

De betekenis van het goederenrecht en het erfrecht voor de lijkbezorging

NTBR 2017/12

In dit artikel wordt ingegaan op de discussie in de literatuur over de goederenrechtelijke status van het menselijk lichaam bij leven, het lijk en de organen, prothesen en implantaten (en de gevolgen daarvan voor het erfrecht). Daarbij zal afzonderlijk worden ingegaan op de goederenrechtelijke status van as, waaraan in de literatuur tot dusverre weinig tot geen aandacht is besteed. Ook het begrip ‘nabestaande’ komt aan de orde, aangezien dit een centrale rol speelt in de Wet op de lijkbezorging en andere wetten ten aanzien van de zeggenschap. Tot slot komt, voor zover van belang, de Wet op de lijkbezorging en de rechtspraak aan bod, waaruit zal blijken waar en hoe het goederenrecht en het erfrecht zijdelings een rol spelen in het kader van de lijkbezorging.

1. Inleiding

Zowel met het oog op de zeggenschap als met het oog op het economisch belang kan de vraag worden gesteld hoe het goederenrecht en het erfrecht inwerken op: 1) het lichaam van een overleden persoon (hierna: “lijk”)²; 2) de as na de crematie van het lijk; 3) de organen van de overledene; en 4) eventuele prothesen en implantaten van de overledene. In het bijzonder kan de vraag worden gesteld of lijken, as, organen, prothesen en implantaten (roerende) zaken zijn in de zin van art. 3:2 BW en, zo ja, wie daarvan de eigenaar is. Wij zullen aantonen dat het belang van deze goederen- of erfrechtelijke benadering met het oog op de zeggenschap over het lijk beperkt is. De vragen wat met een lijk (1) en as (2) mag gebeuren en wie daarover mag beslissen, worden immers grotendeels beantwoord in de Wet op de lijkbezorging (Wlb) en niet in Boek 3, 4 en/of 5 van het Burgerlijk Wetboek. Ten aanzien van organen (3) worden veel vragen beantwoord in de Wet op de orgaandonatie, waarin onder meer wordt ingegaan op het economisch belang (art. 2 Wet op de orgaandonatie jo. art. 32 lid 2 Wet op de orgaandonatie). Voor prothesen en implantaten (4) is niet in speciale wetgeving voorzien en zal het Burgerlijk Wetboek bij beantwoording van de vragen wel het vertrekpunt zijn. Zowel

met het oog op de zeggenschap als met het oog op het economisch belang kan de goederen- of erfrechtelijke benadering daarbij bepalend blijken.

Uit de lagere rechtspraak volgt dat het erfrecht indirect, via het begrip ‘nabestaande’, in specifieke omstandigheden een rol kan spelen bij de keuze voor de wijze van lijkbezorging (1) (waaronder de bestemming van de as (2)) en bij de verkrijging van prothesen en implantaten (4). Het goederenrecht kan – en dient naar onze mening – een rol (te) spelen bij het verklaren van de verkrijging van de eigendom van een lijk in het belang van de wetenschap, alsmede de verkrijging van de eigendom van organen (3), prothesen en implantaten (4).³ Het erfrecht en het goederenrecht spelen verder een rol bij de rechten die een rechthebbende ten aanzien van een graf heeft en de rechten die een nabestaande ten aanzien van de as heeft, aangezien deze rechten in beginsel vatbaar zijn voor overgang onder algemene of bijzondere titel.

Illustratief voor de bepalende rol van de Wet op de lijkbezorging ten opzichte van Boek 3 en 5 BW is de status van het grafmonument. Nadat de Hoge Raad⁴ had bepaald dat een grafsteen op grond van art. 5:20 lid 1 BW wordt nagetrokken door de grond waarop de grafsteen is geplaatst, is art. 32a Wlb ingevoerd. Op grond van deze bepaling is gedurende de periode dat een graf niet mag worden geruimd art. 5:20 lid 1 aanhef en onder e en f BW “niet van toepassing” op hetgeen op dat graf is geplaatst. Op grond van deze bepaling blijft de grafsteen ondanks de regeling in het Burgerlijk Wetboek een zelfstandige, roerende zaak en blijft de oorspronkelijke eigenaar van de grafsteen⁵ daarvan de eigenaar, hoewel de grafsteen als werk duurzaam met de grond is verenigd.

Hieronder wordt eerst ingegaan op de discussie in de literatuur over de goederenrechtelijke status van het menselijk lichaam bij leven, het lijk en de organen, prothesen en implantaten (en de gevolgen daarvan voor het erfrecht) (par. 2). Daarbij zal afzonderlijk worden ingegaan op de goederenrechtelijke status van as, waaraan in de literatuur tot dusverre weinig tot geen aandacht is besteed⁶ (par. 2.3). Vervolgens wordt aandacht besteed aan het begrip ‘nabestaande’, aangezien dit begrip een centrale rol speelt in de Wet op de

1 Citeerwijze: J.W.A. Biemans & M.C.W.H. van Valburch, ‘De betekenis van het goederenrecht en het erfrecht voor de lijkbezorging’, *NTBR* 2017/12 afl. 3. Prof. mr. J.W.A. Biemans is hoogleraar Burgerlijk recht, i.h.b. Goederenrecht en Notarieel recht, Universiteit Utrecht. Mr. M.C.W.H. van Valburch is kandidaat-notaris te Arnhem. De bijdrage is op verzoek van de redactie geschreven in de serie ‘De dood en het privaatrecht’, waarvan deze bijdrage het sluitstuk vormt. Zie over aanpalende onderwerpen in dezelfde serie o.a. J. Sijmons, ‘Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?’, *NTBR* 2013/30; en J.B. Spath, ‘Eigendom van lichaamsmateriaal’, *NTBR* 2016/5.

2 In deze bijdrage wordt onder “lijk” slechts verstaan: het lichaam van een overleden persoon. De wet verstaat onder “lijk” ook het lichaam van een doodgeborene (art. 2 lid 1 letter a Wlb).

3 Vgl. art. 21 van het (niet in werking getreden) Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen met betrekking tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde: Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde.

4 Zie HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003/241 (*St. Barbara/Aartsbisdom Utrecht*). De uitkomst had onder andere gevolgen voor de aansprakelijkheid ex art. 6:174 BW.

5 Dat zullen doorgaans de erfgenamen zijn. Zij hebben immers (eventueel vertegenwoordigd door de executeur) de grafsteen gekocht.

6 Zie voor een beperkte juridische analyse evenwel W. Duijst & T. Naujocks, *Over lijken. De dood en daarna vanuit juridisch-medisch perspectief*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2015, p. 37.

lijkbezorging en andere wetten ten aanzien van de zeggenschap (par. 3). Daarna komt, voor zover van belang, de Wet op de lijkbezorging en de rechtspraak aan bod, waaruit zal blijken waar en hoe het goederenrecht en het erfrecht zijdelings een rol spelen in het kader van de lijkbezorging (par. 4). De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (par. 5).

2. Discussies binnen het goederenrecht

2.1 Twee verschillende standpunten

In de literatuur bestaat verschil van mening over de goederenrechtelijke status van het menselijk lichaam bij leven en in het verlengde daarvan over de goederenrechtelijke status van het lijk, alsmede van organen (bijvoorbeeld hart, nier), prothesen (bijvoorbeeld kunstbeen, kunstgebit) en implantaten (bijvoorbeeld kunstheup, pacemaker) en – meer algemeen – over van het lichaam afgescheiden objecten (bijvoorbeeld een blindedarm, haar, nagels) en eraan of erin gebrachte objecten (bijvoorbeeld pacemaker, ingeslikt kwartje, kogel).⁷

In de kern zijn twee benaderingen te onderscheiden. In de eerste benadering worden de hiervoor genoemde ‘objecten’ kort gezegd buiten het goederenrecht gehouden. In de tweede benadering worden zij als (roerende) zaken aangemerkt (art. 3:2 BW jo. art. 3:3 lid 2 BW), dan wel, indien en zolang zij onderdeel uitmaken van een menselijk lichaam of lijk, als bestanddelen daarvan (art. 3:4 BW).

2.2 Het levende menselijk lichaam en zijn ‘bestanddelen’

2.2.1 Eerste benadering: het levende menselijk lichaam is geen zaak

Ten aanzien van het levende menselijk lichaam zijn de meeste schrijvers van mening dat dit niet als een zaak dient te worden beschouwd, ook al voldoet het aan de wettelijke omschrijving daarvan, namelijk ‘een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object’ (art. 3:2 BW). Hoofdzakelijk twee argumenten worden daarbij naar voren gebracht.

Het eerste argument is juridisch, namelijk dat de mens een rechtssubject is, een zaak een rechtsobject en dat de mens niet tegelijkertijd rechtssubject én rechtsobject kan zijn. Het menselijk lichaam als de stoffelijke verschijningsvorm van de mens lijkt in deze zienswijze te worden vereenzelvigd met, of als een onderdeel (zo men wil, een ‘bestanddeel’) te worden beschouwd van, de (natuurlijke) persoon als de juridische verschijningsvorm van de mens. Het is immers de *persoon* die het rechtssubject is en zijn *lichaam* dat het rechtsobject is. In de tegenstelling tussen de juridische persoon en het stoffelijke lichaam wordt de voorrang gegeven aan de juridische persoon, zodat het niet anders kan dan dat het stoffelijke lichaam daarvan (kennelijk) onderdeel uitmaakt, en niet als een zelfstandige zaak kan worden beschouwd.

Het tweede argument is ethisch: het menselijk lichaam te kwalificeren als (gewone)⁸ zaak is in strijd met de geestelijke waarde van de mens,⁹ zoals onder meer verankerd in de Grondwet en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.¹⁰

In beide argumenten ligt verscholen dat de geest en het lichaam van de mens wellicht – op Descartiaanse wijze – te onderscheiden, maar principieel niet te scheiden zijn. Het fysieke menselijke lichaam en de menselijke geest zijn twee verschijningsvormen van dezelfde levende mens. De geestelijke vermogens (het denken) maken de mens uniek. Een levende mens is dus altijd meer dan een zaak alleen. Een mens is daarom ook niet ‘voor menselijke beheersing’ vatbaar in de zin van art. 5:1 BW, zo kan worden betoogd. Meer juridisch gezegd: het menselijk lichaam en de menselijke geest vormen samen de (natuurlijke) persoon.¹¹ In zoverre verschillen mensen van dieren, die *als zodanig* als zaken werden aangemerkt, maar sinds de toevoeging van art. 3:2a BW per 1 januari 2013 niet meer.¹² Het menselijk lichaam is daarom geen zaak. Er kan daarom evenmin sprake zijn van de eigendom van het menselijk lichaam (vgl. art. 5:1 BW). In plaats van de goederenrechtelijke bevoegdheden die kenmerkend zijn voor eigendom, kennen de schrijvers aan de mens – naast mensenrechten – ook ‘persoonlijkheidsrechten’ toe ten aanzien van zijn lichaam.¹³

⁷ Voorbeelden ten dele ontleend aan J.E. Jansen, ‘Goederenrecht en het menselijk lichaam’, *AAe* juli/augustus 2011, p. 512-518.

