 van de Grondwet.

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29494, nr. 3 (MvT);

J.C.J. Dute, Het initiatiefwetsvoorstel over orgaandonatie is in strijd met artikel 11 Grondwet, TvCR april 2017, p. 130-131.

¹⁴⁶ J.C.J. Dute, Het initiatiefwetsvoorstel over orgaandonatie is in strijd met artikel 11 Grondwet, TvCR april 2017, p. 130.

¹⁴⁷ A.C. Hendriks is hoogleraar gezondheidsrecht aan de universiteit Leiden.

¹⁴⁸ A.C. Hendriks, initiatiefwetsvoorstel over orgaandonatie doet grondrechten geen geweld aan, TvCR april 2017, p. 135.

Geconcludeerd kan worden dat artikel 11 Gw in beginsel toestaat dat dit grondrecht wordt beperkt door een systeem van actieve donorregistratie. Wel kan worden opgemerkt dat de Wet op de Orgaandonatie geen regeling omtrent de wijze waarop het wegnemen van de organen zou geschieden uiteenzet.

4.3.2 Artikel 8 EVRM

Om een gerechtvaardigde inbreuk op het recht op onaantastbaarheid van het lichaam vast te stellen dient er gelijktijdig te worden voldaan aan drie criteria. Allereerst dient de beperking voorzien te zijn bij wet. Actieve donorregistratie wordt gereguleerd door de Wet op de Orgaandonatie. Vervolgens dient de beperking een legitiem doel te dienen zoals omschreven in artikel 8 lid 2 EVRM. Een actief donorregistratiesysteem zal als gevolg hebben dat er meer levens gered zullen worden, omdat er meer organen beschikbaar komen.¹⁴⁹ De bescherming van de gezondheid zal hier dus mee gediend zijn. Krachtens de derde voorwaarde moet de beperking noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Hiervoor dient de inmenging proportioneel te zijn waarbij voldoende redenen ter rechtvaardiging van de beperking kunnen worden aangevoerd. Tevens moet er een dringende maatschappelijke behoefte zijn die de beperking rechtvaardigt (*pressing social need*). Relevant in deze context is dat er heel wat initiatieven zijn genomen om tot verbetering van het aantal postmortale orgaandonaties te komen. Een daarvan was het Masterplan Orgaandonatie, dit heeft echter niet tot de gewenste toename in postmortale orgaandonoren geleid.¹⁵⁰ Op het moment staan er 1300 mensen op de wachtlijst voor een orgaan, waarvan er jaarlijks 150 sterven.¹⁵¹

Ook dient er te worden voldaan aan de eis van subsidiariteit. Landen zoals Spanje en België die reeds werken met een systeem van actieve donorregistratie beschikken over meer orgaandonoren dan landen zonder een dergelijk systeem.¹⁵² Verschillende initiatieven van de Nederlandse overheid hebben tot op heden nog niet tot het gewenste resultaat geleid. Hierdoor kan worden geoordeeld dat de inmenging voldoet aan de eis van subsidiariteit. Tevens zijn er voldoende voorzieningen getroffen voor de zwakkere in de samenleving zoals de wilsonbekwamen.

¹⁴⁹ Kamerstukken II 2016/17, 33506, nr. G.

¹⁵⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33506, nr. 6, p. 7-8; Handelingen II 2015/16, 33506, nr. 4, p.1.

¹⁵¹ M. van der Land, Voorstel D66 over orgaandonatie is te vergaande inbreuk in keuzevrijheid (<http://www.mennovanderland.nl/Artikel%20voorstel%20D66%20over%20orgaandonatie.pdf>).

¹⁵² Kamerstukken II 2017/18, 33506, nr. 17.

Artikel 17 van het aanvullend protocol bij het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde inzake transplantatie van organen en weefsel van menselijke herkomst stelt dat *'Organs or tissues shall not be removed from the body of a deceased person unless consent or authorisation required by law has been obtained'*. Hieruit kan worden afgeleid dat Lidstaten de mogelijkheid krijgen een systeem in te voeren waarbij de toestemming tot het uitnemen van de organen na de dood is voorondersteld. Tevens stelt de Raad van Europa dat landen met een wettelijk systeem waarbij de toestemming van de betrokkene is verondersteld ervoor moeten zorgen dat er een effectief middel bestaat voor de betrokkene om hun beslissing door te geven. Een nationaal register, zoals de Nederlandse overheid dit wil invoeren, wordt als effectief beoordeeld.¹⁵³ Zoals hierboven aangehaald beschikken de lidstaten van het EVRM over een zekere margin of appreciation inzake de vraag of een inmenging in het privéleven noodzakelijk is. Op basis van bovenstaande kan dus worden geoordeeld dat het actieve donorregistratiesysteem geen schending oplevert van artikel 8 EVRM dan wel artikel 3 van het Handvest.

