

Vermissing en overlijden

Wanneer is iemand rechtens vermist, wanneer is de vermiste juridisch overleden en wat is sowieso het eind – en het begin – van het rechtssubject? De belangrijkste bepalingen op een rij.

PIM VAN DUREN EN MAYA PERFORIS

Vermissing is de onzekerheid aangaande het bestaan van iemand (art. 1:412 en 413 BW).¹ Het hangt van de omstandigheden af, wanneer iemand als vermist moet worden beschouwd. Er moet een abnormale tijd (ten minste vijf jaar) verlopen zijn zonder dat iets van de vermiste is vernomen of er is een ongeval/ramp geschied waarbij de vermiste was betrokken en waarna niets meer van hem is vernomen.

Anders dan bij overlijden, waar iemand die weet heeft van het overlijden aangifte doet, is iets dergelijks bij vermissing nu juist onmogelijk, want het bestaan van iemand is onzeker.

ONBEMANDE ZEILBOOT

Het is vooral voor de toepassing van het huwelijksrecht en erfrecht van belang te weten of een persoon in leven dan wel overleden is. Ook de familie van de zelfstandig ondernemer – cliënt bij een van ons – wilde dat graag weten. De zus van de cliënt belde. De cliënt was met zijn zeilboot overgestoken van Turkije naar Griekenland. Zijn boot was onbemand teruggevonden. Van cliënt geen spoor: hij werd vermist. Wat te doen?

De familie had de keuze tussen de regeling aangaande het rechtsvermoeden van overlijden (art. 413 e.v.) of de overlijdensverklaring van art. 1:426 lid 1 BW. De eerste regeling is aangewezen als het *onzeker* of *waarschijnlijk* is dat de vermiste is overleden. Is het overlijden *zeker* dan staat de rechtsgang van de overlijdensverklaring open.

De dood is onzeker als er ten minste vijf jaar geen enkel levensteken is vernomen, zonder dat tevens feiten of omstandigheden er voldoende duidelijk op wijzen dat de betrokkene nog in leven is. Bijvoorbeeld de vermiste die na een dag skiën niet is teruggekeerd – ook hier weet men het niet zeker, omdat hij alleen op pad was gegaan. Was hij evenwel met anderen op pad gegaan en toen verdwenen, dan is zijn dood waarschijnlijk.

De dood is zeker bijvoorbeeld van de mensen die vanaf 11 september 2001 worden vermist en van wie vaststaat dat zij ten tijde van de instorting van de WTC-torens in het gebouw waren, terwijl hun lichamen na de instorting niet zijn gevonden.

EÉN TOT VIJF JAAR

Als belanghebbende kon de zus van cliënt nadat een jaar zou zijn verstreken, te rekenen vanaf het vertrek van cliënt of de laatste tijding van zijn leven, de rechtbank verzoeken om hem als vermiste op te roepen om vervolgens bij zijn niet-verschijnen een rechtsvermoeden van overlijden uit te spreken (art. 413 lid 1). De termijn was van toepassing omdat de omstandigheden van het geval de dood van cliënt waarschijnlijk maakten (lid 2b): hij werd vermist vanwege een noodlottige gebeurtenis met een schip aan boord waarvan hij zich bevond. De termijn van een jaar zal veelal ook gelden voor vermiste inzittenden van een vliegtuig, dat verongelukt is of voor vermisten in verband met oorlogsomstandigheden, een natuurramp of andere ramp.