⁸ Het Burgerlijk Wetboek laat geen ruimte (meer) voor “speciale” categorieën zaken, zoals de *res religiosae* in het Romeinse recht (vgl. H.A.J.M. ten Have et al., *Ownership of the Human Body: Philosophical Considerations on the Use of the Human Body*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1998, p. 69) en “zaken buiten de handel” als in het art. 1128 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek; zouden deze speciale categorieën er wel zijn, dan zou tegen de juridische “verzakelijking” van het menselijk lichaam wellicht minder weerstand bestaan, omdat dan het bijzondere karakter van het menselijk lichaam niet wordt miskend, maar juist erkend door de kwalificatie als “speciale” zaak.

⁹ Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/63; Asser/Mijnssen & De Haan 3-1 2006/58; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 6; H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk recht 2), Deventer: Kluwer 2012, nr. 27; en J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, par. 3.2.10, p. 211.

¹⁰ Art. 11 Grondwet: “Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.” Art. 3 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM): “Een ieder heeft het recht op leven, vrijheid en onschendbaarheid van zijn persoon”.

¹¹ Als het lichaam wordt beschouwd als “bestanddeel” van de persoon, zou daarmee verklaard kunnen worden dat het lichaam niet voor menselijke beheersing vatbaar is, nu dit bestanddeel het lot volgt van de hoofdzaak, te weten: de (niet voor menselijke beheersing vatbare) persoon.

¹² Zie *Staatsblad* 2011/345 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31389, 68. Wij menen dat dit artikel alleen ziet op levende dieren en niet op hun kadaver. Een vergelijkbare wetsbepaling (§ 90a BGB) werd al op 1 september 1990 in Duitsland ingevoerd. Een stap verder gaan sommige geleerden die aan chimpansees mensenrechten willen toekennen; zie over de verschuiving in het denken daarover: www.vpro.nl/programmas/2doc/2016/unlocking-the-cage.htm. Eerder ondergingen mensen, meer specifiek: slaven, deze ‘ontzakelijking’ in het recht. In het Romeinse recht was een slaaf nog een *res (mancipi)* (Ulp.19.1) en geen *persona* (vgl. Jo. Gottl. Heineccii, *Elementa juris civilis*, § 77). Ook naar Nederlands recht werden slaven vroeger als zaken beschouwd, vgl. het *Plakkaat gebiedende slavenbezitters in het district van Colombo om het wettig eigendom van hun slaven te bewijzen* (Colombo, 7 oktober 1673); Nederland schafte op 1 juli 1863 de slavernij af (*Stb.* 164, 1862), op Soembawa duurde dat nog tot 31 maart 1910.

¹³ Zie voor de auteurs die zich op dergelijke persoonlijkheidsrechten beroepen nader J.E. Jansen, ‘Goederenrecht en het menselijk lichaam’, *AAe* juli/augustus 2011, p. 512-518.

2.2.2 Eerste benadering ten aanzien van de (afgescheiden) 'bestanddelen' van het lichaam van een levende mens

De hiervoor beschreven zienswijze roept de vraag op wat geldt ten aanzien van producten of delen van het menselijk lichaam die daarvan worden afgescheiden. Te denken valt aan een afgeknipte haarvlecht of een door een machine van een fabrieksarbeider afgerukte hand. Het is de vraag of dergelijke objecten wel als roerende zaken kunnen worden beschouwd. In de literatuur is betoogd dat zij "in een zo bijzondere rechtspositie [kunnen] verkeren dat zij niet als zaak worden beschouwd, die vatbaar is voor eigendom. Eerst wanneer zij buiten de persoonlijke sfeer vallen van degene van wiens lichaam zij deel uitmaken, kan men spreken van een toestand waardoor zij binnen het vermogensrecht vallen."¹⁴ Van het lichaam afgescheiden objecten kunnen van kleur verschieten en alsnog roerende zaken worden, maar op welk moment dat precies gebeurt, is onduidelijk.

De onduidelijkheid omtrent goederenrechtelijke status van de objecten na afscheiding van het menselijk lichaam kan tot verschillende vragen leiden. Bijvoorbeeld, indien het object eerst na de afscheiding de status van roerende zaak krijgt, en dan wordt aangemerkt als *res nullius*, kan degene die bij een meisje een haarvlecht afknijpt of bij een bewusteloos persoon bloed aftapt, en deze haarvlecht of dit bloed in bezit neemt, daarvan door inbezitneming (art. 5:4 BW) de eigenaar worden? Het spreekt voor zich dat dit een onwenselijk uitkomst is. Hoewel deze uitkomst kan worden bestreden met leerstukken zoals de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW, inbreuk op het persoonlijkheidsrecht), is het slachtoffer erbij gebaat als op voorhand óók goederenrechtelijk duidelijk is dat zij, en niet de dader, de eigenaar van de haarvlecht of het bloed is. Andere auteurs (die van mening zijn dat het menselijk lichaam niet een zaak is in de zin van art. 3:2 BW) beschouwen van het lichaam afgescheiden lichaamsmateriaal en implantaten vanaf het moment van afscheiding als roerende zaken. Onduidelijkheid kan daarbij blijven bestaan omtrent (de wijze van) de eigendom(sverrijking) van de zaak.¹⁵ In beide benaderingen heeft de desbetreffende persoon een persoonlijkheidsrecht ten aanzien van het afgescheiden lichaamsdeel. In de ene (monistische) benadering sluit dat persoonlijkheidsrecht de zaakkwaliteit zoveel mogelijk uit; in de andere (dualistische) benadering wordt het afgescheiden lichaamsdeel wél als zaak beschouwd, zij het dat daarop een persoonlijkheidsrecht rust.¹⁶ Uit dit persoonlijkheidsrecht vloeit voort, zo kan worden betoogd, dat de betreffende persoon (onder andere) een eerste recht van inbezitneming van

deze *res nullius* heeft,¹⁷ alsmede het recht om zich tegen inbezitneming door anderen te verzetten.¹⁸ De persoonlijkheidsrechten ("afweerrechten")¹⁹ die een persoon op zijn lichaam heeft, werken aldus nog door op de daarvan afgescheiden lichaamsdelen.²⁰ Het is uiteraard denkbaar dat de desbetreffende persoon van dergelijke rechten (stilzwijgend) afstand doet (vgl. art. 5:18 BW; denk aan een bezoek aan de kapper), met een inbezitneming instemt en/of sprake is van levering, waardoor een derde alsnog de eigendom daarvan kan verkrijgen. Een onwenselijke uitkomst lijkt ons dat het persoonlijkheidsrecht ten aanzien een afgescheiden zaak zou kunnen voortbestaan nadat een derde daarvan eenmaal de eigendom heeft verkregen (al dan niet door inbezitneming), en dus een met het persoonlijkheidsrecht van de patiënt 'bezuwaard(e)' (eigendomsrecht op de) zaak heeft verkregen.²¹

2.2.3 Tweede benadering: het menselijk lichaam is wel een zaak

In de literatuur is bepleit de bezwaren tegen (de eigendom van) het levende menselijk lichaam als zaak te laten varen, teneinde de eigendomsverrijking van aan of in het lichaam gebrachte objecten en daarvan afgescheiden objecten te kunnen duiden aan de hand van de leerstukken natrekking (art. 3:4, 5:3, 5:14 BW) en afscheiding (art. 5:1 lid 3, 5:17 BW). In deze opvatting is het menselijk lichaam te beschouwen als een zaak, met verschillende lichamelijke bestanddelen die door afscheiding zelfstandige roerende zaken kunnen worden, zoals haar, sperma, urine, bloed, nagels, blindedarm en nier. De mens is de eigenaar van zijn lichaam en wordt door afscheiding van lichamelijke bestanddelen ook van rechtswege eigenaar van die afgescheiden zaken. De betreffende persoon wordt daarvan van rechtswege de eigenaar net zoals de huiseigenaar vanzelf de eigendom verwerft van een afgewaaid dakpan. Vervolgens kan hij afstand doen van de eigendom van deze roerende zaken (art. 5:18 BW en vgl. art. 5:4 BW) of deze bijvoorbeeld ten titel van schenking overdragen aan een ander (art. 7:175 e.v. BW jo. art. 3:84 lid 1 BW jo. art. 3:90 BW).²² De mens kan door natrekking eigenaar worden van zaken die in zijn lichaam worden gebracht, zoals een pacemaker, kunstnier, -heup of -knie, of borstimplantaat (maar niet van een ingeslikt kwartje), en na afscheiding daarvan eigenaar blijven.²³ Het-

14 Zie Asser/Mijnssen & De Haan 3-1 2006/58. Iets vergelijkbaars doet zich voor met een mummie in het RMO of een lijk in het anatomisch theater, door de "ontpersoonlijking" (het gaat niet (zozeer) meer om (de herinnering aan) de persoon, maar de wetenschappelijke waarde van het de mummie of het snijlijk) zijn het zaken geworden.

15 Zie o.a. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/63; en J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, par. 3.2.13 en 3.2.14, met verdere verwijzingen. (Broekhuijsen-Molenaar).

16 Vgl. J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 223, die de persoonlijkheidsrechten baseert op art. 10 en 11 Gw en art. 8 EVRM.

17 Het persoonlijkheidsrecht geeft de betreffende persoon een sterker recht dan ieder ander tot inbezitneming van het afgescheiden lichaamsdeel (vgl. *Armory/Delamirie* (1722), 1 Strange 505, 9 ER 664).

18 Vgl. H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1*, Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 57.

19 Art. 11 Gw, dat de lichamelijke integriteit beschermt, heeft ook horizontale werking, vgl. HR 18 juni 1993, NJ 1994/347, m.nt. C.J.H. Brunner en E.A. Alkema (Aidstest I).