Uit de jurisprudentie van het EHRM kunnen we echter ook afleiden dat een beroep op artikel 8 EVRM onmogelijk lijkt wanneer de inbreuk plaatsvindt nadat de betrokkene is overleden. Wanneer er een nier wordt uitgenomen bij een overleden persoon, omdat hij of zij automatisch als donor is geregistreerd, zal het EHRM dit naar alle waarschijnlijkheid niet beschouwen als een inbreuk op de lichamelijke integriteit van het lijk. Een lijk maakt immers geen aanspraak op mensenrechten, enkel op respect. Anders dan in de zaak *Elberte* zal er naar alle waarschijnlijkheid ook geen schending van de rechten van de nabestaanden worden geconstateerd. De nier zal immers niet illegaal worden uitgenomen.

4.4 Conclusie

Handelingen die bij leven volstrekt ondenkbaar zijn, kunnen bij overlijden noodzakelijk zijn, zoals begraven, lijkschouw en sectie. In beginsel werkt artikel 11 Gw door na overlijden. Beperkt eigendom over een lijk is mogelijk, maar van een zuiver eigendomsrecht en daarmee het volledige beschikkingsrecht, is geen sprake. De beperkingen die door de wet worden opgelegd zijn hierin omvangrijk. Geconcludeerd kan worden dat een overledene wel een beperkt zelfbeschikkingsrecht heeft over zijn 'eigen lijk', door hier bij leven invulling aan te

¹⁵³ Council of Europe, Recommendation Rec (2003)12 of the Committee of Ministers to member states on organ donor registers (https://www.edqm.eu/sites/default/files/recommendation_no_2003_12_of_the_committee_of_ministers_to_member_states_on_organ_donor_registers.pdf)

geven. Aan dit zelfbeschikkingsrecht wordt invulling gegeven door de nabestaanden die de laatste wens van de overledene zoveel mogelijk eerbiedigen.

Volgens het EHRM werkt artikel 8 EVRM niet door na overlijden; hiermee wijkt het af van het Nederlandse recht. Respect voor het dode lichaam is een subjectief rechtsgoed, dat afhankelijk is van het werkelijke respect dat de naasten opbrengen voor het lijk. Wanneer nabestaanden meer waarde hechten aan het lijk, stijgt hiermee de beschermwaardigheid van het dode lichaam. Overledenen maken dus wel aanspraak op respect, maar niet op mensenrechten. Het lijkt erop dat het EHRM met haar formulering in o.a. *Jaggi t. Zwitserland* ruimte wil openhouden om in de toekomst wellicht tot een andere conclusie te komen betreffende de doorwerking van artikel 8 EVRM na overlijden.

Met het actieve donorregistratiesysteem meent de Staat rechten te doen gelden op de organen van lijken. Dit zou worden gerechtvaardigd door het feit dat wanneer meer mensen automatisch geregistreerd worden, meer organen beschikbaar komen. Geconcludeerd kan worden dat het wetsvoorstel niet in strijd is met het recht op lichamelijke integriteit als omschreven in artikel 11 Gw, omdat bij de interpretatie van dit artikel geen onderscheid wordt gemaakt tussen het recht op lichamelijke integriteit bij leven en het recht op lichamelijke integriteit na de dood. Ook is het wetsvoorstel niet in strijd met artikel 8 EVRM, maar wel kan worden overwogen of het EHRM het uitnemen van een orgaan bij een lijk, zoals beoogd wetsvoorstel, als een inbreuk op de lichamelijke integriteit van het lijk beschouwt. Dit gezien het feit dat een lijk geen mensenrechten toekomt; het maakt enkel aanspraak op respect.

