

Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen: weg ermee!

1. Inleiding

In deze bijdrage vraag ik wederom de aandacht voor het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Enkele jaren geleden heb ik dit onderwerp in combinatie met de Embryowet besproken¹, maar dezelfde problematiek speelt ook een rol in het kader van de Wet op de orgaandonatie en de Wet op de lijkbezorging. In het hierna volgende herhaal ik eerst kort mijn standpunt inzake de Embryowet en besteed ik vervolgens aandacht aan de Wet op de orgaandonatie en de Wet op de lijkbezorging, alle drie in verband met het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Ten slotte lever ik kritiek op dit gesloten stelsel. Ik sluit een en ander af met een conclusie.

2. Embryowet

Sinds 1 september 2002, toen de Embryowet² in werking trad, bestaat in Nederland officieel de mogelijkheid van postmortale of postume procreatie, dus van voortplanting na overlijden. Zo kan een man zijn sperma laten invriezen om dit na zijn overlijden te laten gebruiken met het oog op voortplanting. In beginsel wordt in dat geval het sperma vernietigd nadat bij degene die het bewaart, bijvoorbeeld het ziekenhuis, bekend is geworden dat de betrokkene is overleden. Dit is slechts anders als deze man *uitdrukkelijk schriftelijk* toestemming heeft gegeven voor gebruik na zijn overlijden (art. 7, tweede zin, Embryowet³). Kan de man in dit voorbeeld ook bij uiterste wilsbeschikking toestemming geven voor gebruik van zijn sperma na zijn overlijden? Het antwoord op deze vraag moet ontkennend luiden op grond van het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Art. 4:42 lid 1⁴ bepaalt immers dat een uiterste wilsbeschikking een eenzijdige rechtshandeling is, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden *en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt*⁵. De toestemming tot postmortale procreatie is niet geregeld in Boek 4 BW en wordt evenmin in art. 7, tweede zin, Embryowet als uiterste wilsbeschikking aangemerkt, zoals dit bijvoorbeeld wél is geschied in de volgende gevallen:

- a. de uitsluitingsclausule (art. 1:94 lid 1 – binnenkort art. 1:121a (nieuw) – en art. 1:134);
- b. de bewindsclausule (art. 1:253i lid 4, aanhef en onder c);
- c. de uitsluiting van het ouderlijk vruchtgenot (art. 1:253m);
- d. de testamentaire voogdij (art. 1:292 lid 1);
- e. de oprichting van een stichting (art. 2:286 lid 2, vierde zin);
- f. de herroeping van een schenking of gift (art. 7:177 lid 2 en art. 7:186 lid 1 jo. art. 7:177 lid 2);
- g. art. 25 leden 2 en 4 Auteurswet 1912;
- h. art. 5 lid 2 Wet op de naburige rechten;
- i. art. 49a Wet op het notarisambt⁶.

Daarbij komt dan ook nog dat art. 20a Wna bepaalt dat notariële akten die uiterste wilsbeschikkingen inhouden, geen andere rechtshandelingen bevatten.

¹ A.J.M. Nuytinck, 'De Embryowet en het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen', *FJR* 2003, p. 189.

² Wet van 20 juni 2002, *Stb.* 2002, 338, in werking getreden op 1 september 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's.

³ Hof Arnhem 16 april 2002, *NJ* 2002, 344 heeft op deze bepaling geanticipeerd (r.o. 4.5).

⁴ Wetsartikelen zonder nadere aanduiding zijn artikelen van het BW.

⁵ Cursivering van mij, AJMN.

⁶ Hierna afgekort tot 'Wna'.

Ik heb al eerder aangegeven dat ik dit resultaat, te weten dat de man in het voorbeeld de toestemming tot postmortale procreatie niet in zijn testament⁷ kan opnemen, volstrekt onaanvaardbaar acht⁸. Wat op een vodje papier kan worden geschreven, kan niet in een testament worden neergelegd. Ik heb ervoor gepleit, tot nu toe tevergeefs, om art. 7, tweede zin, Embryowet op zo kort mogelijke termijn aan te passen en daaraan de uiterste wilsbeschikking toe te voegen als wijze waarop toestemming tot postmortale procreatie kan worden gegeven.