20 Hierin speelt gevoelsmatig ook nog een rol dat het recht van de fetisjist zwakker is, omdat zijn inbezitneming volgt op zijn onrechtmatige daad (vgl. *Hibbert/McKiernan* [1948] 2 KB 142, 1 All ER 860), maar wij menen dat dat niet relevant is.

21 Vgl. J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 225.

22 Men kan zich afvragen of hier wel sprake is van "verrijking" en "verarming" en dus van een schenking. Vanwege het verbod op orgaanhandel (art. 273f Sr.) is het orgaan in economische zin waardeloos.

23 Zie J.E. Jansen, 'Goederenrecht en het menselijk lichaam', *AAe juli/augustus* 2011, p. 512-518.

zelfde is goed verdedigbaar voor bepaalde zaken die aan het lichaam worden gebracht, zoals een kunstgebit en kunstbeen, maar niet voor andere zaken, zoals een beademingsapparaat, oorbel of piercing. De rechtsgevolgen die gewoonlijk worden toegekend aan de eigendom van roerende zaken kunnen (en dienen) op grond van het Burgerlijk Wetboek en diverse publiekrechtelijke bepalingen (te) worden beperkt. De eigendom van het menselijk lichaam is (vanwege de aard van het recht) niet overdraagbaar op grond van art. 3:83 lid 1 BW alsmede op grond van art. 1:1 lid 2 BW en art. 273f Wetboek van Strafrecht (verbod op mensenhandel); hetzelfde geldt voor het vestigen van een beperkt recht daarop (zie ook art. 3:98 BW).²⁴ Bij het 'gebruik' van het menselijk lichaam dienen op wettelijke voorschriften en op regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen in acht te worden genomen (art. 5:1 lid 2 BW), zoals de Wet op de orgaan-donatie. Een aantal overeenkomsten²⁵ ten aanzien van het menselijk lichaam zijn wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde nietig (art. 3:40 lid 1 BW).²⁶

2.2.4 Tussenconclusie levend menselijk lichaam en lichaamsdelen

Als het levende menselijk lichaam wordt gekwalificeerd als zaak, zijn een aantal verschijnselen goederenrechtelijk eenvoudig te verklaren. Wij menen echter dat het levende menselijk lichaam niet als zaak kan worden gekwalificeerd. Een mens kan niet worden gereduceerd tot het menselijk lichaam. Zoals blijkt uit de inzichten van de hedendaagse geneeskunde (waaronder psychiatrie) en de psychologie, zijn de menselijke geest en het menselijke lichaam bij leven principieel niet te scheiden. De wetgever heeft het wellicht zo vanzelfsprekend geacht dat het menselijk lichaam niet een (roerende) zaak is, dat hij hierover in de wet geen bepaling heeft opgenomen. Nu in de literatuur stemmen klinken die bepleiten dat het levende menselijk lichaam als zaak dient te worden beschouwd, is het te overwegen om een bepaling op te nemen die bevestigt dat het menselijk lichaam dat niet is, en tegelijkertijd, in het verlengde van mensenrechten, bepaalt dat eenieder persoonlijkheidsrechten heeft ten aanzien van zijn lichaam. Op de overheid rust immers de plicht om het grondrecht van integriteit van het menselijk lichaam, zoals verankerd in art. 11 Gw, actief te beschermen.

Dat het levende menselijk lichaam geen zaak is, staat er volgens ons niet aan in de weg dat na afscheiding een lichaamsdeel wél als een roerende zaak kan worden beschouwd, omdat deze niet langer onderdeel uitmaakt van (of: bijdraagt aan de persoon van) een mens. Het ligt voor de hand dat de zaak na afscheiding toebehoort aan de persoon waarvan die zaak is afgescheiden. Deze eigendomsrechten bieden in be-

ginsel voldoende garantie voor de desbetreffende persoon om daarover zeggenschap uit te oefenen, mede indachtig de mogelijkheden op medisch en genetisch gebied. Het is ten aanzien van deze afgescheiden lichaamsdelen niet nodig ook met persoonlijkheidsrechten te werken.²⁷ Indien een bepaling wordt ingevoerd met de bevestiging dat het menselijk lichaam geen roerende zaak is, kan daaraan tevens worden toegevoegd dat hetgeen daarvan wordt afgescheiden wél een roerende zaak is, die toebehoort aan de desbetreffende persoon.²⁸ Met de in dit verband gecompliceerde figuren 'res nullius' en 'inbezitneming' hoeft dan niet (meer) te worden gewerkt.

2.3 Het lijk, de as na crematie en 'bestanddelen'

Ten aanzien van een lijk laat de literatuur eenzelfde verschil in benadering zien, met enkele nuanceverschillen. Het argument dat de mens niet tegelijkertijd rechtssubject en rechtsobject kan zijn, is bijvoorbeeld niet bruikbaar bij een lijk, aangezien na het overlijden geen sprake meer is van een rechtssubject. In de literatuur wordt dan ook voornamelijk het ethische argument aangevoerd dat de eerbied voor de geestelijke waarde van de mens na zijn dood doorwerkt en om die reden een lijk niet als een zaak in de zin van art. 3:2 BW kan worden aangemerkt.²⁹ In deze opvatting kan het stoffelijk overschot "krachtens beschikking van de daartoe bevoegden alsnog binnen de sfeer van het vermogensrecht [...] worden gebracht. Heeft de overledene bepaald dat zijn lichaam ten dienste van de wetenschap zal worden gesteld en is het lijk aan de snijkamer afgestaan, dan is het bijzondere karakter ervan in zoverre verloren gegaan".³⁰ Ook in verdragen, het strafrecht en de bestuursrechtspraak kunnen, onder andere in het recht op een begrafenis,³¹ de strafbaarstelling van grafschennis³² en "de eerbied voor de stoffelijke

24 Anders: J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, par. 3.2.11 ten aanzien van lijken. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt geen wettelijke grondslag voor een beslagverbod ten aanzien van het menselijk lichaam.

25 Maar bijvoorbeeld niet de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

26 In deze visie is het zelfs mogelijk om naast de bedoelde goederenrechtelijke status van het menselijk lichaam aan de betreffende mens persoonlijkheidsrechten ten aanzien van zijn lichaam toe te kennen.

27 Anders: H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1*, Bohn Stafleu Van Loghum 2007, p. 56 en 57, die opmerkt dat eigendom van lichaamsmateriaal en zeggenschap erover niet hoeven samen te vallen.

28 Met een denkbare uitzondering voor lichaamsmateriaal dat kan uitgroeien tot een mens, zoals embryo's, Zie over dit aspect nader J.B. Spath, 'Eigendom van lichaamsmateriaal', *NTBR* 2016/5.

29 Zie Asser/*Mijnssen & De Haan 3-1* 2006/58, met verdere literatuurverwijzingen.

30 Zie Asser/*Mijnssen & De Haan 3-1* 2006/59.

31 Art. 130 eerste zin Verdrag (IV) van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd: "De gevangenhoudende autoriteiten zullen zorg dragen, dat de tijdens internering overleden geïnterneerden op eerbiedige wijze, zo mogelijk overeenkomstig het ceremonieel van de godsdienst welke zij beleden, worden begraven en dat hun graven worden ontzien, behoorlijk onderhouden en zodanig aangeduid, dat zij te allen tijde kunnen worden teruggevonden." Zie art. 129 van het verdrag voor het recht op een testament (uiterste wilsbeschikking).

32 Art. 149 Wetboek van Strafrecht (Sr): "Hij die opzettelijk een graf schendt of enig op een begraafplaats opgericht gedenkteken opzettelijk en wederrechtelijk vernielt of beschadigt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie." In art. 145 en 146 Sr is ook het verhinderen respectievelijk het opzettelijk verstoren van een lijkplechtigheid strafbaar gesteld; in art. 148 Sr het verhinderen van de toegang tot en het vervoer van het lijk naar een begraafplaats of een crematorium. Hoewel in art. 150 Sr ook het opgraven of wegnemen van een lijk en het verplaatsen of vervoeren van een opgegraven of weggenomen lijk strafbaar is gesteld, en in art. 151 Sr het begraven, verbranden, vernietigen, verbergen, wegvoeren of wegmaken van een lijk met het oogmerk om het feit of de oorzaak van het overlijden, dan wel van het dood ter wereld komen te verhullen strafbaar is gesteld, geldt dat als zodanig niet voor het schenden van het lijk als zodanig ('lijkschennis'). Zie voor bijzondere strafbepalingen voorts art. 80 en 81 Wlb.

overblijfselen van gestorvenen en, in verband daarmee, voor de grafrust³³, aanknopingspunten worden gevonden voor de bijzondere status van het stoffelijk overschot. Evenwel, sterker dan bij het levende menselijk lichaam, roept deze benadering de vraag op of het lijk niet zonder meer, meteen vanaf het moment van overlijden, als zaak kan worden beschouwd. In de literatuur lijkt de heersende opvatting inmiddels dat een lijk een roerende zaak is.³⁴ Hierdoor kan bijvoorbeeld gemakkelijk worden verklaard dat een lijk dat ter beschikking wordt gesteld aan de wetenschap of het wetenschappelijk onderwijs kan worden overgedragen aan de desbetreffende wetenschappelijke instelling (art. 67 Wlb). Ook kan daardoor orgaandonatie na overlijden (onder andere) goederenrechtelijk worden geduid (art. 9 Wet op de orgaandonatie). Hetzelfde geldt voor het ter beschikking stellen van de asbus of een deel van de as aan een nabestaande (o.a. art. 58 lid 3, 59 lid 2 onder c, 63 lid 1 Wlb) en de verkrijging van (de opbrengst van) het (omgesmolten) tandgoud door het Dr. C.J. Vaillant Fonds.³⁵ Indien het stoffelijk overschot is gecremeerd, ligt het – meer nog dan bij een lijk – voor de hand om de as na crematie ook als een roerende zaak te beschouwen. Uit de lagere rechtspraak volgt dat verlov wordt gegeven om op as conservatoir beslag te leggen. Dit kan erop duiden dat de as na crematie als een roerende zaak wordt beschouwd.³⁶ Net zoals ten aanzien van het levende menselijk lichaam zullen veel bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek vanwege de bijzondere aard van de roerende zaak en toepasselijke publiekrechtelijke regelingen (waaronder de Wet op de lijkbezorging) niet (onverkort) van toepassing zijn.³⁷