CLIËNT WAS MET ZIJN ZEILBOOT

OVERGESTOKEN VAN TURKIJE NAAR

GRIEKENLAND, ZIJN BOOT WAS ONBEMAND

TERUGGEVONDEN, VAN CLIËNT GEEN SPOOR

De termijn is in het algemeen echter vijf jaren (lid 2a) te rekenen vanaf het vertrek van de vermiste of de laatste tijding van zijn leven. Deze termijn geldt dus als de dood onzeker is, omdat er geen omstandigheden zijn die de dood waarschijnlijk maken.²



BART EIJSENHUIJSEN / HOLLANDE HOOGTE

De oproeptermijn van de rechtbank is ten minste een maand. Wanneer de vermiste persoon niet verschijnt, noch iemand anders die behoorlijk van het in leven zijn van de vermiste doet blijken, verklaart de rechtbank dat er rechtsvermoeden van overlijden bestaat (art. 414 lid 1 en 2). De rechtbank heeft desgewenst de mogelijkheid om de oproeping eerst nog eenmaal te herhalen of om eerst nog getuigen te horen of bewijs te gelasten waaruit blijkt dat er sprake is van een vermiste in de zin van art. 413.

Als datum van overlijden hanteert de rechtbank de dag waarop de vermiste wordt vermoed te zijn overleden, zijnde de dag volgende op die van de laatste tijding van zijn leven, tenzij voldoende vermoedens bestaan, dat hij daarna nog enige tijd in leven was (lid 3).³

Nadat de uitspraak van de rechtbank in kracht van gewijsde is gegaan, maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand van de laatste woonplaats van de vermiste en bij gebreke daarvan de ambtenaar van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage, hiervan een akte van inschrijving in het overlijdensregister, die geldt als een akte van overlijden en dus als dwingend bewijs van overlijden (art. 417 lid 1 en 2).

VERZOEKEN TE VERKLAREN

In het geval van cliënt was de termijn van een jaar voordat er door de familie actie kon worden genomen, zeker gezien het bedrijf van cliënt, bezwaarlijk. Omdat het lichaam van cliënt niet was gevonden, doch alle

omstandigheden in aanmerking genomen zijn overlijden als zeker kon worden beschouwd, kon de zus als belanghebbende ingevolge art. 1:426 BW, zonder enige wachttijd, de rechtbank verzoeken te verklaren dat cliënt was overleden.

VAN DE NIET-TERUGGEKEERDE SKIËR DIE ALLEEN

OP PAD GING, IS DE DOOD ONZEKER

ALS HIJ SAMEN MET ANDEREN VERDWEEN,

IS ZIJN DOOD WAARSCHIJNLIJK

Afdeling 3 waarvan art. 426 deel uitmaakt, is in 1978 ingevoerd naar aanleiding van de vliegcrash die een jaar eerder met een Nederlands toestel te Tenerife (Spanje) had plaatsgevonden. Immers, bij een dergelijke ramp is de regeling van art. 413 e.v. een voor de nabestaanden onnodig kwetsende rechtsgang.

Een verzoek ingevolge art. 426 is alleen mogelijk indien wordt voldaan aan een van de voorwaarden limitatief opgesomd in lid 1 en 2. Uit de voorwaarden blijkt dat er een verband moet zijn met de Nederlandse rechtssfeer. De vermissing moet hebben plaatsgevonden in Nederland, of tijdens een reis met een Nederlands vaartuig of vliegtuig, of de vermiste moet Nederlander zijn geweest of zijn woon- of verblijfplaats in Nederland hebben gehad. Bovendien moet zijn lichaam niet zijn teruggevonden en moet zijn overlijden als zeker kunnen worden beschouwd.

In de beschikking stelt de rechtbank een dag van overlijden vast, gebaseerd op alle bewijzen en aanwijzingen omtrent de omstandigheden waaronder, of het tijdstip waarop het overlijden moet hebben plaatsgevonden. Ook voor deze procedure geldt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand van de beschikking, zodra deze in kracht van gewijsde is gegaan, een akte van inschrijving in het overlijdensregister maakt, welke geldt als akte van overlijden. Echter daartoe is uitsluitend de ambtenaar van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage bevoegd (art. 429 en 430).