5. Conclusie

In het Burgerlijke Wetboek wordt onderscheid gemaakt tussen personen en goederen. Goederen worden vervolgens onderverdeeld in zaken en vermogensrechten. Alhoewel het levend lichaam een ‘voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object is’, is het uitgangspunt dat de manier waarop wij omgaan met ons lichaam niet wordt beheerst door dezelfde regels zoals wij met gebruiksvoorwerpen, zoals met een boek, omgaan. De mens wordt immers niet enkel getypeerd door zijn lichaam maar ook door zijn geest. Om deze reden wordt het lichaam als persoon aangemerkt, deze kwalificatie beschermt ons tegen instrumenteel gebruik. Wanneer een lichaam een lijk wordt vervalft daarmee de verbinding met de geest. Volgens het Hof zou er voor de kwalificatie van een lijk aansluiting moeten worden gezocht bij het zaaksbegrip: in het Wetboek van Strafrecht is immers geen definitie van een ‘goed’ opgenomen. Ook in de literatuur is men het er grotendeels over eens dat een lijk beschouwd moet worden als een ‘bijzonder goed’. Juridisch gezien wordt het lijk hiermee aangemerkt als een ‘goed’, meer specifiek als een zaak, omdat er juridisch gezien geen status bestaat tussen goederen en personen. Het bijzondere aspect vindt zijn oorsprong in het feit dat het lijk ooit een persoon was. Door de kwalificatie van een lijk als ‘bijzonder goed’ is er volgens de Hoge Raad een zeker eigendom over het lijk mogelijk. Dit recht kan worden uitgeoefend door de nabestaanden. Beperkingen hierop zijn echter omvangrijk, zoals bijvoorbeeld de regels over postmortale orgaandonatie.

Inzake orgaandonatie bij leven staat het zelfbeschikkingsrecht van het individu voorop. De autonomie van de donor is echter niet absoluut en onbegrensd. Een orgaan kan enkel worden afgestaan wanneer er is voldaan aan een viertal voorwaarden, te weten: de donor moet meerderjarig en wilsbekwaam zijn, hij moet uitdrukkelijk toestemming verlenen en de donatie vindt alleen plaats ten behoeve van een bepaald persoon. Orgaandonatie bij leven zal dus geen strijd opleveren met het recht op lichamelijke integriteit, gezien er zonder toestemming van de donor niet over zal worden gegaan op implantatie. Uitzondering hierin vormt de donatie van beenmerg door wilsonbekwame personen ten behoeve van een nauwe bloedverwant die in levensgevaar verkeer is toestemming niet altijd noodzakelijk.

De grondwetgever stelt dat het recht op onaantastbaarheid van het lichaam niet eindigt wanneer de dood intreedt. Een derde zou hierdoor niet zonder meer over het

lichaamsmateriaal, waaronder organen, kunnen beschikken. Het EHRM is echter van groot belang voor de inkleuring van het grondrecht op lichamelijke integriteit.

Het EHRM is een andere mening toegedaan dan de Nederlandse grondwetgever. De jurisprudentie suggereert dat elk beroep op artikel 8 EVRM onmogelijk is indien de inbreuk hierop na overlijden van de betrokkene plaatsvindt. Overledenen maken immers enkel aanspraak op respect en niet op mensenrechten. Wel lijkt het EHRM door haar formulering de mogelijkheid open te laten in de toekomst tot een andere conclusie te komen. Krachtens de huidige jurisprudentie wijkt het EHRM af van het Nederlandse recht waarin de lichamelijke integriteit wel doorwerkt na overlijden. Het staat Nederlandse overheid echter wel vrij de overledene meer bescherming te bieden dan het EVRM hier doet. Nederland zal dus niet haar regelgeving direct moeten wijzigen. Er zou wel spanning kunnen optreden wanneer er andere fundamentele rechten in het geding zijn die spanning opleveren met de bescherming van de lichamelijke integriteit van de overledene zoals bijvoorbeeld het recht om te weten van wie men afstamt. In de praktijk zal dit zich echter niet snel voordoen, omdat de Nederlandse rechter de bescherming van de overledenen in dergelijke gevallen al geen voorrang geeft en meer waarde hecht aan de andere in het spel zijnde fundamentele rechten.¹⁵⁴

Met het actieve donorregistratiesysteem meent de Staat rechten te doen gelden op de organen van lijken. Dit zou worden gerechtvaardigd door het feit dat wanneer meer mensen automatisch geregistreerd worden, meer organen beschikbaar komen. Geconcludeerd kan worden dat dit wetsvoorstel geen geweld doet aan het recht op lichamelijke integriteit als opgenomen in artikel 11 Gw, omdat bij de invulling van dit artikel het recht op lichamelijke integriteit van het lichaam overeen komt met het recht op lichamelijke integriteit van het lijk. Tevens is het wetsvoorstel niet in strijd met artikel 8 EVRM. Wel kan worden overwogen of het EHRM het uitnemen van een orgaan bij een lijk krachtens het wetsvoorstel, als een inbreuk op de lichamelijke integriteit van het lijk zal beschouwen. Dit omdat een lijk geen mensenrecht, in de vorm van lichamelijke integriteit, toekomt; het maakt enkel aanspraak op respect.