Deze benadering stemt ook overeen met de strafrechtelijke rechtspraak ten aanzien van lijken. Daaruit blijkt onder meer dat de erfgenamen of nabestaanden van een lijk een zodanige zeggenschap hebben dat van toebehoren in de zin van art. 310 Wetboek van Strafrecht kan worden gesproken³⁸ en dat daarom sprake kon zijn van de diefstal van het tandgoud,³⁹ dat een lijk een voor een inbeslagname vatbaar voorwerp is zoals bedoeld in art. 94 Wetboek van Strafvordering,⁴⁰ en dat onder 'lijk' in de zin van art. 151 Wetboek van Strafrecht niet alleen een volledig stoffelijk overschot valt, maar ook een romp,⁴¹ en heeft het Hof 's-Gravenhage bepaald dat het

lijk van een persoon een goed is in de zin van art. 141 Wetboek van Strafrecht, en daarom de openlijke geweldpleging jegens dit goed strafbaar is gesteld.⁴²

De vraag die in de literatuur weinig besproken is, is wie de eigenaar van het lijk is vanaf het moment van overlijden, inclusief alle bestanddelen (zoals organen, tandgoud en implantaten) tot het moment waarop de wetenschappelijke instelling, het ziekenhuis dan wel het Dr. C.J. Vaillant Fonds het lijk, de het orgaan respectievelijk het tandgoud verkrijgt.⁴³ Indien het stoffelijk overschot als een zaak te beschouwen is, die vóór overlijden in eigendom toebehoorde aan de erflater, zou het voor de hand liggen dat de erfgenamen daarvan de eigenaar zijn geworden (art. 3:80 lid 2 BW en art. 4:182 BW – als tenminste sprake is van “voor overgang vatbare rechten”). Sijmons komt langs een andere benadering tot een vergelijkbare uitkomst.⁴⁴ Deze lijn volgend, zouden de erfgenamen op grond van zaaksvorming (art. 5:16 lid 1 eerste zin BW) ook eigenaar van de as worden na crematie, en zou de as ex art. 3:167 BW jo. art. 3:189 lid 2 BW (zaaksvervanging) in de nalatenschap vallen. De erfgenamen zouden op grond van hun eigendomsrecht ook kunnen bepalen wát in de eerste plaats met het stoffelijk overschot gebeurt. Zoals uit het onderstaande zal blijken, is dit echter niet het geval. De Wet op de lijkbezorging geeft ten aanzien van het lijk aanwijzingen die niet kunnen worden herleid tot een eigendomsrecht op het lijk. Deze aanwijzingen zijn evenmin noodzakelijk te herleiden tot eventuele persoonlijkheidsrechten op het lijk van de erflater, diens erfgenamen en/of diens nabestaanden.⁴⁵

2.4 Het lijk na begraving

Indien wordt aangenomen dat het lijk een zaak is, kan men de vraag stellen of het lijk opgaat in de grond waarin het lijk begraven is en daarmee eigendom wordt van de grondeigenaar. Dat is in eerste instantie niet het geval. Het lijk is weliswaar bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven (zoals bedoeld in het Portacabin-arrest), maar valt niet onder de reikwijdte van art. 3:3 BW. Het is immers geen beplanting,

33 Zie RvS 20 september 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AA5000, r.o. 2.2, waar de Raad van State in het kader van een procedure ex art. 29 lid 1 Wlb het standpunt van de burgemeester dat de grafrust van een overledene in ieder geval de eerste tien jaar na de begrafenis niet mag worden verstoord op grond van de genoemde eerbied niet kennelijk onredelijk of anderszins onjuist vond.

34 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/63; J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, par. 3.2.11; en J.E. Jansen, 'Goederenrecht en het menselijk lichaam', *A&E* juli/augustus 2011, p. 512-518.

35 Zie o.a. www.lvc-online.nl/dr-c-j-vaillantfonds.

36 Zie Rb. Zwolle-Lelystad 2 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ8124; Rb. Zwolle-Lelystad 7 april 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BN6250.

37 Het is verdedigbaar dat daarnaast nog persoonlijkheidsrechten bestaan ten aanzien van de lichaamsdelen en het lichaamsmateriaal. Zie J. Sijmons, 'Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?', *NTBR* 2013/30.

38 Zie HR 20 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7427, *NJ* 2008/301.

39 Zie HR 25 juni 1946, *NJ* 1946/503.

40 Zie HR 20 november 1990, *NJ* 1991/302.

41 Zie HR 30 januari 1996, *NJ* 1996/263.

42 Zie Hof 's-Gravenhage 19 september 2000, *NJ* 2000/661. Het beroep in cassatie is verworpen (ECLI:NL:HR:2002:AD6225). Men bedenke dat het begrip “goed” in het strafrecht nog de oude civielrechtelijke betekenis heeft; hiervoor leze men dus “zaak” als in art. 3:2 BW.

43 Zie o.a. J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, par. 3.2.11.

44 J. Sijmons, 'Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?', *NTBR* 2013/30.

45 Ook al blijven na het overlijden (in elk geval bepaalde) persoonlijkheidsrechten bestaan, zo kan worden betoogd, zoals: 1) eerbiediging van het medisch beroepsgeheim; 2) eerbiediging van het privéleven (Rb. Brussel, 30-09-2002, *AM* 2002, 537, zie ook K. Lemmens, *La presse et la protection juridique de l'individu*, Brussel, Lancier 2004, nr. 601); 3) het recht van afbeelding (P. Arnou, *Grafschennis, het fotograferen van lijken en het betreden van mortuaria en funeraria*, noot onder Antwerpen 3 juni 1999, *R.W.* 2000-01 (18), nr. 19 en 20. Anders ten aanzien van het recht op afbeelding: L. Dierick, *Het recht op afbeelding*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 45 (voetnoot 178) waar de ouders van Julie en Melissa zich verzetten tegen publicatie van een bij leven van hen genomen foto. De auteur betoogt dat hier veeleer het persoonlijkheidsrecht van de ouders in het geding was, namelijk dat op “de intieme nagedachtenis van de overledene”); en 4) de “morele rechten” die voortvloeien uit de Auteurswet, o.a. om zich te verzetten tegen verminning van het werk.

gebouw of werk. Ook langs de weg van art. 3:4 BW komt men er niet toe het lijk als bestanddeel van de grond aan te merken.⁴⁶ Toch sluiten wij eigendomsverkrijging door de grondeigenaar niet helemaal uit.

Afgaande op de Wlb maakt een lijk drie fases door, namelijk: 1) direct na het overlijden, dus vóór begraving dan wel crematie; 2) na begraving tot het moment dat nog (slechts) sprake is van “overblijfselen van het lijk” (art. 31 lid 3 en 5 en art. 32 Wlb); en fase 3) daarna. Wij menen dat onder omstandigheden in fase 3 de overblijfselen van het lijk deel kunnen gaan uitmaken van de grond en daarmee eigendom worden van de eigenaar van de grond (art. 3:4 BW). Daarvoor is van belang dat het lijk voldoende is “gedepersonaliseerd”, in die zin dat er geen nabestaanden of belanghebbenden meer zijn die aan het lijk waarde toekennen. Een eventueel grafrecht (uitsluitend recht op een graf) dat de rechthebbende op het graf heeft verzet zich er vanuit goederenrechtelijk perspectief niet tegen dat het lijk “opgaat” in de grond waarin het begraven is, aangezien het grafrecht er (anders dan een opstalrecht) niet op is gericht natrekking te voorkomen of te doorbreken. Het bestaan (verlengen) van het grafrecht zal echter wel een indicatie zijn dat het lijk nog als aparte zaak wordt beschouwd (al kan het zo zijn dat nabestaanden emotionele waarde blijven hechten aan de plek waar het lijk ooit begraven werd en om die reden voor verlenging hebben gekozen). Als vaststaat dat het lijk volledig is vergaan, zijn alle rechten daarop per definitie vervallen.

De overgang van (begraven) lijk naar “overblijfselen van een lijk” zal niet altijd scherp te trekken zijn en zou kunnen samenhangen met de grafrust (welk begrip voor meer uitleg vatbaar is), de volledige skelettering of het eindigen van het grafrecht (“grafhuur”). Volgens Van der Putten⁴⁷ hangt het bij het opgraven van het lijk af van de intentie (herbegraven dan wel ruimen en overbrengen naar een knekelput) of sprake is van een “lijk” of “overblijfselen van een lijk”.

3. Het begrip ‘nabestaande’

De visie dat bij een lijk weliswaar sprake is van een zaak in de zin van art. 3:2 BW, maar dat die in beginsel niet vatbaar is voor eigendom in de zin van art. 5:1 lid 1 BW sluit aan bij de bepalingen van de Wet op de lijkbezorging over de wijzen van de lijkbezorging en de zeggenschap daarover. Dat geldt óók indien de bepalingen van deze wet worden beschouwd als de “op wettelijke voorschriften [...] gegronde beperkingen” die bij het ‘gebruik’ van de zaak in acht moeten worden genomen door de eigenaar daarvan (art. 5:1 lid 2 BW). Op zich kan worden betoogd dat de Wet op de lijkbezorging duidelijk begrenst op welke wijze een lijk kan worden ‘gebruikt’ (er een bestemming aan kan worden gegeven), maar

de vraag wie bevoegd is om daarover een keuze te maken (zeggenschap), kan niet worden beantwoord aan de hand van het goederenrecht en/of het erfrecht. Om dit te kunnen verduidelijken dient te worden ingegaan op het begrip ‘nabestaande’, dat in verschillende wetten terugkomt.