De verzoeken ingevolge de art. 1:413 en 426 BW kunnen behalve door belanghebbenden ook door het Openbaar Ministerie worden gedaan,

A D V O C A A T D I R K V A N B I N S B E R G E N

MICHA KAT, JOURNALIST

NRC *Handelsblad* van 11 juli 2001: 'In het Van Starckenborghkanaal in Groningen is volgens de politie gisteren het lichaam opgedregd van de sinds augustus vorig jaar vermiste advocaat D. van Binsbergen. Bij toeval kwam tijdens baggerwerkzaamheden de groene Alfa Romeo 1300 GT Junior van de advocaat boven water met daarin zijn stoffelijk overschot. De politie gaat uit van een ongeluk'.

Ruim twee jaar daarvoor toog ik samen met Matthijs Kaaks naar Groningen om Van Binsbergen te interviewen. Na drie jaar was er een einde gekomen aan de zaak-Lancee, het meest stuitende voorbeeld van incompetentie en machtsmisbruik van de kant van het OM uit de geschiedenis van de Nederlandse rechtsstaat. Van Binsbergen had amper zes weken daarvoor de bevrijdende brief ontvangen van super-PG De Wijkerslooth aan zijn cliënt Rene Lancee waarin het OM dan uiteindelijk, na jaren van halsstarrig verzet, door de knieën ging: 'Onder deze omstandigheden moet achteraf worden vastgesteld dat u niet schuldig bent gebleken aan de jegens u gezeten verdenking en voorts dat het tegen u ingestelde onderzoek niet aan de daaraan te stellen eisen heeft voldaan. Ik heb hierin aanleiding gevonden de hoofdofficier in

Groningen te verzoeken de sepotcode in uw zaak te wijzigen van 02 (geen wettig bewijs) in 01 (ten onrechte als verdachte aangemeld).'

Onze bedoeling was uit de mond van Van Binsbergen op te tekenen wat er precies is gebeurd tussen 29 augustus 1996, toen het OM meldde dat de vervolging tegen Lancee zou worden gestaakt wegens gebrek aan bewijs, en 29 april 1999, de dag dat De Wijkerslooth de genoemde brief schrijft en een schadevergoeding aftikt van 1,2 miljoen gulden. We haalden ons verhaal binnen, maar niet op de wijze die we hadden voorzien. Want in plaats van een triomferende confrère die de machtigste wederpartij die er bestaat (de Staat) op de knieën had gekregen, troffen we een gebroken man die zijn gedachten slechts met uiterste moeite wist te structureren en afgeleid raakte bij elke langrijdende auto.

Uren en uren duurde het gesprek; steeds weer begon Van Binsbergen over auto's, zijn grote hobby, of over sigaren, zijn andere grote hobby. Maar ook uit zijn relaas bleek toen al direct dat hij een klassieke Pyrrus-overwinning had behaald: de Staat had hem in de bijna drie jaar die het duurde schade-loosstelling te verkrijgen voor zijn cliënt

dermate gesard en afgemat, dat het levenslicht bij Dirk van Binsbergen bijna was gedoofd. De druppel voor hem was dat de Staat tot twee maal toe eenzijdig een zwijgplicht voor Lancee in het contract binnenfietste, volgens welke hij 'zich diende te onthouden van iedere vorm van publiciteit over het optreden van justitie'. Slechts na een titanische krachtsinspanning verdween deze clausule en bleef het bij de afspraak 'dat hij de pers niet actief zou benaderen.'

De laatste woorden van Van Binsbergen uit het stuk van Matthijs en mij in *Elsevier*: 'De overheid heeft onrechtmatig gehandeld. Het heeft, schandalig genoeg, jaren moeten duren totdat dit erkend werd en genoegdoening werd gegeven. En dat moet het slachtoffer ook nog zijn mond houden? Geen sprake van.'

Het waren de laatste woorden die Van Binsbergen *in publicis* sprak. We hoorden nog iets over de landsadvocaat die hem wilde tuchtigen omdat hij met ons had gesproken; drie weken later verdween hij. Om pas twee jaar later weer te worden gevonden op de bodem van het Van Starckenborghkanaal in zijn Alfa.

‘OH... JUIST’

LEO VAN OSCH

Die ochtend was ik meegereden met mijn cliënt voor een comparitie. In de wachtruimte waren we de enigen. Een kwartier na het aanvangstijdstip kwam de advocaat van de wederpartij op een holletje aanlopen, bij de bode een excuus mompelend.

Hij was verbaasd dat zijn cliënt er nog niet was en ging hij de balie bellen. Kennelijk hield hij naar het bedrijf waarvan zijn cliënt directeur was want ik hoorde hem op barse toon vragen of hij onmiddellijk kon worden doorverbonden met zijn cliënt. Het antwoord snoerde hem de mond.

‘Wat?!... Oh... juist’, mompelde hij stilletjes.

Na afloop van het telefoongesprek hield hij de hoorn nog even in zijn handen, keerde het hoofd naar ons en deelde met verbouwereerde blik mee: ‘Mijn cliënt is vannacht overleden.’

We gingen naar binnen, waar mijn tegenstrever zonder blikken of blozen zijn eigen vertraging verschool achter het verscheiden van zijn cliënt: ‘Excuses edelachtbare voor het feit dat ik wat later ben maar ik hoor net dat mijn cliënt is overleden’.



bijvoorbeeld als de belanghebbenden een dergelijk verzoek emotioneel niet kunnen opbrengen, omdat zij daarmee in feite de hoop opgeven dat de vermiste nog in leven is.

DE ENIGE ZEKERHEID

Zoals bekend is de dood de enige zekerheid in het leven – alleen wannéér is iemand dood, juridisch gezien? Het antwoord op deze vraag kan pas worden beantwoord in een concrete context. Een mens kan al onderworpen zijn aan bepaalde wetten voordat hij is geboren en daaraan nog onderworpen zijn nadat hij is overleden.

Kende het Franse recht nog de *mort civile* als bijkomende straf in het commune strafrecht die tot gevolg had dat iemand zijn staatkundige en burgerlijke rechten verloor maar overigens fysiek in leven bleef, reeds in ons vorige Burgerlijk Wetboek werd de burgerlijke dood ‘uitgesloten’ en in het huidige Burgerlijk Wetboek komt de burgerlijke dood niet eens meer voor.

In het BW is wel geregeld wanneer iemand overleden is. Elke gemeente heeft een register van overlijden (art. 1:17 BW). Een in het register van overlijden op te nemen akte van overlijden wordt opgesteld door een ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 1:19f BW). Daartoe wordt aangifte gedaan door een persoon die uit eigen wetenschap kennis draagt van het overlijden, echter aangifte wordt vrijwel steeds gedaan door een vertegenwoordiger van de uitvaartonderneming op grond van art. 1:19h lid 2 BW. In sommige gevallen doet de burgemeester van de plaats waar de akte van overlijden moet worden opgemaakt aangifte van overlijden of de hulpofficier van Justitie (art. 1:19h lid 3 en 4 BW).

Als moment waarop iemand juridisch sterft kan als beste worden beschouwd het tijdstip van overlijden dat in de akte van overlijden staat vermeld. Deze akte van overlijden geldt dan ook als dwingend bewijs van (het tijdstip van) overlijden (art. 1:22 BW). Met de akte van overlijden komt dus vast te staan dat iemand is overleden op een eerder tijdstip (‘terugwerkende kracht’). Rechts is er dus geen ‘niemandslân’ tussen het tijdstip van overlijden en de aangifte ervan.⁴

MET DE AKTE VAN OVERLIJDEN KOMT MET

TERUGWERKENDE KRACHT VAST TE STAAN

WANNEER IEMAND IS OVERLEDEN

Dat het intreden van de dood ook juridische gevolgen kan hebben voordat de akte van overlijden in het overlijdensregister is opgenomen blijkt uit de Wet op de Orgaandonatie (WO). Hoewel eenieder in principe bevoegd is tot vaststelling van de dood, wordt de dood van een ziekenhuispatiënt waarvan organen gedoneerd zullen worden, vastgesteld door een arts die bij de verwijdering of implantatie van het orgaan betrokken mag zijn (art. 14 lid 1 WO).

Wanneer het gaat om een beademd (kunstmatig in leven gehouden) stoffelijk overschot, moet door een terzake kundig arts worden vastgesteld dat de patiënt hersendood is (art. 14 lid 1 en 2 WO). Of iemand hersendood is wordt bepaald aan de hand van het Hersendoodprotocol, door invulling van het formulier vaststelling hersendood. Wanneer

iemand dood is in de zin van WO, is het mogelijk om met inachtneming van de overige regels uit de WO een orgaan ter donatie uit de overledene te verwijderen. Ook nu zal uiteindelijk weer aangifte van overlijden worden gedaan ter opmaking van een akte van overlijden door een ambtenaar van de burgerlijke stand.

NA DE DOOD

Dat met de akte van overlijden het bestaan van een persoon als rechtssubject nog niet ten einde is blijkt uit het volgende. Voordat een persoon begraven of gecremeerd kan worden, moet verlof worden gevraagd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 11 Wet op de Lijkbezorging), die gewoonlijk bij aangifte wordt gevraagd. Dit verlof wordt slechts verleend wanneer er een lijkschouwing heeft plaatsgevonden door de behandelend geneeskundige of door een gemeentelijke lijkschouwer en de lijkschouwer een verklaring van overlijden heeft gegeven, waarin verklaard wordt dat de overledene een natuurlijke dood is gestorven (art. 3 jo. 7 Wet op de Lijkbezorging). Wanneer de behandelend geneesheer en gemeentelijke lijkschouwer een dergelijke verklaring niet menen te kunnen geven (bijvoorbeeld in geval van een misdrijf) moet de officier van Justitie een verklaring van geen bezwaar tegen begraving of verbranding afgeven (art. 7 jo. 10 jo. 12 Wet op de Lijkbezorging) alvorens tot begraving of crematie kan worden overgegaan.

In art. 1:2 BW is geregeld dat het kind waarvan een vrouw zwanger is als reeds geboren wordt aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan. Anders gezegd: vóór iemand ter wereld is gekomen kan hij rechten hebben.

Maar ook een variant doet zich voor. Door iemands overlijden ontstaan rechten en plichten voor zijn erfgenamen, maar ook een onderhoudsplicht – niet van erfrechtelijke aard – kan ontstaan door iemands overlijden. Een belangrijke bepaling is immers te vinden in het nieuwe erfrecht, in het bijzonder in art. 4:35 BW, dat zakelijk overeenstemt met het oude art. 1:406b BW dat bij de invoering van het nieuwe erfrecht is komen te vervallen. Door dit artikel ontstaat er door het overlijden van de verwekker of van de levensgezel van de moeder van een kind een onderhoudsplicht jegens de erfgenamen van die verwekker/levensgezel, terwijl die erfgenamen niet in een familierechtelijke relatie tot de onderhoudsgerechtigde behoeven te staan. 

1 Titel 18, afdeling 2 Boek 1 BW is geheel aan vermissing gewijd. Omdat in de praktijk in vrijwel alle gevallen een vermiste tevens *afwezig* is, zijn in art. 1:409 lid 2 ook de bepalingen van titel 18 afdeling 1 op de vermiste toepasselijk verklaard. Afdeling 3 van titel 18 behandelt onder meer de vaststelling van overlijden van vermiste personen.

2 De termijnen in art. 413 lid 2 zijn laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 21 maart 2002, *Stb.* 176, in werking getreden op 1 augustus 2002.

3 ‘Enige tijd’ kan niet langer zijn dan de tijdsruimten die art. 413 lid noemt, zie HR 5-1-1979, NJ 79, 471.

4 Aangifte van overlijden moet worden gedaan binnen de door de Wet op de Lijkbezorging gestelde termijn van begraving of crematie, dat wil zeggen tussen 36 uur en vijf dagen na het overlijden.