3. Wet op de orgaandonatie

Tot mijn schrik doet het zojuist beschreven probleem zich ook voor in het kader van de Wet op de orgaandonatie⁹. In art. 9 lid 4 Wod komt het ‘donorcodicil’ of de ‘donorverklaring’ aan de orde. Deze beide termen komen als zodanig niet in de wet voor, maar zijn wel gebruikelijk in de praktijk. Een donorcodicil of donorverklaring kan worden gedefinieerd als een wilsbeschikking met een in art. 9 Wod bedoelde strekking, dus het verlenen van toestemming tot het na overlijden verwijderen van organen of bepaalde aan te wijzen organen, dan wel het maken van bezwaar daartegen, welke wilsbeschikking wordt afgelegd bij een schriftelijke verklaring die ten minste eigenhandig is gedagtekend en ondertekend. De wet eist niet dat de schriftelijke verklaring eigenhandig is geschreven; eigenhandige dagtekening en eigenhandige ondertekening zijn derhalve voldoende¹⁰.

De vraag doet zich voor of de in art. 9 lid 4 Wod bedoelde wilsbeschikking, houdende toestemming tot dan wel bezwaar tegen orgaandonatie, kan worden beschouwd als een uiterste wilsbeschikking in de zin van art. 4:42 lid 1. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord, ook nu weer – evenals bij de Embryowet – op grond van het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Het donorcodicil of de donorverklaring is niet in Boek 4 BW geregeld en is evenmin in de Wod als uiterste wilsbeschikking aangemerkt. Dat is de reden waarom de notaris de toestemming tot dan wel het bezwaar tegen orgaandonatie niet in het testament van de betrokkene mag opnemen. Zie ook hier weer art. 20a Wna. Het zou verstandig zijn dat de wetgever art. 9 Wod aldus wijzigt, dat daarin wordt bepaald dat de aldaar bedoelde toestemming ook bij uiterste wilsbeschikking kan worden verleend dan wel het aldaar bedoelde bezwaar ook bij uiterste wilsbeschikking kan worden gemaakt.

4. Wet op de lijkbezorging

Tot mijn – inmiddels grote – schrik doet hetzelfde probleem zich ook voor in het kader van de Wet op de lijkbezorging¹¹. Art. 19 lid 1 Wlb bepaalt dat een meerderjarige of hij die de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt, ook indien hij niet bekwaam is een uiterste wil te maken, hetzij *bij notariële akte*, hetzij bij een eigenhandig geschreven, gedagtekende en ondertekende verklaring beschikkingen na dode kan maken ter bezorging van zijn lijk¹². In de gecursiveerde passage zit nu het probleem. Onder het oude erfrecht kon de erflater zijn lijkbezorging regelen in zijn testament, maar onder het huidige erfrecht kan hij dat niet meer,

⁷ Onder ‘testament’ versta ik in deze bijdrage de uiterste wil in de vorm van een notariële akte in de zin van art. 4:94.

⁸ Zie noot 1.

⁹ Wet van 24 mei 1996, *Stb.* 1996, 370, in werking getreden deels op 1 februari 1998, deels op 1 maart 1998 en deels op 1 september 1998, houdende regelen omtrent het ter beschikking stellen van organen, hierna afgekort tot ‘Wod’.

¹⁰ Aldus ook Asser-Perrick 6A (2002), nr. 122.

¹¹ Wet van 7 maart 1991, *Stb.* 1991, 130, in werking getreden op 1 juli 1991, houdende nieuwe bepalingen inzake de lijkbezorging, hierna afgekort tot ‘Wlb’.

¹² Cursivering van mij, AJMN.

omdat de wetgever in 2003 ter gelegenheid van de inwerkingtreding daarvan heeft verzuimd de woorden ‘bij uiterste wilsbeschikking’ in art. 19 lid 1 Wlb op te nemen. Het resultaat hiervan is dat de erflater zijn lijkbezorging wél kan regelen in een ‘gewone’ notariële akte en in een wat men zou kunnen noemen ‘lijkbezorgingscodicil’, maar niet in een testament. Notariële akten die uiterste wilsbeschikkingen inhouden, mogen immers geen andere rechtshandelingen bevatten (art. 20a Wna). De woorden ‘bij uiterste wilsbeschikking’ zijn sacrosanct¹³. Zij moeten worden gebezigd, wil men voldoen aan art. 4:42 lid 1, slot. De wet is duidelijk en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar: de desbetreffende wilsbeschikking moet in de wet ‘als zodanig’, dus als uiterste wilsbeschikking, worden aangemerkt. Meestal doet de wetgever dat goed¹⁴, maar in de hier besproken bijzondere wetten is het steeds misgegaan, althans heeft de wetgever verzuimd de redactie van deze bijzondere wetten aan het thans geldende erfrecht aan te passen. Ik ben het dan ook niet eens met F. Schols¹⁵, die opmerkt dat buiten Boek 4 bijvoorbeeld als uiterste wilsbeschikking worden aangemerkt ‘de beschikkingen omtrent de lijkbezorging/orgaandonatie’. Dat doet de wetgever nu juist niet en daar zit nu net het probleem! Perrick¹⁶, Van der Burght en Ebben¹⁷ maken overigens dezelfde vergissing. Ik zou willen dat F. Schols, Perrick, Van der Burght en Ebben gelijk hadden, maar helaas is dit niet zo, althans niet meer sinds 2003.

Het resultaat is absurd en volstrekt onaanvaardbaar, net zoals ik hierboven al aangaf bij de Embryowet en de Wet op de orgaandonatie. Als er iets ‘mortis causa’ is, is het toch wel de regeling van de lijkbezorging. En dan zou men deze materie niet in een testament mogen regelen?! De wetgever moet snel ingrijpen, want dit kan zo niet langer. Hij moet de woorden ‘bij uiterste wilsbeschikking’ zo spoedig mogelijk toevoegen aan art. 19 lid 1 Wlb. Voor de regeling van de lijkbezorging is deze ingreep a fortiori van belang, nu art. 18 lid 1, tweede zin, Wlb bepaalt dat de lijkbezorging geschiedt overeenkomstig de wens of de vermoedelijke wens van de overledene, tenzij dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd. Overigens wordt onder lijkbezorging voor de toepassing van de voorziening in de lijkbezorging (art. 18 en 19 Wlb) begrepen het geven van bestemming aan de as van een verbrand lijk (art. 18 lid 2 Wlb). Verder is het ingrijpen door de wetgever ook nog van belang, omdat elders in de Wlb de regeling van art. 19 Wlb van toepassing of van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Ik wijs op bijzondere wijzen van lijkbezorging (hoofdstuk V Wlb). Zo kan een lijk in het belang van de wetenschap of het wetenschappelijk onderwijs worden ontleed (art. 67 lid 1 Wlb). Ontleding geschiedt slechts, indien de overledene zijn lijk daartoe heeft bestemd. De art. 18 lid 1, tweede zin, en 19 Wlb zijn van toepassing (art. 67 lid 2 Wlb). Ik wijs voorts op bijzondere bepalingen (hoofdstuk VI Wlb). Zo kan, indien de overledene dit heeft toegestaan, zijn lijk aan sectie worden onderworpen. Art. 19 Wlb is dan van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat in het geval van de daar bedoelde verklaring (het ‘lijkbezorgingscodicil’) met eigenhandige ondertekening en dagtekening kan worden volstaan (art. 72 lid 1 Wlb). Ik meen dat ik nu wel de noodzaak van wetswijziging voldoende aannemelijk heb gemaakt.

¹³ Weliswaar betekent dit niet dat de wetgever in een wettelijke bepaling buiten Boek 4 BW letterlijk moet zeggen: ‘Deze handeling wordt als een uiterste wilsbeschikking aangemerkt’, maar wél dat hij op zijn minst daarin moet bepalen dat de desbetreffende eenzijdige rechtshandeling ‘bij uiterste wilsbeschikking’ kan plaatsvinden. Zie Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 4, Erfrecht (Vaststellingswet)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 226-227 (Handelingen van de Tweede Kamer, waarin de uitvoerige discussie hierover tussen regeringscommissaris Wiersma en het ARP-kamerlid Versteeg is opgenomen).

¹⁴ Zie immers hierboven nr. 2 onder a tot en met i, in welke wettelijke bepalingen consequent de woorden ‘bij uiterste wilsbeschikking’ worden gebruikt. Zo hoort het ook.

¹⁵ Handboek Erfrecht (2006), F. Schols, nr. VI.1.5.

¹⁶ Asser-Perrick 6A (2002), nr. 107.

¹⁷ Pitlo-Van der Burght-Ebben (2004), nr. 220.

Nu weet ik natuurlijk ook wel dat het in de notariële praktijk niet zo'n vaart zal lopen, als de notaris per ongeluk toch een verklaring die niet als uiterste wilsbeschikking in de zin van art. 4:42 lid 1 kan worden aangemerkt, in een testament opneemt. Overtreding van art. 20a Wna heeft naar mijn mening geen civielrechtelijke, maar uitsluitend tuchtrechtelijke consequenties. Maar daar gaat het hier niet om. De kwaliteit van de wetgeving staat hier ter discussie. Juist in kwesties van – letterlijk – leven en dood, kan de wetgever zich dit soort slordigheden niet permitteren. Hij behoort zorgvuldig te werk te gaan, in het bijzonder als het gaat om terminologische kwesties.

5. Kritiek op het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen

Het grote probleem ter zake van de definitie van het begrip 'uiterste wilsbeschikking' in art. 4:42 lid 1 is naar mijn mening gelegen in het feit dat de wetgever bij het definiëren van een materieel begrip ('uiterste wilsbeschikking') naast materiële criteria ('een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden') tevens een formeel criterium hanteert ('en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt').

De argumenten vóór het gesloten stelsel zijn mij bekend. Volgens de wetgever heeft dit stelsel de functie van afbakening van andere rechtshandelingen waarmee wordt beoogd eenzelfde effect te verkrijgen als met een uiterste wilsbeschikking, en de functie van voorkoming van verstoring van de rangorde van schuldeisers van de nalatenschap¹⁸. Volgens F. Schols¹⁹ heeft het gesloten stelsel maar één functie, te weten een ordenende functie. Deze argumenten overtuigen mij niet. De argumenten van de tegenstanders van het gesloten stelsel overtuigen mij daarentegen volledig. Breemhaar²⁰ merkt terecht op dat het gevaar bestaat dat de limitatieve opsomming op den duur de rechtsontwikkeling verstart, dat de rechtsontwikkeling de behoefte aan nieuwe soorten uiterste wilsbeschikkingen kan doen ontstaan en dat het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen hier belemmerend zal werken. De hierboven besproken drie bijzondere wetten hebben het gelijk van Breemhaar meer dan voldoende aangetoond. Perrick²¹ is eveneens van mening dat de definitie die art. 4:42 lid 1 geeft, verstarring zal veroorzaken. Ook Luijten en Meijer²² laten zich in soortgelijke bewoordingen uit. Volgens hen kan men de vraag stellen of dit novum wel zo gelukkig is; de rechtsontwikkeling kan immers medebrengen dat nieuwe soorten van beschikkingen ontstaan, die in het maatschappelijk verkeer behoeften vervullen, en het gesloten stelsel werkt dan belemmerend. Ten slotte blijft volgens Van der Burght en Ebben²³, buiten de overdreven zwaar aangezette argumentatie van de minister voor een gesloten stelsel, het inhoudelijke bezwaar dat het de rechtsontwikkeling belemmert.

Het wordt de hoogste tijd dat de wetgever de kritiek van zovele deskundigen op erfrechtelijk gebied ter harte neemt. Weliswaar merkt de minister in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer ter zake van de Vaststellingswet op, dat met het gesloten stelsel generlei uiterste wilsbeschikking wordt uitgesloten, die onder het geldende wetboek kan worden gemaakt²⁴, en

¹⁸ Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 4, Erfrecht (Vaststellingswet)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 214-264.

¹⁹ Handboek Erfrecht (2006), F. Schols, nrs. VI.1.5, VI.1.6 en VI.1.7, in het bijzonder nr. VI.1.6. Zie ook F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. I.2.4.

²⁰ W. Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, nr. 15. Zie ook W. Breemhaar, 'Het begrip uiterste wilsbeschikking in het toekomstige erfrecht', *WPNR* 6361 (1999).

²¹ Asser-Perrick 6A (2002), nr. 107.

²² Klaassen-Luijten-Meijer II (2002), nr. 112.

²³ Pitlo-Van der Burght-Ebben (2004), nr. 220.

²⁴ Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 4, Erfrecht (Vaststellingswet)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 260.

is deze toezegging volgens F. Schols²⁵ belangrijk, maar een en ander stelt mij nog niet gerust. Ik blijf wetswijziging noodzakelijk achten. Ook de minister zelf twijfelt trouwens aan de noodzaak van het gesloten stelsel, zoals F. Schols²⁶ terecht opmerkt. In de nota naar aanleiding van het eindverslag van de Tweede Kamer ter zake van de Invoeringswet gebruikt de minister namelijk de volgende bewoordingen: ‘Voor de wetgever vormt een definitie in de wet in de eerste plaats een hulpmiddel voor een goed begrip en de juiste toepassing van de wet. Om die reden kan het zinvol zijn om aanwijzingen te bezigen zoals de beperking tot beschikkingen die “in dit Boek zijn geregeld of in de wet als zodanig worden aangemerkt”, ook als die uit wetenschappelijk oogpunt misschien gemist konden worden. Over deze beperking valt overigens op te merken dat deze er met name toe strekt om tot uitdrukking te brengen dat de wet een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen kent.’²⁷. Men vraagt zich dan toch af waarom de minister niet letterlijk een punt heeft gezet achter het woord ‘overlijden’ in art. 4:42 lid 1 en de woorden ‘en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt’ niet heeft geschrapt. Het meest voor de hand liggend is nog de verklaring die F. Schols²⁸ hiervoor geeft: hij is van mening dat het waarschijnlijk is dat men in dit stadium van het wetgevingsproces²⁹ een grillige materie als deze bewust heeft laten rusten.

6. Conclusie

Mijn conclusie uit het voorafgaande zal duidelijk zijn: weg met het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen! Het is wenselijk dat dit gesloten stelsel zo spoedig mogelijk wordt afgeschaft. Het belemmert wel degelijk de rechtsontwikkeling, zoals de hierboven besproken bepalingen van de drie bijzondere wetten aantonen. Nu ben ik realistisch genoeg om in te zien dat de wetgever zeer waarschijnlijk zo snel na de invoering van het thans geldende erfrecht niet zal overgaan tot wijziging van art. 4:42 lid 1, in die zin dat hij de door mij gewraakte slotpassage van deze bepaling schrapt. Dat betreurt ik zeer, maar mijn hoop is dan vervolgens gevestigd op het alternatieve scenario: wijziging van de hierboven genoemde drie bijzondere wetten. In de woorden van F. Schols³⁰: als in de toekomst behoefte is aan een nieuwe figuur, is het een koud ‘wetgeverskunstje’ om een beschikking aan het stelsel toe te voegen. Ik hoop dan ook dat de wetgever snel de woorden ‘bij uiterste wilsbeschikking’ (en dan ook echt exact dezelfde formulering³¹) toevoegt aan art. 7, tweede zin, Embryowet, aan art. 9 lid 4 Wod en aan art. 19 lid 1 Wlb. Ik wacht in spanning en met belangstelling af hoe en wanneer de wetgever zijn kunstje gaat vertonen.

Ten slotte zijn enkele relativerende opmerkingen in de richting van de notariële praktijk op hun plaats. Hierboven heb ik aan het slot van punt 4 al gezegd dat het in de notariële praktijk niet zo’n vaart zal lopen met de onderhavige kwestie. De soep wordt niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend. Ik heb ook zeker niet verdedigd dat bijvoorbeeld de regeling van de lijkbezorging in een testament nietig is. Civielrechtelijke consequenties zijn hier dus niet aan de orde. Wat de eventuele tuchtrechtelijke consequenties betreft, waaraan ik eveneens aan het slot van punt 4 heb gerefereerd, merk ik op dat de desbetreffende bevoegde instanties het volgens mij niet in hun hoofd zullen halen om de notaris tuchtrechtelijk aan te pakken, en wel

²⁵ Handboek Erfrecht (2006), F. Schols, nr. VI.1.5, noot 45.

²⁶ Handboek Erfrecht (2006), F. Schols, nr. VI.1.6.

²⁷ Gr. van der Burght, E.W.J. Ebben en M.R. Kremer, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 4, Erfrecht (Invoeringswet)*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1773. De cursivering in de tekst is van F. Schols (zie de vorige noot).

²⁸ Handboek Erfrecht (2006), F. Schols, nr. VI.1.6.

²⁹ Te weten het stadium van de Invoeringswet eind jaren negentig van de vorige eeuw.

³⁰ F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. I.2.4.

³¹ Zie noot 13.

omdat de wetgever niet de *bedoeling* heeft gehad om te regelen dat de door mij behandelde beschikkingen niet langer bij testament tot stand kunnen komen. Hij heeft alleen verzuimd de juiste terminologie te gebruiken. Daarvan mag de notaris uiteraard niet de dupe worden. Deze bijdrage moet dan ook veeleer worden gezien als een advies aan de wetgever – ingeval hij het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen niet afschaft, welke afschaffing ik, gelet op het bovenstaande, toch het liefst zou zien – om de door mij genoemde drie bijzondere wetten zo spoedig mogelijk te wijzigen en daarin de enig juiste terminologie ‘bij uiterste wilsbeschikking’ te bezigen, dan als een waarschuwing voor de notariële praktijk om de door mij genoemde drie beschikkingen niet langer in een testament op te nemen.

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck,
hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen

Tekst voor omslag van WPNR

De auteur levert kritiek op het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen, in het bijzonder in relatie tot de Embryowet, de Wet op de orgaandonatie en de Wet op de lijkbezorging.