In de Wet op de orgaandonatie wordt blijkens art. 9 lid 2 en 10 lid 2 Wet op de orgaandonatie jo. art. 11 lid 2 Wet op de orgaandonatie onder het begrip ‘nabestaande’ verstaan: (i) de bij het overlijden van de erflater met hem samenlevende echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel; (ii) bij afwezigheid of onbereikbaarheid van deze: de onmiddellijk bereikbare meerderjarige bloedverwanten tot en met de tweede graad; of (iii) bij afwezigheid of onbereikbaarheid van dezen: de onmiddellijk bereikbare meerderjarige aanverwanten tot en met de tweede graad. Indien de erflater een minderjarige van twaalf jaar of ouder is waarvan geen wilsverklaring bekend is, dan wordt onder de nabestaande verstaan de ouders die de ouderlijke macht (sic) uitoefenen of de voogd. De Wet op de lijkbezorging kent geen definitie van het begrip ‘nabestaande’, maar hanteert in art. 67 lid 3 Wlb en art. 72 lid 2 Wlb een vergelijkbare omschrijving als art. 11 lid 2 Wet op de orgaandonatie: (i) de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of andere levensgezel; (ii) bij ontstentenis of onbereikbaarheid van deze, de naaste onmiddellijk bereikbare meerderjarige bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad; of (iii) wanneer ook deze niet bereikbaar zijn, de aanwezige meerderjarige erfgenamen of anders degenen die de zorg voor het lijk op zich nemen. In de lagere rechtspraak wordt meestal bij deze omschrijving aangesloten.⁴⁸ Een enkele keer wordt aangesloten bij de betekenis van het begrip nabestaande in het spraakgebruik.⁴⁹

Indien twee of meer personen een nabestaande (kunnen) zijn, dient te worden bepaald welke persoon daarvan in aanmerking komt om te bepalen wat met het stoffelijk overschot gebeurt. Indien de erflater een echtgenoot, geregistreerd partner of andere levensgezel had, zal dat in beginsel deze persoon zijn, en niet de kinderen van de erflater.⁵⁰

46 De Hoge Raad heeft bij herhaling geoordeeld dat een zaak alleen dan naar verkeersopvatting een bestanddeel vormt van een andere zaak, de hoofdzaak, indien die hoofdzaak zonder het bestanddeel als niet-compleet moet worden beschouwd.

47 www.uitvaart.nl/juridisch/cremeren/overig-cremeren/reactievraag-op-4694-verschil-tussen-een-lijk-en-de-overblijfselen-van-een-lijk/3332/3332.

48 Zie o.a. Rb. Zwolle-Lelystad 2 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ8124; Rb. Zwolle-Lelystad 7 april 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BN6250; Rb. Assen 8 maart 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AV4178; en vgl. Hof Amsterdam 1 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5086.

49 Zie Rb. Arnhem 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5634; alsmede Hof Arnhem 16 augustus 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR6842: “In het spraakgebruik worden met nabestaanden in de eerste plaats de niet-verre bloed- en aanverwanten van een overledene aangeduid. Het prefix ‘na-’ heeft niet alleen een temporele component (ná overlijden), maar duidt ook op een nauwe betrekking tot de overledene tijdens leven (iemand na staan). Die nauwe betrekking is in de eerste plaats gelegen in bloed- of aanverwantschap. Van Dale Onlinewoordenboeken 2010 geeft onder het lemma ‘nabestaande’ deze betekenis: ‘bloedverwant die na iemands dood overblijft’ Daarnaast wordt met ‘nabestaande’ ook wel aangeduid degene die geen bloed- of aanverwant van de overledene is, maar tijdens leven wel een nauwe betrekking met deze had”.

50 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5634; en vgl. Hof Amsterdam 1 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5086. De Wlb lijkt niet uit te gaan van unanimitieit van de nabestaanden, anders dan art. 11 lid 3 Wet op de orgaandonatie; zie in dit verband J. Sijmons, ‘Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?’, *NTBR* 2013/30.

Indien de erflater een echtgenoot had, wordt deze persoon niet als nabestaande aangemerkt, indien zij van tafel en bed gescheiden waren.⁵¹ Omgekeerd, indien de erflater met een andere persoon een affectieve en duurzame relatie had, met wie de erflater het grootste deel van de tijd samen doorbracht, wordt veelal niet als eis gesteld dat zij ook samenwoonden, om deze 'levenspartner' als nabestaande aan te merken.⁵² Indien de erflater daarentegen psychisch instabiel was, zeer kort heeft samengeleefd (ongeveer vier weken voorafgaand aan de zelfmoord, in welke periode hij een aantal dagen in een psychiatrisch ziekenhuis had verbleven) en zich nog niet uit zijn woonplaats heeft laten uitschrijven, wordt dit als onvoldoende aangemerkt om de persoon met wie de erflater samenwoonde als nabestaande aan te merken.⁵³ Indien twee of meer kinderen nabestaanden zijn, komen eerst de kinderen in aanmerking die in gezinsverband hebben geleefd met de erflater, en niet het kind waarmee de erflater de laatste jaren weinig contact had gehad.⁵⁴ Indien de kinderen minderjarig zijn, kan ook de ex-echtgenote in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigster van de kinderen de beslissingsbevoegde zijn.⁵⁵ Bij het bepalen wie als nabestaande heeft te gelden, wordt als een van de relevante omstandigheden soms meegewogen wie de erflater in zijn uiterste wilsbeschikking als (enig) erfgenaam heeft aangemerkt.⁵⁶ Het erfrecht bepaalt op deze wijze mede wie de nabestaande is, en kan daardoor indirect bepalen wie beslissingsbevoegd is ten aanzien van de wijze van lijkbezorging. Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen⁵⁷ en de letter van art. 19 Wlb doen vermoeden dat in testament of codicil niet kan worden vastgelegd wie als nabestaanden zijn te beschouwen (of juist niet); wij menen dat deze bevoegdheid zonder meer voortvloeit uit het persoonlijkheidsrecht. Zou de beschikking materieel niet geldig zijn,

dan zal zij via art. 18 lid 1 Wlb – de wens van de overledene moet worden gerespecteerd – feitelijk toch effect sorteren.

Indien de erflater een uiterste wilsbeschikking heeft gemaakt, kan hij daarin zijn erfgenamen hebben aangewezen (art. 4:115–4:116 BW). Deze erfgenamen kunnen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen zijn. Het is ook denkbaar dat de erflater zijn minderjarige kinderen als erfgenaam heeft aangewezen, terwijl hij tien jaar samenwoont met zijn nieuwe vriendin. Uit het voorgaande volgt dat de nabestaande in zin van de Wet op de lijkbezorging een andere persoon kan zijn dan de door de erflater benoemde erfgenamen. Ook indien het wettelijk versterferrecht (art. 4:10 e.v. BW) tot uitgangspunt wordt genomen, zal de nabestaande niet (zonder meer) de erfgenaam hoeven te zijn. Indien de erflater was gescheiden en kinderen had, en intussen samenwoonde met zijn vriendin, zullen op grond van art. 4:10 aanhef en onder a BW de kinderen erfgenamen zijn, maar zal een rechter de vriendin als de nabestaande aanmerken. Indien de erflater getrouwd was en kinderen had, zal de rechter de echtgenote als de nabestaande aanmerken, terwijl de echtgenote en de kinderen gezamenlijke erfgenamen zijn. Het begrip nabestaande kan daarom zeker niet gelijk worden gesteld met het begrip erfgenaam.⁵⁸ Dit nog los van het feit dat een veelvoorkomende variant van het langstlevendentestament is die, waarin aan de echtgenote "slechts" een vruchtgebruik is gelegateerd zonder dat zij erfgenaam is. Ook kunnen fiscale motieven aan een onterving ten grondslag liggen. Kortom, men moet naar onze mening terughoudend zijn om aan het erfgenaamschap of zelfs een onterving conclusies te verbinden voor de kwalificatie als "nabestaande".

4. Het wettelijk kader van de Wet op de lijkbezorging: mogelijkheden en beperkingen ten aanzien van "de zaak"

4.1 Keuzemogelijkheden

Indien het lijk als een roerende zaak wordt geduid, kan worden gesteld dat het 'gebruik' daarvan grotendeels wordt bepaald door de Wet op de lijkbezorging. De lijkbezorging dient te geschieden door begraving, crematie of op andere bij of krachtens de wet voorziene wijze (art. 1 Wlb). Bij dat laatste kan worden gedacht aan ontleding in het belang van de wetenschap of het wetenschappelijk onderwijs (art. 67 lid 1 Wlb).⁵⁹ Daarnaast kunnen op grond van de Wet op de orgaandonatie organen van de overledene worden verwijderd ten behoeve van implantatie, daaronder begrepen op implantatie gericht wetenschappelijk onderzoek, indien het orgaan na de verwijdering voor implantatie ongeschikt blijkt te zijn (art. 9 lid 1 Wet op de orgaandonatie jo. art. 13 lid 1 Wet op de orgaandonatie).⁶⁰ Vervolgens vindt alsnog

51 Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 2 juli 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ8124; Rb. Zwolle-Lelystad 7 april 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BN6250. Vergelijk ook art. 11 lid 2 Wet op de orgaandonatie en art. 67 lid 3 Wlb.

52 Zie Hof Arnhem 16 augustus 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR6842: "In het spraakgebruik worden met nabestaanden in de eerste plaats de niet-verre bloed- en aanverwanten van een overledene aangeduid. Het prefix 'na-' heeft niet alleen een temporele component (ná overlijden), maar duidt ook op een nauwe betrekking tot de overledene tijdens leven (iemand na staan). Die nauwe betrekking is in de eerste plaats gelegen in bloed- of aanverwantschap. Van Dale Online woordenboeken 2010 geeft onder het lemma 'nabestaande' deze betekenis: 'bloedverwant die na iemands dood overblijft'. Daarnaast wordt met 'nabestaande' ook wel aangeduid degene die geen bloed- of aanverwant van de overledene is, maar tijdens leven wel een nauwe betrekking met deze had".

53 Zie Rb. Assen 8 maart 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AV4178.

54 Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 7 april 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BN6250.

55 Zie Rb. Assen 8 maart 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AV4178. Nu een zestienjarige zelf over zijn lijkbezorging mag beslissen (art. 19 Wlb), ligt het voor de hand hem, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, die keuze ook te laten maken voor zijn ouders of andere personen van wie hij nabestaande is.

56 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5634; Hof Arnhem 16 augustus 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR6842. De rechtbank te Luik stelde dat dit morele recht (familiaal persoonlijkheidsrecht) om de niet uitgedrukte wil van de afgestorvene gestalte te geven in overeenstemming met hun kennis van zijn persoonlijkheid, geen verband houdt met de eventuele hoedanigheid van erfgenaam (Rb. Luik, 16 oktober 1989, zie G. Baeteman et al., *Overzicht van rechtspraak personen- en familierecht 1988-1994*, België (uitgever onbekend)).

57 Vgl. A.J.M. Nuytinck, 'Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen: weg ermee!', *WPNR* 2006/6683.

58 Zo ook J.H.M. ter Haar, 'De benoeming van een uitvaartverzorger bij codicil (I) en (II)', *WPNR* 2007/6727 en 2007/6728.