Terugkomende op de hoofdvraag kan er geconcludeerd worden dat krachtens het EHRM het recht op lichamelijke integriteit bij leven niet correspondeert met het recht op lichamelijke

¹⁵⁴ EHRM 13 juli 2006, nr. 58757/00 (Jäggi t. Zwitserland), m. nt. P.H. Blok, para. 6-7.

integriteit na de dood. Tijdens leven wordt het recht op lichamelijke integriteit als mensenrecht beschouwd, terwijl het na de dood niet meer is dan ‘respect’ voor het overleden lichaam. Krachtens het EHRM betekent het levenseinde dan ook het einde van dit recht. Volgens het Nederlandse recht komt het recht op lichamelijke integriteit van het lichaam overeen met de lichamelijke integriteit van het lijk. In de Nederlandse rechtspraak wordt echter wel voorrang gegeven aan andere fundamentele rechten, zoals het recht om te weten van wie men afstamt, wanneer deze rechten spanning opleveren met het recht op lichamelijke integriteit van het lijk.

6. Literatuurlijst

Literatuur

Akkerman, Bax & Verhey

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax en L.F.M. Verhey (E), Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland (Groningen en Heerlen 1988) p. 86.

Akveld & Buijsen 2008

H. Akveld & M. Buijsen, Een juridische verkenning inzake alternatieve beslissystemen rondom orgaandonatie en inzake financiële incentives, Den Haag: Ministerie VWS 2008.

De Baets 2007

A. de Baets, 'A Successful Utopia: The Doctrine of Human Dignity', in: *Historiein*, Vol. 7 (2007), p. 71-85

Barkhuysen & van Emmerik 2016

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Europees grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Beers 2009

B. Van Beers, Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009.

Van Beers 2013

B. van Beers, Artikel 11 - Onaantastbaarheid van het lichaam. In E. M. H. Hirsch Ballin, & G. Leenknecht (Eds.), *Nederland Rechtsstaat, wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet* 2013.

Van Beers 2013

B. Van Beers, mijn lichaam, mijn keuze?, *Cahiers bio-wetenschappen en maatschappij*, 32 (2013)(1).

Van Beers 2017

B.C. van Beers, Commentaar op artikel 11 van de Grondwet, Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2017 (www.Nederlandrechtstaat.nl).

Broekhuijsen- Molenaar 1991

A.M.L. Broekhuijsen- Molenaar, 'Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie', TvG 1985.

Duijst & Krap 2017

W. Duijst & T. Krap, *Lichamelijke integriteit bij leven en na de dood*, NJB 2017 afl. 14.

Duijst & Naujocks 2015

W. Duijst & T. Naujocks, *Over lijken. De dood en daarna, vanuit juridisch-medisch perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2015.

Dute 2017

J.C.J. Dute, Het initiatiefwetsvoorstel over orgaandonatie is in strijd met artikel 11 Grondwet, TvCR april 2017, p. 128-132.

Gerards e.a. 2013

Gerards e.a., *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Den Haag: Ars Aequi Libri 2013.

Gerards, de Waele & Zwaan 2015

J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Gezondheidsraad 2003

Nieuwe wegen naar orgaandonatie, Den Haag: Gezondheidsraad 2003.

Den Hartogh 2003

G.A. den Hartogh, Het Europese Hof over hulp bij suïcide, *Ars Aequi* 2003 jrg. 52.

Den Hartogh 2017

G. Den Hartogh, 'Het ADR-systeem voor orgaanverwerving en de onaantastbaarheid van het lichaam', NJB 2017/2277, afl. 43.

Hendriks 2017

A.C. Hendriks, initiatiefwetsvoorstel over orgaandonatie doet grondrechten geen geweld aan, TvCR april 2017, p. 133-136.

Hendriks, Gerards & Koffeman 2013

A.C. Hendriks, J.H. Gerards & N.R. Koffeman, Zelfbeschikking in het overige (gezondheids)recht, Den Haag: ZonMw 2013.

Kortman 1983

C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherziening 1983, Deventer: Kluwer 1983.

Leenen 2007

H.J.J. Leenen, ea., , Handboek gezondheidsrecht. Deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007.

Overkleef-Verburg 2018

G. Overkleef-Verburg, Commentaar op artikel 10 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2018 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).

Panteia 2014

Panteia, Registratiesystemen voor orgaandonatie, Maatschappelijk draagvlak en effectiviteit. In opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 2014.

Petit 1947

Ch. Petit, Het beeld van den mensch in de burgerlijke wetgeving, Nijmegen/Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1947.

Petit 1950

C.J.J.M. Petit, Lichaam en lijk als voorwerp van rechtsbetrekkingen, Themis 1950.

Stankiewicz 2012

P.M. Stankiewicz, *Zeggenschap over een lijk*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2012.

Stein 2013 (GS Vermogensrecht), art. 3.2 BW, aant. 8

P.A. Stein, '8. Ethische overwegingen', in: Jac. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (online, laatst bijgewerkt op 10 maart 2013).

Stroud 2018

E. Stroud, *Law and the dead body: is a corpse a person or a thing?*, *The Annual Review of Law and Social Science* 2018, afl. 14, p. 16.1-16.11.

Van den Wyngaert 2003

C. Van den Wyngaert, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Maklu 2003, p.232-233.

Van Schie 2015

P. van Schie, 'zelfbeschikking vervalt niet abrupt met de dood', *Trouw* 23 maart 2015.

Van der Steur 2003

J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003.

Veldkamp 2017

E. Veldkamp, *de dood: vijftien deskundigen over ons levenseinde*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2017.

Jurisprudentie

Hof 's-Gravenhage, 19 september 2000, NJ 2000, 661.

HR 25 juni 1946, NJ 1946, 503.

HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347

HR 2 juli 1990, NJ 1990, 751

HR 26 maart 2002, NJ 2004, 351.

EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (Handyside/Verenigd Koninkrijk)
EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (Sunday Times/Verenigd Koninkrijk)
EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80 (X and Y/Nederland)
EHRM 19 februari 1997, nrs. 21627/93, 21826/93, 21974/93 (Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk)
EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (Pretty/VK)
EHRM 11 juli 2002, 28957/95 (*Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 9 maart 2004, nr. 61827/00 (*Glass/VK*).
EHRM 15 mei 2006, nr. 1338/03 (*Estate of Kresten Filtenborg Mortensen t. Denemarken*).
EHRM 13 juli 2006, nr. 58757/00 (Jäggi t. Zwitserland), m.nt. P.H. Blok.
EHRM 19 juni 2006, nr. 35014/97 (Hutten-Czapska/Polen).
EHRM 27 februari 2007, nr. 56760/00 (*Akpınar en Altun t. Turkije*).
EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03 (Tysiaç/Polen)
EHRM 13 mei 2008, nr. 52515/99 (Juhnke/Turkije)

HvJ EU 5 oktober 2010, Zaak C-400/10 PPU, RvdW 2010/1436 (J.McB);

HvJ EU 9 november 2010, gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09, NJB 2010/2199 (Volker und Markus Schecke GbR e.a.).

Landgericht Bamberg, NJW 2008/1543

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3.
Kamerstukken II 1978/79, 15 463, nr. 2.
Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 3.
Kamerstukken II 1978/79, 16068, nr. 3.
Kamerstukken II 1979/ 80, 16 086, nr. 4.
Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3.
Kamerstukken II 1989/90, 19218, nr. 42.
Kamerstukken II 1995/96 , 22 358, nr. 3 (MvT).
Kamerstukken II 2003/04, 29494, nr. 3 (MvT).
Kamerstukken II 2009/10, 32 405, nr. 2.
Kamerstukken II 2011/12, 33 351, nr. 3.

Kamerstukken II 2012/13, 33506, nr. 3.
Kamerstukken II 2013/14, 33506, nr. 6.
Kamerstukken II 2016/17, 33506, nr. G.
Kamerstukken II 2016/17, 33506, H.
Kamerstukken II 2017/18, 33506, nr. 19.
Handelingen II 2015/16, 33506, nr. 4.