59 Vgl. art. 12 lid 1 Wlb.

60 Het lijk kan een conserverende bewerking ondergaan, zoals balseming, die gericht is op gebruik van delen van het lijk ingevolge de Wet op de orgaandonatie of die plaatsvindt ten behoeve van het vervoer van het lijk naar het buitenland. Zie art. 71 lid 1 en 2 Wlb.

de lijkbezorging plaats. Een laatste mogelijkheid (art. 21 Besluit lijkbezorging) is het overboord zetten.⁶¹

Wordt het lijk begraven, dan dient onder andere⁶² nader te worden bepaald op welke gemeentelijke dan wel bijzondere begraafplaats de begraafplaatsvindt,⁶³ in welk (al dan niet bestaand familie)graf de begraafplaats geschiedt⁶⁴ en, bij een particulier graf, op welke wijze het graf wordt ingericht.⁶⁵ Wordt gekozen voor crematie, dan dient te worden bepaald in welk gemeentelijk dan wel bijzonder crematorium de crematie plaatsvindt⁶⁶ en welke de bestemming aan de as wordt gegeven (waarover hieronder meer).⁶⁷

4.2 De wens van de overledene

Art. 18 lid 1 tweede zin Wlb bepaalt dat de lijkbezorging plaatsvindt overeenkomstig de wens of de vermoedelijke wens van de overledene, tenzij dat redelijkerwijs niet gevegd kan worden. Onder lijkbezorging wordt in dit verband mede begrepen het geven van bestemming aan de as van een gecremeerd lijk (art. 18 lid 2 Wlb). De (vermoedelijke) wens van de overledene is derhalve beslissend voor de vraag of een begrafenis, crematie of ontleding plaatsvindt. Voor de vraag of het lijk ontleed dient te worden in het belang van de wetenschap of het wetenschappelijk onderwijs (art. 67 lid 2 Wlb) geldt in beginsel ook dat de (vermoedelijke) wens van de overledene beslissend is. Ook bij orgaan-donatie is in beginsel de wens van de overledene leidend: meerderjarigen en minderjarigen van twaalf jaar of ouder, die in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake, kunnen toestemming verlenen tot het na hun overlijden verwijderen van hun organen of bepaalde door hen aan te wijzen organen, dan wel daartegen bezwaar maken (art. 9 lid 1 Wet op de orgaan-donatie). Dit uitgangspunt sluit aan bij het gegeven dat de erflater vóór zijn overlijden (ook) als enige bevoegd was om te beslissen over zijn lichaam (al dan niet op grond van de eerder genoemde persoonlijkheidsrechten).⁶⁸ Hij kan daarom in algemene zin beslissen wat na zijn overlijden de bestemming is van zijn

stoffelijk overschot, in die zin dat het stoffelijk overschot terecht komt bij 'een wetenschappelijke instelling' of het orgaan-centrum. Hij kan echter niet bepalen aan wie het orgaan-centrum het orgaan vervolgens toewijst. Dit laatste is zoverre vergelijkbaar met het erfrecht, waarin de erflater in beginsel wél kan beslissen wie zijn erfgenamen worden en bij wie een bepaald goed (krachtens legaat) terecht dient te komen (vergelijk het orgaan-centrum), maar slechts beperkt kan bepalen wat vervolgens met de goederen gebeurt (vgl. art. 4:45 BW).

De Wet op de lijkbezorging geeft aanwijzingen voor de vorm waarin de wens kenbaar moet zijn gemaakt. Een meerderjarige, of hij, die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, kan, ook indien hij niet bekwaam is,⁶⁹ hetzij bij notariële akte, hetzij bij een eigenhandig geschreven, gedagtekende en ondertekende verklaring⁷⁰ beschikkingen na dode maken ter bezorging van zijn lijk (art. 19 lid 1 Wlb). De wens van de overledene kan kenbaar zijn uit een door de uitvaarverzorger opgemaakt en door de overledene getekend formulier.⁷¹ Een boekje met uitvaartwensen valt daar (kennelijk) niet onder.⁷² Een in algemene bewoordingen gestelde herroeping van uiterste wilsbeschikkingen wordt geacht geen herroeping in te houden van een vroeger te kennen gegeven wens, als bedoeld in art. 19 lid 1 Wlb (art. 19 lid 2 Wlb). Deze vereisten zijn van overeenkomstige toepassing indien de overledene zijn lichaam ter beschikking wil stellen aan de wetenschap (art. 67 lid 2 Wlb). Voor de orgaan-donatie is een regeling gegeven in art. 10 Wet op de orgaan-donatie.

Uit de lagere rechtspraak blijkt dat de wens van de erflater inderdaad centraal wordt gesteld. Dat geldt bijvoorbeeld ten aanzien van de keuze om begraven of gecremeerd te worden,⁷³ de begraafplaats waar de overledene ter aarde wordt besteld⁷⁴ en de wijze waarop (een deel van) de as dient te worden bestemd⁷⁵ of waar de asbus kan worden geplaatst of aan wie deze dient te worden afgegeven.⁷⁶ In sommige gevallen kunnen aan (het ontbreken van) een ge-

61 In de Nederlandse wet zijn nog niet geregeld resomatie (alkaline hydrolyse), legaal in sommige Amerikaanse staten en Canadese provincies, en promession (www.promessa.se/) of cryomation (lyofilisatie of vriesdrogen), twee milieuvriendelijke(re) alternatieven van lijkbezorging, die zouden kunnen worden toegevoegd aan de limitatieve opsomming die de wet geeft.

62 Denk ook aan de keuze voor de kist of het andere omhulsel van het lijk. Vgl. art. 8 lid 1 Wlb.

63 Art. 23 lid 1 Wlb jo. art. 24 Wlb. Zie voor de regeling omtrent de gemeentelijke begraafplaatsen en de bijzondere begraafplaatsen, zoals die van kerkgenootschappen, art. 33 e.v. Wlb respectievelijk art. 37 e.v. Wlb.

64 Zie art. 23 lid 2 Wlb, waar nader wordt onderscheiden tussen begraving in een algemeen graf, waarbij de houder van de begraafplaats bepaalt wie daarin wordt begraven, dan wel in een particulier graf, zijnde een graf waarop een uitsluitend recht is gevestigd, waarbij de rechtshabende bepaalt wie daarin wordt begraven. De termen familiegraf, eigen graf (art. 84 Wlb) en particulier graf (art. 23 Wlb) zijn synoniemen voor een graf waarop een uitsluitend recht is gevestigd.

65 Art. 32 Wlb.

66 Art. 49 Wlb jo. art. 51 lid 1 Wlb.

67 Art. 18 lid 2 Wlb en art. 50 lid 1 Wlb.

68 Al is er een opvallend verschil ten aanzien van organen. Bij donatie bij leven mag de donor zelf de ontvanger aanwijzen; bij donatie *post mortem* doet het orgaan-centrum dat. Zie nader J. Sijmons, 'Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?', *NTBR* 2013/30.

69 Vgl. art. 4:55 BW.

70 Zie hiertergen A.J.M. Nuytinck, 'Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen: weg ermee!', *WPNR* 2006/6683, par. 4. Zie voor een geschil over verschillende codicillen: Rb. Arnhem 2 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AP6210.

71 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 16 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ8839; Rb. Alkmaar 8 februari 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:AZ8093.

72 Zie Rb. Arnhem 2 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AP6210. Bijzonderheid in deze zaak waren de sterke aanwijzingen dat in het boekje verschillende handschriften staan en het overigens de vraag was of één van de handschriften van de overledene was, afgezien van de geplaatste handtekening. Zonder die bijzonderheid zou het (in 2003, dus later ingevulde) boekje wellicht voorrang hebben ten opzichte van het rechtsgeldige codicil uit 1996. Het is de wens of vermoedelijke wens die bepalend is, het testament of codicil is slechts een (weliswaar sterke) aanwijzing van die wens.

73 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 16 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ8839; Rb. Noord-Holland 16 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6289; Rb. Alkmaar 10 augustus 2006, ECLI:NL:RBALK:2006:AY5940.

74 Zie hieronder de rechtspraak bij herbegraven.

75 Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 3 maart 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW1135; Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5001; Rb. Maastricht 12 januari 2009, ECLI:NL:RBMMA:2009:BG9641; Rb. Alkmaar 8 februari 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:AZ8093.

76 Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West Brabant 17 juli 2013, ECLI:NL:2013:RBZWB:2013:7316.

loofsovertuiging aanwijzingen worden ontleend omtrent de vermoedelijke wens van de overledene.⁷⁷

Maar ook als de wens omtrent de lijkbezorging niet in een testament of codicil is vastgelegd, maar bijvoorbeeld ooit is besproken, moet de wens geëerbiedigd worden. Heeft de overledene nooit zijn wensen over de lijkbezorging geuit, dan moet de vermoedelijke wens worden gevolgd. Dat betekent bijvoorbeeld dat de trouwe rooms-katholieke kerkganger na een requiemmis wordt begraven⁷⁸ in gewijde grond.

Indien de wens van de overledene niet kan worden achterhaald, ontbreekt daarvoor een algemene wettelijke regeling in de Wet op de lijkbezorging. In een aantal gevallen geeft de Wet op de lijkbezorging daarvoor aanwijzingen, zoals hieronder toegelicht. Dit geldt bijvoorbeeld voor: (i) het ter beschikking stellen van het lijk aan de wetenschap, het verrichten van sectie en orgaandonatie; (ii) de asbestemming; en (iii) het herbegraven. Voor het overige blijkt uit de lagere rechtspraak dat indien de wens van de overledene ontbreekt en zijn vermoedelijke wens niet kan worden achterhaald, de nabestaanden daarover een beslissing mogen nemen,⁷⁹ en er zelfs over mogen contracteren.⁸⁰ Het is dan bijvoorbeeld aan de nabestaande om te bepalen of de overledene dient te worden begraven of gecremeerd.

Ingeval *niemand* maatregelen neemt tot lijkschouwing of lijkbezorging overeenkomstig de wet, waarschuwt degene die het lijk onder zijn berusting heeft de burgemeester, en wel uiterlijk op de derde dag na het overlijden (art. 20 Wlb). Indien niemand voorziet in de lijkschouwing en lijkbezorging overeenkomstig de wet, draagt de burgemeester daarvoor zorg. Aan ontleding in het belang van de wetenschap of het wetenschappelijk onderwijs wordt in dat geval geen toepassing gegeven, tenzij de overledene zijn lijk uitdrukkelijk tot ontleding heeft bestemd (art. 21 lid 1 Wlb).

4.3 *Ter beschikking stellen aan de wetenschap, sectie en orgaandonatie*

Bij gebreke van een bestemming inzake lijkbezorging door de overledene kan ontleding eveneens geschieden, indien: (i) de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of andere levensgezel dan wel, bij ontstentenis of onbereikbaarheid van deze; (ii) de naaste onmiddellijk bereikbare meerderjarige bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad, of, wanneer ook deze niet bereikbaar zijn; (iii) de aanwezige meerderjarige erfgenamen; of anders (iv) degenen die de zorg voor het lijk op

zich nemen, dit daartoe bestemmen (art. 67 lid 3 Wlb). Een vergelijkbare bepaling is in art. 72 lid 2 Wlb opgenomen met betrekking tot het onderwerpen van het lijk aan sectie en in art. 11 lid 1 Wet op de orgaandonatie, met een nadere regeling die enigszins afwijkt van die in de Wet op de lijkbezorging.⁸¹ In deze gevallen is de beslissingsbevoegdheid aldus in beginsel steeds toegekend aan de nabestaande. Indien het stoffelijke overschot ter beschikking wordt gesteld aan de wetenschap of (via het orgaancentrum) aan een patiënt die het orgaan kan gebruiken, dient te worden aangenomen dat de wetenschappelijke instelling dan wel het ziekenhuis (al dan niet ten behoeve van patiënten) de eigendom verkrijgt van het stoffelijk overschot dan wel het orgaan. Indien ervan wordt uitgegaan dat na overlijden het stoffelijk overschot een roerende zaak is, alsmede de daarvan afgescheiden organen, is verdedigbaar dat de eigendomsvervalsing ten titel van schenking plaatsvindt. Aan de Wlb en de Wet op de orgaandonatie zouden bepalingen kunnen worden toegevoegd dat eigendomsvervalsing plaatsvindt door de wetenschappelijke instelling dan wel het orgaancentrum vanaf het moment dat de wetenschappelijke instelling respectievelijk het orgaancentrum *op grond van de Wlb respectievelijk de Wet op de orgaandonatie* de beschikking krijgt over het stoffelijk overschot respectievelijk de organen. Vóór dat moment dient het geen redelijk doel om de eigendom van het stoffelijk overschot en/of de organen als zodanig aan andere personen (erfgenamen of nabestaanden) toe te kennen. Indien de erflater de keuze heeft gemaakt, kan dat naar onze mening in het bijzonder niet als een legaat of een quasi-legaat worden beschouwd. Erfrechtelijk gezien zou dit tot allerlei onwenselijke complicaties leiden, met name indien het stoffelijk overschot of het orgaan op geld kan worden gewaardeerd en de nalatenschap onvoldoende is om alle schulden te voldoen (vgl. art. 4:7, 4:120 en 4:126 BW). Indien de nabestaande de keuze heeft gemaakt om zijn stoffelijk overschot ter beschikking te stellen aan de wetenschap of aan een patiënt die zijn orgaan kan gebruiken, beschikt de nabestaande in feite over een zaak die hem niet toebehoort en bewerkstelligt hij dat een ander daarvan de eigendom verkrijgt. Een dergelijke rechtsfiguur is niet vreemd aan het stelsel van de wet. Immers, ook in het erfrecht komt aan de uiterste wilsbeschikking – als eenzijdige rechtshandeling – ook pas rechtsgevolg toe na het overlijden van de erflater.

4.4 *Bestemming van de implantaten en prothesen*

In de Wet op de lijkbezorging is als zodanig niet geregeld wat met de eventuele prothesen en implantaten van de overledene dient te gebeuren. Het meest voorkomende en tot de verbeelding sprekende voorbeeld daarvan is het tandgoud van de overledene. De wetgever heeft in de Memorie van Toelichting bij de Wet op de lijkbezorging opgemerkt dat de *nabestaanden* eigendomsrechten kunnen laten gelden ten aanzien van de kunst- of hulpmiddelen. Deze mogen niet met het lijk worden meebegraven of meeverbrand en zullen

77 Zie Rb. Rotterdam 16 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ8839 (crematie ondanks verondersteld orthodox islamitisch geloof); en Rb. Amsterdam 20 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV6905.

78 Vgl. het Decreet van de Congregatie voor het H. Officie van 5 juli 1963 dat cremieren niet verbiedt, maar begraven aanmoedigt. Voor een duidelijke argumentatie vgl. La Civiltà Cattolica, 20 juni 1964.

79 Zie bijvoorbeeld Rb. Assen 8 maart 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AV4178; en een deel van hiervoor onder par. 3 vermelde rechtspraak in het kader van het begrip 'nabestaande'.

80 Vgl. o.a. Rb. Arnhem 2 juli 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AP6210; en Hof Leeuwarden 20 december 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ5523.

81 Zie hierover A.J.M. Nuytinck, 'Het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen: weg ermee!', *WPNR* 2006/6683, par. 3.

dus in beginsel moeten worden teruggegeven.⁸² In de praktijk geven de nabestaanden toestemming aan het hiervoor genoemde Dr. C.J. Vaillant Fonds (het Goede Doelen Fonds van de Landelijke Vereniging van Crematoria (LVC)) om de (hoogwaardige) metalen die na crematie achterblijven te laten omsmelten en de opbrengst te besteden aan goede doelen. Het is ons niet bekend of nabestaanden ook geweigerd hebben om de opbrengst aan dit fonds te laten toekomen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de nabestaanden – en dus niet de erfgenamen – in beginsel de eigendom verkrijgen van deze implantaten en prothesen. Aan de Wlb kan overeenkomstig de passage in de parlementaire geschiedenis een bepaling worden toegevoegd met de strekking dat de nabestaanden de eigendom verkrijgen van de roerende zaken, niet zijnde lichaamsmateriaal (waaronder organen), die van het stoffelijk overschot kunnen worden afgescheiden. Een aantal algemene bepalingen uit Boek 4 BW lenen zich daarbij voor overeenkomstige toepassing, te weten art. 4:2 tot en met 4:4 BW.

4.5 *Begraafplaats, herbegraven, ruimen en het grafrecht*

Een geschil kan bestaan over de begraafplaats; in dat kader kan worden verzocht om het herbegraven van de overledene. Is het lijk begraven, dan kan het lijk op een later moment worden opgegraven,⁸³ teneinde het lijk bijvoorbeeld op een andere begraafplaats of in een ander graf te laten begraven (hierna: herbegraven). Een graf kan ook worden geruimd. Uit de Wet op de lijkbezorging en de lagere rechtspraak⁸⁴ blijkt dat in dit soort gevallen de nabestaanden niet het laatste woord hebben, omdat niet alleen de burgemeester, maar ook de rechthebbende van het grafrecht zijn toestemming dient te verlenen aan het herbegraven. Misbruik van bevoegdheid door de grafgerechtigde wordt slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden aangenomen.⁸⁵ De erfgenamen of de nabestaanden zijn evenmin de gerechtigden tot het grafrecht; dat is de persoon die het grafrecht door overeenkomst heeft verkregen als bedoeld in art. 28 Wlb.⁸⁶ Is sprake van een particulier graf (of familiegraf), dan is sprake van een rechthebbende van (het uitsluitende recht op) het graf.⁸⁷ Het grafrecht moet worden onderscheiden van het recht op de grafsteen. Het grafrecht heeft betrekking op de zeggenschap over de ruimte in de aarde waar het lijk begraven is.

Uit de Wet op de lijkbezorging volgt dat de rechthebbende van een particulier graf toestemming dient te geven voor het opgraven van een lijk (art. 29 lid 1 Wlb) en voor het ruimen van een graf (art. 31 lid 2 Wlb). Dezelfde rechthebbende bepaalt overigens ook wie daarin nog meer wordt begraven (art. 23 lid 2 Wlb). Op grond van deze bevoegdheden heeft de grafgerechtigde de belangrijkste bevoegdheden die denkbaar zijn met betrekking tot het begraven stoffelijk overschot. De rechthebbende van het graf is degene die aan wie krachtens een overeenkomst het uitsluitend recht op het graf is verleend. De grafgerechtigde hoeft niet een nabestaande te zijn.

Grafrechten zijn overdraagbaar (in de zin van art. 6:159 BW) en vatbaar voor legaat of vererving, met dien verstande dat in de (model)reglementen van begraafplaatsen (lees: de algemene voorwaarden) veelal is opgenomen dat het grafrecht alleen kan worden overgedragen aan de echtgenoot of levenspartner van de rechthebbende of aan diens aan- en bloedverwanten tot de derde of vierde graad (vgl. art. 3:83 lid 2 BW). Op deze wijze willen de beheerders commercialisering voorkomen die dreigt als willekeurige derden de (schaarse) eigen graven zouden opkopen.⁸⁸ Overigens kan in afzonderlijke gevallen ook toestemming worden verleend voor de overdracht. Ook dienen de grafrechten te worden overgeschreven binnen een bepaalde tijd na het overlijden van de rechthebbende, op straffe van verval.⁸⁹

Ook neemt de Wet op de lijkbezorging voorrang op het goederenrecht. Immers, op grond van de regels van natrekking is denkbaar dat de kist met het stoffelijke overschot wordt nagetrokken door de grond en/of daarvan bestanddeel is geworden krachtens (art. 3:4 lid 1 BW) en dat op grond daarvan de eigenaar van de grond (art. 5:3 BW), en niet de burgemeester of de grafgerechtigde kan beslissen of het stoffelijk overschot kan worden opgegraven.

4.6 *Asbestemming en de eigendom van de asbus of een deel van de as*

Uit de lagere rechtspraak volgt dat ook over de asbestemming de nodige geschillen kunnen bestaan. Uit de Wet op de lijkbezorging en de lagere rechtspraak volgt dat niet zozeer de nabestaande, als wel degene die opdracht heeft gegeven tot de crematie (en daarvoor veelal ook de kosten zal hebben gemaakt)⁹⁰ beslissingsbevoegd is indien de wens van de

82 Zie *Handelingen I*, 1987/88, p. 1248. Van der Steur trekt daaruit ten onrechte de gevolgtrekking dat de erfgenamen daarvan de eigenaar zullen worden. Zie J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 234. Zoals hiervoor uiteengezet zijn de nabestaande niet dezelfde personen als de erfgenamen.

83 Art. 29 Wlb, met dien verstande dat dit slechts kan gebeuren met vergunning van de burgemeester van de gemeente waarin het is begraven, en, indien het een particulier graf betreft, met toestemming van de rechthebbende op het graf.

84 Zie o.a. HR 22 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6588; Rb. Oost-Brabant 30 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3728; Rb. Noord-Holland 28 november 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11381; Rb. Oost-Brabant 7 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:53.

85 Zie HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO2416.

86 Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 31 januari 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA5076.

87 Art. 23 lid 2 Wlb jo. art. 28 Wlb. Zie ook art. 31 lid 2 en 32a Wlb.

88 Aldus H.D. Ploeger, 'De eigendom van grafmonumenten', *WPNR* 1999/6359, p. 423, nt. 5.

89 Zie over grafrechten o.a. H.D. Ploeger, 'De eigendom van grafmonumenten', *WPNR* 1999/6359, p. 423-425; en W.G.H.M. van der Putten, *Handboek Wet op de lijkbezorging*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1993.

90 Net als bij de kosten voor de grafrechten kan de opdrachtgever zijn of haar (overigens ex art. 3:288 BW preferente) kosten eventueel verhalen op de nalatenschap (art. 4:7 BW), de erfgenamen (art. 4:184 BW, bij zuivere aanvaarding), degene die de dood van de erflater heeft veroorzaakt (art. 6:108 lid 2 BW) of de verzekeringsmaatschappij. Uit de lagere rechtspraak blijkt dat degene die de kosten voor zijn rekening neemt niet zonder meer in de rechten treedt van degene die de opdracht heeft gegeven. Vgl. bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 31 januari 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA5076.

overledene niet kan worden achterhaald, en ook aan deze persoon de asbus dient te worden afgegeven.⁹¹

Uit art. 58 Wlb volgt dat na de crematie de houder van het crematorium de as in één of meer asbussen bergt⁹² en dat op verzoek van een nabestaande een deel van de as op een andere wijze kan worden geborgen en aan de nabestaande ter beschikking kan worden gesteld. Aldus dient de keuze te worden gemaakt of de asresten bij elkaar blijven of worden verdeeld (met eerbiediging van de (vermoedelijke) wens van de overledene). Ten aanzien van de betreffende asbus dient voorts te worden bepaald of: (a) de asbus wordt bijgezet in het crematorium of een andere plaats van bijzetting, en zo ja, waar dat dient te gebeuren; (b) de in de asbus geborgen as wordt verstrooid; (c) de asbus ter beschikking wordt gesteld aan de nabestaande door of namens wie de opdracht tot de crematie is gegeven; of (d) de asbus wordt verzonden naar het buitenland.⁹³ Indien de asbus wordt bijgezet (onder a), kan nader worden gekozen tussen bijzetting in een in het bijzonder daarvoor bestemd gedeelte van het crematorium, in of op een graf of op een afzonderlijke plaats op een begraafplaats, of in een buiten een crematorium of begraafplaats gelegen bewaarplaats.⁹⁴ Een asbus die is bijgezet kan op verzoek van de nabestaande door of namens wie de opdracht tot bijzetting is gegeven, door de houder van de plaats van bijzetting aan de nabestaande ter beschikking worden gesteld.⁹⁵ Als de asbus eenmaal ter beschikking wordt gesteld aan de nabestaande door of namens wie de opdracht tot de crematie dan wel bijzetting is gegeven, kan de as een 'eigen leven' gaan leiden. Zo kan de as, of een deel daarvan, worden omgevormd tot een 'herinneringsdiamant'.⁹⁶

In de Wet op de lijkbezorging is bepaald dat de asbus na de crematie ter beschikking wordt gesteld aan de nabestaande door of namens wie de opdracht tot de crematie is gegeven (art. 59 lid 2 aanhef en onder c Wlb). De asbus die is bijgezet, wordt op verzoek van de nabestaande door of namens wie de opdracht tot bijzetting is gegeven, (alsnog) aan hem ter beschikking gesteld (art. 63 lid 1 Wlb). Degene aan wie de asbus wordt afgegeven, wordt in feite de eigenaar daarvan. Uit deze bepaling volgt dat de nabestaande die de opdracht heeft gegeven tot de crematie de rechthebbende kan worden van de asbus, en derhalve *niet* de erfgenamen of de nabestaanden die de opdracht niet hebben gegeven. Ook degenen aan wie een deel van de as ter beschikking wordt gesteld, bijvoorbeeld om daar een sieraad van te laten maken, wordt daarvan (in feite) de eigenaar. Aan de Wlb zou een bepaling kunnen worden toegevoegd, die dit bevestigt.

91 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5634; en vgl. Hof Arnhem 16 augustus 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR6842; Rb. Den Haag 30 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA3798.

92 Een asbus wordt gesloten en op de bus worden de naam en de voorletters van de overledene, alsmede een registratienummer, vermeld (art. 58 lid 2 tweede zin Wlb).

93 Art. 59 lid 2 aanhef en onder a-d Wlb jo. art. lid 3 Wlb.

94 Art. 62 lid 1 onder a-c Wlb.

95 Art. 63 lid 1 Wlb.

96 Zie bijvoorbeeld www.lifegem.nl.

5. Conclusie

Over de goederenrechtelijke kwalificatie van het menselijke levende lichaam, alsmede het lijk bestaat verschil van mening. In een opvatting is eigendom van het menselijke levende lichaam mogelijk, en zal de mens daarvan als eigenaar hebben te gelden. In een andere opvatting kan een menselijk levend lichaam mede vanwege ethische opvattingen niet als zaak worden aangemerkt. Omdat niet alleen de menselijke geest en het menselijk lichaam, maar ook de mens als natuurlijk persoon en zijn lichaam wel te onderscheiden, maar niet te scheiden zijn, dient het menselijk lichaam naar onze mening niet als zaak te worden aangemerkt. Dat wordt anders indien een of meer lichaamsdelen, implantaten en/of prothesen van het menselijk lichaam worden afgescheiden. In dat soort gevallen is de eigendom daarvan wel denkbaar, en ligt het voor de hand dat degene uit of van wiens lichaam deze zaken worden afgescheiden, daarvan op het moment van afscheiding eigenaar wordt. Mede gelet op de beperkingen die voortvloeien uit publiekrechtelijke regelingen, verdragen, de persoonlijkheidsrechten en het Burgerlijk Wetboek zelf, is het praktisch belang van het antwoord op de vraag of het menselijke levende lichaam als een zaak kan worden aangemerkt zeer gering.

Wij menen dat de bezwaren die gelden ten aanzien van het menselijke levende lichaam niet gelden voor het lijk, aangezien bij een lijk niet langer sprake is van een menselijke geest of van een natuurlijke persoon. Daarbij dient te worden aangetekend dat uit de bijzondere aard van deze zaak, alsmede de bepalingen van (met name) de Wet op de lijkbezorging zal volgen dat deze zaak een bijzondere status heeft. Zo is bijvoorbeeld onduidelijk wie de eigendom heeft van het lijk. Gelet op de regeling in de Wet op de lijkbezorging is het praktisch belang van de beantwoording van deze vraag beperkt. Uit de Wlb blijkt immers dat in de eerste plaats de wens van de overledene beslissend is voor het antwoord op de vraag wat met het lijk dient te gebeuren, en in de tweede plaats de nabestaanden zeggenschap kunnen uitoefenen ten aanzien van het lijk. Dus, ook indien de erfgenamen als de eigenaren van het lijk zouden kunnen worden aangemerkt, hetgeen wij overigens niet bepleiten, volgt uit de Wet op de lijkbezorging dat daaruit geen gevolgtrekkingen kunnen worden afgeleid. Op grond van de Wet op de lijkbezorging, alsmede de parlementaire geschiedenis daarbij, ligt het eerder voor de hand om de nabestaanden als de eigenaar aan te merken. Dit stemt overeen met de aan hen toegekende zeggenschap ten aanzien van (de bestemming van) het lijk, alsmede met de opvatting van de wetgever dat implantaten en prothesen in beginsel aan de nabestaanden toekomen. Bij de eigendom van de asbus lijkt uit de Wet op de lijkbezorging te volgen dat, in afwijking van het voorgaande, degene die opdracht heeft gegeven voor de crematie, ook daarvan de eigendom kan verwerven.

Voor zover wordt getwist over de vraag of de eigendom van een lijk mogelijk is, komt die eigendom in ieder geval in beeld in het geval dat het stoffelijk overschot ter beschik-

king wordt gesteld aan de wetenschap, sprake is van orgaandonatie, implantaten en prothesen worden verwijderd en/of de asbus of delen van de as ter beschikking worden gesteld aan nabestaanden. In andere gevallen speelt de eigendom en de goederenrechtelijke dan wel de erfrechtelijke status van het lijk of bestanddelen ervan geen rol van betekenis.

Op grond van het voorgaande hebben wij in deze bijdrage een aantal voorstellen gedaan om in het BW, de Wlb en de Wet op de orgaandonatie de goederenrechtelijke status van het menselijk lichaam, de daarvan tijdens het leven afgescheiden delen, het stoffelijk overschot dat ter beschikking wordt gesteld van de wetenschap, de asbus die ter beschikking wordt gesteld, de organen die worden gedoneerd en de eventuele prothesen en implantaten van de overledene te bevestigen dan wel nader gestalte te geven. Deze voorstellen zijn de volgende:

- (i) een bepaling in het BW die bevestigt dat het levende menselijk lichaam niet een roerende zaak is en dat eenieder persoonlijkheidsrechten heeft ten aanzien van zijn lichaam;
- (ii) een bepaling in het BW dat hetgeen van het menselijk lichaam wordt afgescheiden een roerende zaak is, die toebehoort aan de desbetreffende persoon;
- (iii) een bepaling in de Wlb dat de wetenschappelijke instelling de eigendom verkrijgt van het stoffelijk overschot vanaf dat moment dat de wetenschappelijke instelling daarover de beschikking krijgt op grond van de Wlb;
- (iv) een bepaling in de Wet op de orgaandonatie dat het orgaancentrum de eigendom verkrijgt van het orgaan vanaf dat moment het orgaancentrum daarover de beschikking krijgt op grond van de Wet op de orgaandonatie;
- (v) een bepaling in de Wlb dat degene aan wie de asbus wordt afgegeven op grond van de Wlb daarvan de eigendom verkrijgt; en
- (vi) een bepaling in de Wlb dat de nabestaande de eigendom verkrijgt van de roerende zaken, niet zijnde lichaamsmateriaal (waaronder organen), die van het stoffelijk overschot kunnen worden afgescheiden, waarbij art. 4:2-4:4 BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard.