

Behoeven er nadere regelingen getroffen te worden betreffende de rechtspositie van de onder curatele gestelden en van hen, wier geestvermogens gestoord zijn en die niet onder curatele staan.

1. Een studie betreffende de rechtspositie van curandi en van hen die geestelijk gestoord zijn zonder dat zij onder curatele staan, valt noodzakelijkerwijze in drie delen uiteen: de rechtspositie van de curandi, die van de krankzinnigen in het gesticht en die van hen die noch onder curatele staan noch volgens de Krankzinnigenwet in een gesticht zijn opgenomen. Hierbij dient de beschouwing aan de laatste categorie gewijd vooraf te gaan, aangezien deze de grondslag vormt voor de beide andere.

2. Een paar terminologische opmerkingen mogen hierbij voorafgaan. Over de groep der niet-curandi, die niet in een gesticht zijn opgenomen, zal ik spreken met de benaming: geestelijk gestoorde. Ik zal het woord „krankzinnigen” vermijden, aangezien dit spraakverwarring kan veroorzaken. Terwijl voor de jurist het woord „krankzinnige” op een geestelijke ziekte duidt, betekent het woord voor de medicus niets anders dan: hij die in de gesloten afdeling van een gesticht van de wet van 1884 verblijft. Voor de medicus is „krankzinnige” dus psychologisch een kleurloos begrip, de medicus noemt — stel dat dit mogelijk ware — een geestelijk gezonde die in een gesticht wordt opgenomen: een krankzinnige.

3. Een tweede terminologische opmerking. De te behandelen materie brengt ons ononderbroken in contact met de leer der nulliteiten. Aan termen als „nietigheid”, „vernietigbaarheid”, „relatieve nietigheid” kent de één een andere betekenis toe dan de ander. Wel heeft het iets verrassends wanneer men in een discussie bemerkt het van de aanvang af eens te zijn geweest, maar verschillende termen te hebben gebezigd; en nog verrassender is het te bemerken dat men in eendracht onbewust langs elkaar heeft heengesproken —

want pas dan kan de discussie beginnen, beter is het nochtans te pogen deze verrassingen te vermijden. Mijn terminologie is de volgende.

Het gebied der nulliteiten valt in twee hoofddelen uiteen: nietigheid en vernietigbaarheid. Nietigheid is het normale, vernietigbaarheid de uitzondering. Vernietigbaarheid is er wanneer de wetgever iemand tegen zich zelf heeft willen beschermen: handelingsonbekwaamheid, dwang, dwaling en bedrog. Bescherming van de een tegen de ander, bescherming van de maatschappelijke orde, ontbreken van hetzij materiële, hetzij formele essentiële vereisten brengen nietigheid mede. Vernietiging wordt door de rechter uitgesproken. Voor nietigheid is geen rechterlijke tussenkomst vereist.

Zowel de nietigheid als de vernietigbaarheid kunnen naar twee zijden relatief of absoluut zijn. Er kan n.l. zijn relativiteit ten aanzien van hen die het beroep op de nulliteit kunnen doen en relativiteit ten aanzien van de werking. Schending van de goede zeden maakt een overeenkomst naar beide zijden absoluut nietig: een ieder kan het beroep op de nietigheid doen en de nietigheid werkt tegenover een ieder. Daarentegen is de met de actio Pauliana aantastbare rechtshandeling relatief nietig naar beide zijden: slechts de crediteuren kunnen het beroep doen en de nietigheid deert niet derden te goeder trouw.

De vernietigbaarheid is in haar beroep steeds relatief, want alleen de door de wet tegen zich zelf beschermde (of diens vertegenwoordiger) kan het beroep doen.

Tot zover de in het volgende door mij gebezigde terminologie op het terrein der nulliteiten.

4. Geestelijke stoornis kan van zeer voorbijgaande aard zijn: dronkenschap, verstrooidheid, hypnose. Aan deze groepen zal ik geen afzonderlijke beschouwing wijden. Veel van wat ik zal opmerken over de categorie van hen die noch curandi zijn, noch in een gesticht zijn opgenomen, is mutatis mutandis op hen die tengevolge van gemelde oorzaken geestelijk gestoord zijn van toepassing. De vragen of een dronken mens geldige rechtshandelingen kan verrichten, of er nietigheid of vernietigbaarheid is, of de dronkenschap voor de wederpartij kenbaar moet zijn geweest, of de wederpartij er zich op kan beroepen — dit alles vindt voor een belangrijk deel implicite zijn beantwoording in hetgeen hieronder sub A zijn bespreking zal vinden.

A

De geestelijk gestoorde, die niet onder curatele staan en niet in de gesloten afdeling van een gesticht van de wet van 1884 zijn opgenomen.

5. Vaak spreekt men hier van: feitelijke onbekwaamheid. Juridische onbekwaamheid vinden wij bij de curandus, de minderjarige, de getrouwde vrouw en de krankzinnige in het gesticht. Bij deze groepen veronderstelt de wet rechts-handelingsonbekwaamheid. Het enkele feit van de curatele veroorzaakt de vernietigbaarheid der handeling. Wie in verstandverbijstering handelt, is feitelijk onbekwaam. Deze feitelijke onbekwaamheid kan zich voordoen bij hen die niet onder curatele staan, noch in een gesticht zijn geplaatst, maar evenzeer bij de curandi en de in het gesticht opgenomenen. Juridisch evenmin als feitelijk sluit de juridische onbekwaamheid de feitelijke uit.

Zoals ik onder n^o. 13 zal uiteenzetten is de door de feitelijke onbekwame verrichte rechtshandeling nietig. Ik neem dus de mogelijkheid aan, dat een handeling tegelijkertijd nietig (op grond van de stoornis in de geestvermogens) en vernietigbaar (op grond van de curatele) kan zijn. In het onderhavige hoofdstuk zal ik echter uitsluitend spreken over feitelijke onbekwamen, die niet juridisch onbekwaam zijn.

6. Tot in het oneindige heeft men het, elkander napratende, herhaald: onze wetgever heeft gedacht dat alle geestelijk gestoorde onder curatele zouden staan en heeft daarom over de feitelijke onbekwaamheid gezwegen, althans bijna gezwegen. Zoals vaker blijkt bij nader onderzoek dat de wetgever niet zo dom is geweest als wij menen, dat integendeel de fout eerder ligt bij hen, die zich niet de moeite geven zelf te onderzoeken hoe de wetgever het zich heeft voorgesteld. VOORDUIN (deel III, p. 167/8) citeert de volgende passage uit een rede van NICOLAÏ: „le sort de l'homme en démente, n'intéresse en général que sa famille. La famille restera donc seule l'arbitre des mesures et des précautions à prendre à cet égard. Ainsi, lorsque ceux qui lui sont attachés par les lois de la nature et du sang, n'ont formé aucune plainte; lorsque ceux qui sont intéressés à la conservation de ses biens, se taisent, — personne n'aura le droit

de se plaindre, personne n'aura le droit de provoquer une procédure publique, qui dévoile souvent des infirmités restées secrètes, et déverse toujours une espèce d'humiliation sur une famille toute entière". Hier blijkt ten duidelijkste, dat men zich heeft gerealiseerd, dat er gevallen zouden zijn, waarin van de geestesstoornis naar buiten niets zou doordringen. Wij ontmoeten hier voorts de gedachte, dat geestesziekte een schande is — een oeroud sentiment, waarop ik nog zal terugkomen. Alleen de familie is hierbij geïnteresseerd en de familie mag er voor zorgen, dat geen vreemde op het spoor van deze pijnlijke aangelegenheid komt. Anders wordt het wanneer de curatele wordt uitgesproken (o.c. pag. 185): Le jugement doit recevoir la plus grande publicité, parce que des tiers sont intéressés à connaître la condition de celui avec lequel ils contractent.

De wetgever heeft dus wel degelijk ingezien, dat niet elke geesteszieke onder curatele zou staan. Hij ging er daarbij van uit, dat de patiënt thuis verzorgd zou worden — de familie zou hem, om dit espèce d'humiliation te voorkomen, beletten zich in de wereld te begeven en een regeling voor de gevolgen der feitelijke onbekwaamheid was derhalve niet nodig, aangezien de patiënt toch niet met derden in aanraking zou komen.

7. Mager zijn dan ook de wettelijke bepalingen, die over de feitelijke onbekwaamheid reppen. In het B. W. vinden wij de artt. 417, 502, 595 en 942. Hieraan kan men toevoegen de bepalingen, waarin gesproken wordt van „niet in staat zijn zijn wil te verklaren”, zoals art. 92.

Aan art. 502 B. W. zal ik sub n°. 17 een afzonderlijke beschouwing wijden.

Art. 595 B. W. levert weinig stof tot bespreking op. De bepaling is gebaseerd op de gedachte, dat men rechteus met de abnormale wil van een geesteszieke geen rekening kan houden. Indien hij iets tot zich trekt, berust dit niet op een door het recht erkende wil en dus ontstaat er geen bezit ten zijnen gunste.

Art. 942 B. W., dat voor een rechtsgeldig testament het bezit der verstandelijke vermogens eist, zal ik aanstippen in hoofdstuk B.

Terwijl bij de juridische onbekwaamheid de incompetentie wordt verondersteld en het tegendeel niet eens voor bewijs vatbaar is, brengt de feitelijke onbekwaamheid mede, dat

hij die er zich op beroept moet bewijzen, dat de geestesstoornis op het ogenblik van de handeling — de bezitsverkrijging, het testen — aanwezig was.

8. Bij het stilzwijgen der wet over de feitelijke onbekwaamheid met de gevolgen van dien in het algemeen, mag het geen bevreemding baren, dat alle meningen die ten dezen aanzien theoretisch denkbaar zijn ook inderdaad hun voorstanders hebben gevonden.

Bij DIEPHUIS¹ lezen wij de legistische opvatting, dat geen rechtshandeling ongeldig kan zijn wanneer niet de wet met zoveel woorden de ongeldigheid er over uitspreekt. A contrario redenerende uit de artt. 502, 595 en 942 B. W. komt DIEPHUIS tot de conclusie, dat in het algemeen geestelijke gestoordheid de rechtshandeling niet vitieert. De voornaamste argumenten tegen deze mening zijn, dat het vreemd zou zijn, indien de normaliteit van de aan de rechtshandeling ten grondslag liggende wil voor het recht irrelevant zou zijn, en ten tweede, dat zij tot het kwalijk aanvaardbare resultaat leidt, dat de rechtshandeling door de geestesgestoorde verricht gedurende diens leven onaantastbaar zou zijn, terwijl deze na het overlijden van de patiënt onder bepaalde omstandigheden — o.a. wanneer de kwaal zich in de handeling manifesteert — voor aantasting vatbaar is (art. 502 B. W.). Voorzover ik kan nagaan is er niemand meer onder de schrijvers die deze opvatting huldigt.

Het verwerpen van DIEPHUIS' zienswijze sluit allerm minst in, dat men elke door een geestesgestoorde verrichte rechtshandeling aantastbaar (hetzij nietig, hetzij vernietigbaar) zou achten. Geestesstoornissen doen zich in verschillende vormen voor, zij strekken zich uit over een gebied dat reikt van een vrijwel volledige verduistering tot aan de mens die normaal is op het idee fixe na dat hij van was is en dus beter doet niet te dicht bij de warme kachel te gaan staan.

Een rechtshandeling is de handeling waarmee men rechtsgevolgen beoogt. De rechtsgeldigheid dezer handeling berust op de rechtsgeldigheid van de aan haar ten grondslag liggende wil. Geen wil heeft voor het recht betekenis als hij zich niet op een of andere wijze uit, geen uiting heeft voor het recht betekenis als niet een wil haar schraagt. Par suite, tous les actes juridiques passés par elle (d.i. door de geeste-

¹ DIEPHUIS II, 82 e. v.

lijk gestoorde persoon) sont inexistants, parce qu'il leur manque l'élément essentiel, celui qui leur donne la vie, à savoir la volonté d'un être intelligent (PLANIOU Traité élémentaire I 2074). Onzuiver is de vaak gebezigde uitdrukking: deze personen hebben geen wil. Een wil hebben zij wel, maar zij beschikken niet over een normale wil. Het recht wenst slechts rekening te houden met een wil, die op een normaal voorstellingsvermogen berust. Een monomaan kan echter in het algemeen over een normaal voorstellingsvermogen beschikken. Alle rechtshandelingen door hem verricht, die niet door zijn monomanie zijn beïnvloed, zijn rechtsgeldig. Want hierop komt het aan: is de rechtshandeling verricht onder invloed van de stoornis? Iemand, door zijn omgeving, die leek is op psychiatrisch terrein, kort en goed „gek” genoemd, kan dus zeer goed volkomen relevante rechtshandelingen verrichten.¹

In art. 502 spreekt de wet de aantastbaarheid na de dood uit over handelingen die het bewijs van de kwaal opleveren, zoals art. 2288 van het Ontwerp 1820 sprak van de handeling die „zelve blijken van een dergelijken toestand draagt”. Men houde uiteen deze laatste eis en de eis, dat de geestesstoornis de handeling heeft beïnvloed. Een handeling waaruit de kwaal blijkt, is altijd een handeling die onder invloed van de kwaal is geschied, het omgekeerde is niet het geval. Een handeling, die op zich zelf normaal is, maar de financiële capaciteit van de contractant verre te boven gaat, is een handeling onder invloed van de kwaal tot stand gekomen, maar uit de handeling alleen blijkt, objectief, de kwaal niet.

Indien een geesteszieke onder invloed van zijn ziekte een overeenkomst sluit, die voor hem een gunstig resultaat oplevert, zal men er gewoonlijk niet in slagen het bewijs te leveren, dat de handeling onder invloed van de kwaal is verricht. De bewijsvoering moet er immers altijd op gericht zijn aan te tonen dat de handeling objectief onverstandig is geweest, althans voor hem persoonlijk onverstandig is geweest. Hierdoor bereiken wij hier een redelijke oplossing, die bij de juridisch onbekwamen helaas niet te bereiken is: de handeling is de facto onaantastbaar, indien de feitelijk onbekwame er voordeel van heeft ondervonden, althans er geen

¹ Zie ASSER-SCHOLTEN I, 8^e druk, p. 543 en ASSER-MEIJERS, 4^e druk, p. 75. Men zie echter ook hieronder n^o. 27.

nadeel door heeft geleden; daarentegen maken de artt. 1482 e. v. B. W. hierin voor de juridisch onbekwamen geen onderscheid, zij kunnen ook een voor hen gunstige handeling laten vernietigen.

9. Wie de ongeldigheid van de door een feitelijk onbekwame verrichte rechtshandeling beweert, moet bewijzen, dat het subject op het oogenblik van de handeling in zijn geestvermogens was gestoord en dat hij onder de invloed van die stoornis de handeling heeft verricht. Onvoldoende is het wanneer hij bewijst, dat hij, die de handeling heeft verricht, in die *periode* in zijn geestvermogens gekrenkt was, hij moet bewijzen dat deze toestand bestond op het *moment* van de handeling. Enige speling is hier uiteraard aanwezig. Het bewijs van de stoornis op een oogenblik kort voor en hetzelfde bewijs voor een oogenblik vlak na de handeling kan voor de rechter voldoende zijn aan te nemen, dat de stoornis ook op het oogenblik zelf der handeling aanwezig is geweest.¹

Terwijl art. 502 B. W. eist, dat men voor de aantasting van de handeling na de dood van de patiënt aantoonst dat de handeling zelve de kwaal bewijst, is voor de aantasting gedurende het leven slechts nodig dat men de invloed van de kwaal op de handeling bewijst.

10. SUYLING² bespreekt de vraag of de aan een feitelijk onbekwame gedane eenzijdige wilsverklaring rechtsgeldig is en beantwoordt haar in ontkennende zin. SCHOLTEEN merkt in zijn annotatie onder het arrest van de Hooge Raad van 21 Maart 1941, N. J. 1941, 756 op, dat de Hooge Raad blijkens deze uitspraak hierin niet met SUYLING accoord gaat. Ons hoogste rechtscollege wees in dit arrest het request civiel af van de curator van een vrouw tegen wie, toen zij nog niet onder curatele stond, maar reeds wel in haar geestvermogens was gestoord, echtscheiding bij verstek was uitgesproken. „De belangen van derden mogen niet worden geofferd aan het belang van den krankzinnige door op den enkelen grond, dat hij in het geding niet verdedigd is geweest, zoodanig tegen hem verkregen vonnis bloot te stellen aan herroeping”, zo luidt het in de uitspraak. Ik meen, dat de Hooge Raad hier niet tegen SUYLINGS mening ingaat. SUYLING spreekt uitsluitend over aan mededeling onderworpen wilsverklaringen. Hij bedoelt de wilsverklaring

¹ Zie ASSEB-MEIJERS l.c. en de daar vermelde litteratuur en rechtspraak.

² SUYLING, 1^o stuk, 1^o gedeelte, 2^e druk n^o. 85 n. 6, 88 n. 5, 267.

welker werking berust op de verneming door de geadresseerde. Wij moeten hier dus denken aan opzegging, herroeping, aanvaarding van een aanbod, kwijtschelding, afstand van een zakelijk recht en soortgelijke eenzijdige rechtshandelingen, die pas door een tot de belanghebbende gerichte uiting voor het recht betekenis verkrijgen. Ik gevoel er veel voor in deze gevallen de mededeling aan een geesteszieke als ongedaan te beschouwen. Belooft men schade doordat men niemand heeft tot wie men zijn verklaring wel kan richten, dan heeft men een vordering uit onrechtmatige daad tegen de omgeving van de patiënt die onder dergelijke omstandigheden voor zijn onder curatelestelling had behoren te zorgen. Voor die eenzijdige rechtshandelingen, waarvoor niet de mededeling aan de belanghebbende essentiële eis is, maar enige formele handeling — procederen, verwerpen ener nalatenschap, afstand der huwelijksgemeenschap — gelden deze opmerkingen uiteraard niet.

II. In het bovenstaande is sprake geweest van de vermogensrechtelijke rechtshandeling. Hoe staat het met de niet-vermogensrechtelijke rechtshandeling en met de niet-rechtshandeling? Het beknopt bestek dezer beschouwing laat niet meer dan een aanstippen van deze vragen toe.

Voor de niet-vermogensrechtelijke rechtshandeling geldt in beginsel hetzelfde als voor de vermogensrechtelijke. De op het rechtsgevolg gerichte wil is de aan de verklaring leven gevende factor. Indien de wil beïnvloed is door een abnormale geestestoestand, dan zijn ook deze rechtshandelingen ongeldig. Dit geldt dus o.a. voor het huwelijk en de erkenning van een natuurlijk kind. Bijzondere wetsbepalingen, zoals de artt. 140 e.v. B. W., kunnen hieraan een bijzonder facet verlenen (zie hieronder).

De niet-rechtshandelingen die ons hier interesseren zijn die feitelijke handelingen, die rechtsgevolgen hebben. Woonpraestatie, het vestigen van een woonplaats, zaakwaarneming, de onrechtmatige daad in haar vele variaties als verwonding (van de echtgenoot), verwaarlozing der kinderen, belediging. Hier is de wil niet gericht geweest op het rechtsgevolg der handeling, maar op de handeling zelf, men heeft de handeling beoogd, niet haar rechtsgevolgen. Er is een parallel te trekken. Terwijl bij de rechtshandeling de onder invloed van de geestesstoornis gevormde wil voor het opwekken van het beoogde gevolg onvoldoende is, is bij de

feitelijke handeling het deze handeling zelve die, onder invloed van een abnormale geestesgesteldheid verricht, onvolgende is de door de wet in het algemeen aan haar toegekende gevolgen op te wekken.

Wanpraestatie kan men de zieke niet toerekenen indien de praestatie zonder de geestelijke normaliteit van de debiteur onmogelijk is. De wanpraestatie heeft daarentegen haar gewone gevolgen indien de praestatie niets persoonlijks inhoudt.¹

Om een woonplaats te vestigen is vereist een wil, die zich in gedragingen uit. Deze wil behoort een normale wil te zijn. De geesteszieke kan zijn woonplaats derhalve niet wijzigen, ook niet door zich de facto elders te vestigen. Zo althans is de heersende leer. Wie het vereiste van de wil hier niet stelt, kent aan de geesteszieke de mogelijkheid toe zijn domicilie te wijzigen.² Overbrenging naar een krankzinnigengesticht heeft geen domiciliëwijziging ten gevolge.³

In die gevallen waarin de aansprakelijkheid voor een door een geestelijk normaal mens begane onrechtmatige daad wortelt in diens schuld in psychologische zin, is de geesteszieke voor zijn onrechtmatige daad niet aansprakelijk. Belediging door een geesteszieke wekt geen actie uit art. 1408 op, mishandeling door hem van zijn echtgenoot drukt de laatste niet het wapen van de eis tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed in de hand, verwaarlozing van de kinderen door een geesteszieke ouder wettigt geen ontzetting. SUYLING geeft als voorbeeld van een door een geesteszieke gepleegde onrechtmatige daad, waaruit wel een actie uit art. 1401 ontstaat, de door een patiënt bestuurde auto, die gedurende de rit uit elkaar springt en een voorbijganger wondt.⁴ In menig geval van door een geesteszieke gepleegde onrechtmatige daad is derhalve de gelaedeerde rechteloos tegenover de geestesziekte. Veelal is dit te herstellen door een ruime interpretatie aan het eerste lid van art. 1403 B. W. te geven. Wie hier een zelfstandige regel in ziet, kan aan de door de onrechtmatige daad van een geesteszieke gelaedeerde een actie toekennen tegen de omgeving — de familieleden

¹ SUYLING o.c., n^o. 86.

² ASSER-SCHOLFFEN o.c., p. 27 e.v.

³ H. R. 1 November 1937, N. J. 1937, 1097.

⁴ SUYLING t. a. p.

bij wie de patiënt inwoont, de verpleger, die hem onder zijn hoede heeft — in al die gevallen waarin de sanctie in een verhaal in geld bestaat. Verwonding van een vreemde door een geesteszieke geeft verhaal op de omgeving. Dit surrogaat schiet uiteraard te kort wanneer het de echtgenoot is, die op grond van verwonding echtscheiding of scheiding van tafel en bed wenst te vragen.

In de gevallen, waarin wanpraestatie aan de zieke niet kan worden toegerekend, is een aansprakelijkheid van de omgeving moeilijk denkbaar. De omgeving kan er niet voor moeten opkomen, dat de portretschilder in zijn geestvermogens is gekrenkt. Een enkele maal kan er echter ook bij wanpraestatie een actie uit onrechtmatige daad en wel uit art. 1401 B. W. tegen de omgeving van de nalatige zijn, te weten wanneer deze niet verhinderd heeft, dat de zieke een normale praestatie, die reeds een eind weegs was gevorderd, in zijn verduistering te niet doet of wel zich niet verzet heeft tegen het doen van uitgaven ten koste gelegd aan een doel-loos pogen.

Voor zaakwaarneming door een geesteszieke geldt mutatis mutandis het ten aanzien van de onrechtmatige daad opgemerkte. De gestor is hier niet aansprakelijk voor de onheilen die hij sticht, de benadeelde dominus heeft verhaal uit art. 1401 B. W. op de personen uit de omgeving van den gestor, die diens optreden hadden behoren te voorkomen.

12. Niet toerekeningsvatbaarheid heft de aansprakelijkheid op. Van dit dogma ben ik uitgegaan bij de bespreking van de gevolgen ener door een geesteszieke gepleegde onrechtmatige daad, ener door hem verrichte zaak waarneming e.d. Als mijn persoonlijke mening wil ik hieraan toevoegen, dat ik er aan twijfel of wij niet een andere kant uit moeten. Het surrogaat-verhaal op de omgeving is zelfs bij een ruime opvatting van het eerste lid van art. 1403 veelal ontoereikend. Gaan wij niet te ver — zijn wij niet reeds lang te vergegaan — met het offeren van de gezonde aan de zieke? Wordt het niet tijd ons af te vragen of we het schuldvereiste niet in ruimere mate dan wij dit tot nu toe hebben gedaan (artt. 1403, 1404, 1405 B. W. e.d.) behoren prijs te geven en de gelaedeerde verhaal moeten toekennen op de geesteszieke, die hem heeft benadeeld? (Ik zonder een geval als dat van belediging uit, omdat belediging door een geesteszieke in de ogen van geen normaal mens een ware krenking in de goede

naam vernag te zijn). Dit zou niet een stap terug zijn naar de onwetendheid van voorbije eeuwen, die de geestelijk gestoorde beschouwde als een misdadiger, het zou echter wel een stap terug zijn op de weg der on-nuchterheid, product van een verkeerd begrepen, verwekelijkend humanisme, on-nuchterheid, die ons de gezonde doet offeren aan de zieke, zoals zij heeft menen te ontdekken dat niet de moordenaar schuld heeft maar de vermoorde. Zoals het begrip misbruik van recht bij onmatige toepassing het subjectieve recht tot een lege schil kan uithollen, zo kan de reactie op eeuwen van barbaars onverstand tegenover geesteszieken te ver gaan en de gezonden met de schouders tegen de muur drukken. Ik meen dat wij inderdaad te ver zijn gegaan. Er is geen reactie die niet overdrijft.

De Belgische Code is in 1935 verrijkt met een bepaling in de door mij voorgestane richting (art. 1368*bis*), luidende „lorsqu'une personne se trouvant en état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale la rendant incapable de contrôler ses actions, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à tout ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes. Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties”.

13. Tot nu toe heb ik voor de door de geesteszieke verrichte rechtshandeling het neutrale woord „ongeldig” gebezigd. Gaan wij thans na of wij hier een nietigheid dan wel een vernietigbaarheid moeten registreren. Beide meningen vinden hun aanhangers. Voor nietigheid stemt OPZOOMER¹, SUYLING², VAN BRAKEL³, POTHIER⁴, PLANIOL⁵, COLIN ET CAPITANT⁶. Daarentegen nemen ASSEER-SCHOLTEN⁷ en LAND-STAB BUSMANN⁸ de vernietigbaarheid aan. ASSEER-SCHOLTEN bepaalt dit in het bijzonder voor overeenkomsten

¹ OPZOOMER VI, 75 e.v.

² SUYLING o.c., n°. 85.

³ VAN BRAKEL n°. 325.

⁴ POTHIER, Obligations, n°. 51.

⁵ PLANIOL, Traité élémentaire, n°. 2074.

⁶ COLIN ET CAPITANT, Cours élémentaire I, 193.

⁷ O.c., p. 542.

⁸ LAND-STAB BUSMANN p. 686, 694 n. 6.

en merkt op, dat voor andere rechtshandelingen geen algemene regel is te geven.

Ik schaar mij aan de zijde van hen, die hier een nietigheid zien. Vernietigbaarheid is naar mijn mening uitsluitend aanwezig wanneer de wetgever iemand tegen zich zelf heeft willen beschermen: de handelingsonbekwame, de gevallen van dwang, dwaling en bedrog. Het ontbreken van een essentieel vereiste voor de rechtshandeling stempelt de nulliteit tot een nietigheid. Het ontbreken van een uit normale voorstellingen ontstane wil beschouw ik als een zodanig essentieel vereiste. Hier is dus niet in de eerste plaats de bescherming van iemand tegen zich zelf door de wetgever bedoeld (voorzover wij van zulk een bedoeling mogen spreken), wij raken hier een dieper liggend beginsel. In principe kan op de vernietigbaarheid alleen de door de wet beschermde zich beroepen, de nietigheid kan in haar beroep absoluut of relatief zijn. Zoals ik hieronder zal uiteenzetten vermag de wederpartij van de geesteszieke zich hier niet op de nietigheid te beroepen.

Ten aanzien van het uitgangspunt is verschil van mening mogelijk. Gaarne geef ik toe, dat de mening, dat i.c. de nulliteit vernietigbaarheid dient te heten, zeker niet onverdedigbaar is. Er is hier nochtans bij herhaling (o. a. door ASSER-SCHOLTEN) een argument in het vuur gebracht, dat ik strikt moet afwijzen. Het is deze redenering: „indien de feitelijke onbekwaamheid nietigheid te weeg brengt, betekent het onder curatele geraken voor de patiënt een verbetering in zijn rechtshandelingsbekwaamheid, want als curandus zijn zijn rechtshandelingen niet nietig, maar vernietigbaar; dit is onlogisch, derhalve is ook de door de feitelijke onbekwame verrichte rechtshandeling vernietigbaar”. Mijn bezwaar tegen deze argumentatie is deze: waar staat, dat de door een curandus verrichte rechtshandeling niet vernietigbaar en tevens nietig kan zijn? De veronderstelde onbekwaamheid brengt vernietigbaarheid mede, discussie over de vraag of de curandus op het moment der handeling in lucido intervallo verkeerde is uitgesloten. Waarom zou het evenwel de curator niet vrijstaan te bewijzen, dat de curandus op het moment der handeling feitelijk onbekwaam was, zodat diens handeling niet alleen vernietigbaar, maar ook nietig is? Het een sluit het ander niet uit. Juridische onbekwaamheid impliceert geen feitelijke onbekwaamheid, maar

sluit deze evenmin uit. De curator heeft in zulk een geval twee pijlen op de boog. Hij kan zich op grond van de curatele om vernietiging tot de rechter wenden en behoeft dan verder niets te bewijzen, en hij kan zich op de nietigheid baseren, maar moet dan de feitelijke onbekwaamheid naar het moment der rechtshandeling (althans nagenoeg, zie boven sub 9) aantonen.

De wet biedt in art. 942 een argument voor de nietigheid van deze handelingen.

Op de nietigheid kan zich beroepen de patiënt zelf — wanneer hij geen patiënt meer is — zijn rechtverkrijgers onder algemene titel en zijn eventuele curator. Een termijn binnen welke dit beroep, wil het geldig wezen, moet zijn gedaan, houdt de wet uiteraard niet in. Rechtsverwerking treedt te dien aanzien in wanneer de patiënt na zijn genozing, in de wetenschap van hetgeen hij heeft gedaan, een redelijke termijn ongebruikt laat voorbijgaan. Voor de erfgenamen geldt hetzelfde indien hun erflater in geestesverduistering is overleden.

Een verplichting de nietigheid in te roepen is er in geen deele. Een voor de geesteszieke gunstig uitgevallen transactie zal derhalve door tijdsverloop — aangezien de nietigheid niet wordt ingeroepen — tot een rechtsgeldige worden.

Vaak vindt men als symptoom van nietigheid vermeld, dat zij — in tegenstelling tot de vernietigbaarheid — niet voor bekrachtiging vatbaar is, noch door enige rechtshandeling, noch door tijdsverloop. Dit is onjuist. Ook de wet kent nietigheid die door tijdsverloop wordt geannuleerd (art. 462 K.). In het rijk geschakeerde en godifferentieerde gebied der nulliteiten komt men met dergelijke tamelijk grove lijnen nooit uit. Deze opmerking ter zijde om te voorkomen dat men in mijn bewering der herstelbaarheid een contradictie zou zien.

14. Moge zo de hoofdregel zijn, er zijn uitzonderingen.

In de eerste plaats wil ik wijzen op die gevallen, waarin de handeling voor de patiënt noodzakelijk of nuttig is geweest. Dergelijke handelingen zijn geldig. Wie deze handelingen nietig of vernietigbaar noemt, onttrekt daarmee aan de geesteszieke in zijn eigen milieu, waar ieder zijn kwaal kent — de gek van het dorp — de mogelijkheid zich te laten scheren of de tram te nemen en aan zijn meer met aardse goederen gezegende lotgenoot de mogelijkheid een taxi te

nemen of een costuum te kopen. Van de kapper tot de kleermaker zou de wederpartij immers moeilijk te vinden zijn, aangezien een ieder bevreesd zou zijn dat later de rechtshandeling voor nietig zou worden uitgekreten en de ontvangen praestatie zou moeten worden gerestitueerd.¹ Aanvaarding van de nietigheid ook in deze gevallen zou de zieke in een ongunstige positie brengen.

In de tweede plaats denk ik aan die gevallen, waarin de wet een andere regeling inhoudt. Naar men algemeen aanneemt is het huwelijk door een geesteszieke aangegaan niet nietig, maar vernietigbaar. Hier leren wij de eenheid der tegendelen kennen. In het algemeen is het de schending van de openbare orde, de verdediging van de een tegen de ander (wat een onderdeel van de bescherming der openbare orde uitmaakt), schending van formaliteiten en het ontbreken van essentiële vereisten die nietigheid met zich brengen. Een rechtsinstelling kan echter van zó eminent belang voor de samenleving zijn, dat de wetgever het nimmer zonder rechterlijke tussenkomst aan de bewering van nulliteit heeft willen prijs geven. Aldus de heersende leer², waarbij ik mij aansluit. De artt. 140 en 142 B. W. laten trouwens bezwaarlijk een afwijkende opvatting toe. Voor andere rechtshandelingen dan het huwelijk is een soortgelijke derogatie aan het hoofdbeginsel, dat de door feitelijk onbekwamen verrichte rechtshandelingen nietig zijn, mogelijk.

15. Ondervindt hij, die met de feitelijk onbekwame heeft gecontracteerd en die, leek op het gebied der psychiatrie, niet heeft geweten, noch had behoren te weten, dat zijn wederpartij niet over haar verstandelijke vermogens beschikte, bescherming tegen de nietigheid of treft deze nietigheid zowel hem die te goeder trouw als hem die te kwader trouw was?

CAPITANT³ maakt de opmerking, dat de vraag voor de praktijk van het rechtsleven van tamelijk gering belang is. aangezien degeen die in feitelijke onbekwaamheid heeft gehandeld moet bewijzen, dat hij op het ogenblik van de handeling niet over zijn verstandelijke vermogens beschikte.

¹ Zie mijn Personenrecht p. 471 en mijn Korte uitleg 3^e druk, p. 111.

² O.a. DIEPHUIS IV, 123, ASSER-SCHOLTEN o.c., p. 88, 93, STYLING o.c., n^o. 85.

³ CAPITANT, Introduction p. 280.

Gewoonlijk, zo merkt CAPITANT op, zal hij hierin slechts slagen wanneer hij er op kan wijzen dat de geestelijke gestoordheid uit de handeling zelve reeds blijkt. In dat geval nu is de wederpartij op de hoogte van de stoornis geweest, had deze althans als normaal mens moeten kennen.

Het belang van de vraag wordt hier tot te geringe proporties teruggebracht. Er is immers een marge van gevallen waarin de kwaal niet uit de enkele handeling, zoals deze naar buiten is getreden, blijkt maar waarin toch voor wie de omstandigheden kent de kwaal uit de handeling bewezen is: een verzorgd gekleed maar niet gefortuneerd man koopt een wagen voor twintig duizend gulden. In zo een geval kan de wederpartij onkundig zijn van de kwaal. Het zijn die gevallen, waarin de handeling onder invloed van de kwaal is tot stand gekomen zonder dat de handeling zelve objectief onwils was. Voorts is de vraag principieel van aanmerkelijk belang.

De meningen zijn verdeeld. Mijn opvatting is, dat de derde, die als gewoon mens niet wist noch behoorde te weten dat zijn wederpartij feitelijk onbekwaam was, niet door de nietigheid wordt getroffen.

Art. 501 B. W. eist voor de vernietigbaarheid van de vóór de wegens krankzinnigheid uitgesproken curatele verrichte rechtshandeling, dat het gemis aan verstandelijke vermogens „blijkbaar” is geweest, hetgeen volgens de gewone interpretatie wil zeggen: voor een normaal mens kenbaar. Art. 486 lid 2 B. W. beschermt de onkundige zelfs tegen handelingsonbekwaamheid, door aan de intrekking van de handlichting tegen derden te goeder trouw pas werking toe te kennen van de publicatie dier intrekking af.

Voorts is er het argument uit de curatele. De curatele moet gepubliceerd worden. Dit voorschrift is gegeven ter bescherming van derden. De facto mag daar heden ten dage niet veel van terecht komen aangezien niemand de Staatscourant leest en het nieuwsblad der provincie weinig uitkomst biedt wanneer de onder curatele stelling van iemand die te Amsterdam woonachtig is in de Heldersche Nieuwsbode wordt medegedeeld -- maar de bedoeling van de wetgever spreekt er nochtans duidelijk uit. Onbillijk is het de derde te goeder trouw dupe te laten worden van de onbekwaamheid zijner wederpartij. Weliswaar werkt de curatele

niettegenstaande overtreding van het publicatiegebod, maar dit moest de wetgever wel op deze wijze regelen omdat anders de curandus juridisch handelingsbekwaam zou blijven zolang hij, die tot publicatie verplicht was, dit gebod — opzettelijk — niet naleefde. Aan het principe van de bescherming van derden door publicatie doet de regel van art. 500 lid 1 B. W. niets af.

Artikelen als 1759 en 1855 B. W. beschermen de derde te goeder trouw tegen een wederpartij wier handelingsonbekwaamheid hij niet heeft gelend noch had behoren te kennen.

Art. 2288 van het Ontwerp 1820 stelde met zoveel woorden de eis, dat de wederpartij, wilde zij door de nulliteit geraakt worden, de onbekwaamheid had gekend: „inschulder moet hebben geweten”.

Terwijl wij bij de juridische onbekwaamheid te doen hebben met gevallen, waar in de wederpartij altijd de mogelijkheid heeft zich van de (on)bekwaamheid op de hoogte te stellen — zij het dan dat deze mogelijkheid veelal een puur theoretische is, want welke winkelier is in werkelijkheid in de gelegenheid van de klant die binnenstapt na te gaan of hij onder curatele staat of wel of zij, als het een vrouwelijke klant betreft, gehuwd is — ligt in de dwaling een geval dat nader aan het onze verwant is, aangezien ook daar geen mogelijkheid van publicatie aanwezig is en de derde dus slechts steun kan vinden in zijn eigen oordeel van normaal mens. Welnu, algemeen stelt men voor het slagen van de eis uit dwaling de conditie, dat de wederpartij geweten moet hebben of geweten heeft waar het de ander om te doen is geweest, m.a.w. waar de wil van de ander op gericht is geweest. Congruent hiermede is bij oneigenlijke dwaling de eis, dat de wederpartij geweten moet hebben of geweten heeft, dat des anders wil op niets gericht is geweest, aangezien er geen normale wil was. Waarom zou dit bij de oneigenlijke dwaling anders zijn dan bij de eigenlijke dwaling? Waarom zou men de derde in een ongunstiger positie plaatsen wanneer er bij zijn wederpartij geen normale wil aanwezig is geweest, dan wanneer er wel een zodanige wil aanwezig is geweest, maar deze tengevolge van een foute voorstelling, die niet op het terrein van het abnormale ligt, uit de koers is gedreven? Waarom moet de derde er gunstiger aan toe zijn wanneer zijn wederpartij onder uit een gezond brein voortspruitende waanvoorstellingen handelt dan onder uit een ziek brein voortspruitende waanvoorstellingen?

Uiteindelijk vindt de vraag haar beantwoording in de kwestie: wilstheorie of vertrouwenstheorie. De wilsleer — die uitgaat van een normale wil — ziet in de wil het beslissend element en kent aan twee in elkaar sluitende uitingen niet de kracht toe een overeenkomst te scheppen wanneer de achter deze uitingen liggende willen niet in elkaar sluiten. De vertrouwensleer daarentegen plaatst de verklaringen — voor zover deze door een normaal mens als ernstig bedoeld aanvaard konden worden — op de voorgrond. Deze leer beschermt in het algemeen de derde tegen onkenbare discrepanties tussen wil en uiting bij de wederpartij. Daarom ook is de dwaling irrelevant wanneer men niet heeft geweten of heeft kunnen weten waarop de wil gericht is geweest. Het is een onderdeel van het grote leerstuk van het opgewekt vertrouwen. In het ene geval wekt men vertrouwen op door een uiting die normaal aan doet, terwijl de wil tengevolge van normale waanvoorstellingen is afgeleden, in het andere geval wekt men vertrouwen op door een uiting die normaal aandoet, terwijl de wil tengevolge van abnormale waanvoorstellingen is afgeleden. Er is geen aanleiding voor de beide gevallen op verschillende wijzen te beslissen. Wie het beginsel der Veranlassung toepast bij de dwaling en niet bij de oneigenlijke dwaling, trekt naar mijn mening een willekeurige grens.¹

Het bezwaar voor de praktijk gelegen in de tegenovergestelde opvatting is duidelijk. De derde te goeder trouw, leek op psychiatrisch terrein, wordt getroffen door een beroep op nietigheid van de door hem gesloten overeenkomst, aan welke, naar zijn beste weten, geen worm kon knagen. Het betekent wederom het offeren van de gezonde aan de zieke.

Het argument voor deze opvatting is eenvoudig: de wet verleent hier nergens met zoveel woorden bescherming aan de derde. Ik merk op, dat dit bezwaarlijk te verlangen is, nu de wet het ganse terrein onbesproken heeft gelaten.

OPZOOMER kent de te goeder trouw zijnde wederpartij geen bescherming toe.² SUYLING evenmin.³ VAN BRAKEL schaart zich aan hun zijde, aangezien het uitgangspunt van de wetgever bescherming van de onbekwame geweest zou

¹ HOETINK, W. P. N. R. 3685 e.v.

² OPZOOMER VI 75 e.v.

³ SUYLING o.c., n^o. 85 n. 3.

zijn. Bij curatele, en eveneens wat de getrouwde vrouw betreft, acht ik het een hoogst ongewenste toestand, dat de derde is overgeleverd aan de gevolgen van de juridische onbekwaamheid, terwijl hij praktisch in de onmogelijkheid verkeert zich hiervan te vergewissen. Uithreiding van deze ongewenste regeling over een neventerrein kan mij niet behagen.

DIEPHUIS zou, wanneer de vraag in zijn systeem te pas had kunnen komen, naar alle waarschijnlijkheid de derde te goeder trouw hebben beschermd, getuige zijn opmerkingen naar aanleiding van art. 501 B. W.¹

Onder de publicaties uit vroeger jaren vind ik medestanders in FOCKEMA ANDREAE² en SMT³, onder die uit de laatste jaren vind ik medestanders in VAN ZANTEN⁴ en in VAN MOURIK⁵. Eerstgenoemde put een argument uit de boven reeds vermelde redevoering van NICOLAI. Uit deze zou volgens VAN ZANTEN blijken, dat art. 501 B. W. bedoeld is voor alle gebrek aan verstandelijke vermogens, ook zonder dat daar een onder curatelestelling op volgt. Tegen de kwaan van de wederpartij wordt de derde beschermd door de eis van de blijkbaarheid in dat artikel gesteld. Hoe gaarne ik argumenten voor mijn mening verzamel, uit VOORDUIN kan ik deze interpretatie van art. 501 B. W. niet lezen.

Wie met mij de wederpartij, die niet wist noch behoorde te weten dat er feitelijke onbekwaamheid was, dat er dus was een onder invloed van abnormale waanvoorstellingen gevormde wil, beschermt, kan de patiënt door art. 1401 B. W. de helpende hand reiken. Inderdaad behoort op hen, die de zorg voor de zieke dragen, dit zijn gewoonlijk de huisgenoten, het nadeel van een en ander neer te komen. Zij immers hadden er voor behoren te zorgen, dat hij een dergelijke transactie niet kon aangaan. Staan zij daar machteloos tegenover, dan is het hun plicht andere maatregelen te nemen.

Ook de curandus — bij monde van zijn curator — kan zich op de feitelijke onbekwaamheid beroepen. De hier besproken vraag zal zich echter onder die omstandigheden

¹ DIEPHUIS o.c., II, p. 86 e.v.

² Nieuwe Bijdragen 1875, 292.

³ De zoogenaamde stilzwijgende wilsverklaringen, Diss. Groningen 1890.

⁴ W. 12123.

⁵ W. P. N. R. 3455.

nimmer voordoen, omdat de curator dan ter vermijding van moeilijkheden een beroep zal doen dat failloos slaagt: op de curatele.

Wie met SUYLING en anderen de te goeder trouw zijnde wederpartij tot dupe van de onkenbare feitelijke onbekwaamheid maakt, behoort aan die derde een vordering wegens onrechtmatig nalaten tegen de omgeving van de patiënt toe te kennen. Want niet alleen hebben zij, die een geesteszieke in huis hebben, een plicht tegenover de zieke op zich genomen, zij hebben daarmede ook een plicht tegenover de maatschappij op zich genomen. Bescherming van de zieke tegen zich zelf en tegen onbehoorlijke derden, bescherming van de maatschappij tegen de zieke is hun taak. Wie deze taak van zich wil wijzen, behoort de patiënt uit huis te brengen in een gesticht of particuliere verpleging. Het stellen van hun huisgenoot onder curatele is naar mijn mening onvoldoende. Want ook wie een curandus in huis heeft, is aansprakelijk tegenover derden voor de schade die deze belopen door te handelen met iemand wiens curatele zij de facto niet kenden, noch konden kennen. Hierover hieronder nader.

De geestesstoornis moet, zoals boven is opgemerkt, beezen worden naar het oogenblik van de handeling. Ik heb daarbij opgemerkt, dat er enige speling in aanwezig is en dat het bewijs van de aanwezigheid van de kwaal kort voor en onmiddellijk na de handeling voldoende kan zijn om, in verband met de verklaring van een medicus, te concluderen tot de aanwezigheid van de kwaal ook op het oogenblik der handeling. Slechts VAN MOURIK t.a.p. acht het bewijs van de stoornis in het tijdvak waarin de handeling plaats greep voldoende. De goede trouw van de wederpartij wordt verondersteld. Zijn kwade trouw kan men o.a. bewijzen door aan te tonen, dat hij geen loek op psychiatrisch terrein was, dat hij de patiënt van nabij kende, dat men hem had ingelicht of dat uit de handeling zelve voor een normaal mens de kwaal kenbaar moest zijn. Ik zie geen aanleiding de bewijslast hier om te keren en uit te gaan van kwade trouw bij de wederpartij.

Veelal zal de onbekwame zo lang hij niet genezen is zelf niet in staat zijn zich op de nietigheid te beroepen. Kan een derde dit voor hem doen? Wie met de zaak juridisch niets te maken heeft, kan zich bezwaarlijk daartoe opwerpen. De noodzaak de nietigheid in te roepen kan dus leiden tot onder curatelestelling.

Evenmin als de feitelijk onbekwame verplicht is gebruik te maken van de hem door de wet verleende bescherming — hij kan derhalve het beroep op nietigheid achterwege laten — evenmin is de tegenpartij te goeder trouw verplicht van de bescherming die hij geniet gebruik te maken.

16. Komt aan de wederpartij beroep op de nietigheid toe? VAN GOUDOEVER¹ merkt op, dat het irrationeel is aan de derde dit beroep toe te kennen, maar dat de traditie de vraag bevestigend beantwoordt.

OPZOOMER, deze nulliteit beschouwende als een nietigheid, kende — naar de denkwijze van zijn tijd kan men zeggen: noodzakelijkerwijze — ook aan de wederpartij het beroep toe. SUYLING t.a.p. kent eveneens aan de wederpartij het beroep toe, VAN BRAKEL² sluit zich hierbij aan, aangezien de wet geen bijzondere regeling kent. ASSER-SCHOLTEN³ ontzegt de wederpartij de mogelijkheid zich op deze nulliteit te beroepen, LAND-STAB BUSMANN⁴ is dezelfde mening toegedaan.

In het algemeen opteren zij, die in deze nulliteit een nietigheid zien, voor toekenning van het beroep aan de wederpartij, zij, die hierin een vernietigbaarheid zien, voor ontzegging. Noodzakelijke consequenties liggen hierin echter niet. Sinds VAN HAMEL⁵ weten wij, dat het terrein der nulliteiten eindeloos gevarieerd is, dat wij geval tot geval onder de loupe behoren te nemen, aangezien — ongeacht of wij een nulliteit als een nietigheid dan wel als een vernietigbaarheid beschouwen — voorop dient te staan de gedachte, dat een nulliteit nimmer een verdere strekking mag worden toegekend dan haar ratio medebrengt. Wij moeten ons telkens opnieuw afvragen: wat heeft hier de wetgever bewogen tot het uitspreken van een nulliteit? — en in overeenstemming daarmee dienen wij de draagwijdte van de nulliteit vast te stellen. Moge voor de generatie van OPZOOMER het enkele uitspreken van het woord „nietigheid” nog de decisie hebben gebracht van een absolute betekenis naar beide zijden, voor ons laat het begrip nietigheid de mogelijkheid open zowel ten aanzien van de vraag wie het beroep kan doen als ten

¹ ASSER-VAN GOUDOEVER p. 312.

² VAN BRAKEL o.c., n^o. 325.

³ ASSER-SCHOLTEN o.c., p. 541.

⁴ LAND-STAB BUSMANN o.c., p. 694 n. 6.

⁵ VAN HAMEL, De leer der nulliteiten.

aanzien van de vraag tegen wie deze nietigheid werkt te relativieren. Niet zeldzaam zijn de gevallen, waarin ons recht een nietigheid kent waarop slechts één persoon of een bepaalde groep van personen een beroep kan doen. Hier acht ik een zodanig geval aanwezig.

Het element van bescherming van de onbekwame tegen zich zelf dat in deze nulliteit schuilt, wijst reeds in deze richting. Zowel bij curatele als bij dwaling vindt men de bescherming van iemand tegen zich zelf gegeven in de vorm van een nulliteit waarop alleen de tegen zich zelf beschermde zich kan beroepen. Waarom zou dit bij de feitelijk onbekwame anders zijn? Alle drie deze categoriën handelen onder de invloed van valse voorstellingen¹. Er ligt in deze nietigheid echter een ander element, dat mijns inziens praevaleert: een essentieel bestanddeel voor de rechtsgeldigheid ener rechtshandeling ontbreekt: de wil van een normaal mens. Dit andere element voert nochtans voor het nemen van de beslissing in de onderhavige vraag niet in een andere richting. Redelijkheid en zedelijkheid pleiten voor ontzegging van het beroep aan de wederpartij. Wat toch is het geval? De wederpartij heeft de feitelijke onbekwaamheid gekend of zij heeft deze niet gekend. In het eerste geval (zij heeft geweten of kunnen weten) is het immoreel haar een beroep op de nietigheid toe te kennen. Wie bewust met een in zijn geestvermogens gekrenkte handelt, behoort zich niet met een beroep op die gestoordheid aan de gevolgen van zijn handeling te kunnen onttrekken. In het tweede geval (de wederpartij wist niet, noch behoefde zij te begrijpen) heeft de feitelijk onbekwame van zijn kant geen beroep op de nietigheid, zodat de wederpartij, indien de gevolgen van de overeenkomst voor haar gunstig zijn, het voordeel kan behouden. Waarom zou dan aan de wederpartij, die toen zij handelde te goeder trouw was, maar die daarna heeft gemerkt met een onbekwame te hebben gehandeld, een beroep op de nietigheid open staan wanneer de transactie ongunstig voor haar is uitgepakt?

Ik meen, dat bescherming van de wederpartij die te goeder trouw was de consequentie medebrengt, dat aan de wederpartij nimmer beroep op de nietigheid toekomt, want anders verkeert de nietigheid hier tot een wapen tegen de feitelijk

¹ Zie LAND-STAR BUSMANN p. 694 n. 6.

onbekwame, hetgeen zeer zeker niet de bedoeling van de wet kan zijn. Het resultaat zou dan immers zijn, dat de overeenkomsten door een feitelijk onbekwame gesloten met een wederpartij te goeder trouw intact zouden blijven als de onbekwame zich in de vingers had gesneden, maar nietig zouden blijken te zijn indien hij zijn wederpartij te slim was af geweest — zij het dan dat de slimheid hier in het onbewuste heeft gelegen.

17. In art. 502 B. W. geeft de wet een bijzondere regeling voor de aantasting van rechtshandelingen op grond van feitelijke onbekwaamheid na het overlijden van de zieke. De wet beperkt hier de mogelijkheid der aantasting tot drie gevallen:

- a. het betreft het testament van de overledene;
- b. de curatele van de overledene was verzocht of verleend (kennelijk is bij de woorden „curatee was verzocht” uitsluitend gedacht aan een door overlijden van de geesteszieke afgebroken procedure);
- c. de kwaal blijkt uit de handeling.

De motiveringen dezer beperking lopen uiteen. De een ziet er kiesheidsoverwegingen aan ten grondslag liggen, een ander denkt aan de bewijsmoeilijkheden nu de voornaamste getuige is komen te ontbreken, een derde zoekt de grond in vrees voor erfenamen die met een bewering van de abnormaliteit van hun erflater rechtshandelingen, door hem verricht, die hun niet aanstaan, zouden trachten te effaceren.

De uitzondering sub *a* is begrijpelijk. Een testament treedt pas in de openbaarheid na het overlijden van de testateur. Voor dien kan men er geen voorwerp van discussie van maken.

De uitzondering sub *b* is begrijpelijk. Elk der drie genoemde motieven schiet te kort wanneer de curatele reeds was uitgesproken. Een andere vraag is of men dan veel aan de bepaling heeft, aangezien men dan nu de gemakkelijker weg van de vernietiging op grond van de curatele kan kiezen. Wanneer de curatele slechts verzocht was, klemmt het minder. Het komt immers voor, dat zonder andere grond dan die van eigen belang de curatele van een verwant wordt aangevraagd. Ware hij blijven leven, dan zou de rechter de curatele niet hebben uitgesproken. Gelukkig behoort dit tot de zeldzaamheden en is het enkele feit van de aanvraag doorgaans wel

degelijk een indice dat er aan de verstandelijke vermogens iets hapert.

In alle andere gevallen is het nodig, dat de kwaal uit de handeling blijkt. Wie de mening is toegedaan, dat onder levenden het bewijs van de invloed der abnormaliteit op de handeling zelden gelukt als men er niet in slaagt de kwaal uit de handeling te bewijzen, ziet tussen de aantastingsmogelijkheid bij leven en na dode weinig verschil.

Bij de uitwerking der onderhavige bepaling doen zich vragen voor die naar aanleiding van de aantasting van de handeling op grond van feitelijke onbekwaamheid gedurende het leven in het voorgaande naar voren zijn gebracht. Als zodanig noem ik o.a.: art. 502 B. W. geldt ook voor wie in dronkenschap of onder hypnose heeft gehandeld, er is nietigheid, er is bescherming van de wederpartij te goeder trouw, alleen de erfgenamen en andere verkrijgers onder algemene titel mogen het beroep doen, niet de wederpartij, de bepaling geldt niet alleen voor door de onbekwame verrichte handelingen, maar ook voor mededelingen aan hem gedaan (in dit geval komt uitsluitend het sub *b* bedoelde in aanmerking), ook hier houdt de noodzakelijkheid of nuttigheid voor de onbekwame de handeling intact.

18. Uit het bovenstaande moge duidelijk zijn, dat een wettelijke regeling dezer materie gewenst is. Er zijn aanzienlijk meer feitelijk onbekwamen die niet, dan die wel onder curatele staan. De wetgever geve een algemene regeling voor de gevolgen van door een feitelijk onbekwame verrichte rechtshandelingen en van de door hem verrichte feitelijke handelingen die rechtsgevolgen hebben, alsmede van de gevolgen van tot hem gerichte verklaringen. De wetgever kan zijn keuze bepalen tussen nietigheid en vernietigbaarheid. Hij kan beslissen of de wederpartij zich op de nulliteit kan beroepen en of de wederpartij te goeder trouw beschermd wordt. In die gevallen waarin de wederpartij te goeder trouw bescherming ondervindt, dient een aanspraak geregeld te worden van de onbekwame tegen zijn omgeving. Valt de keuze uit ten nadele van de wederpartij te goeder trouw, dan regele men een aanspraak van de wederpartij tegen de omgeving van de onbekwame. Nuttig is een onaanastbaarverklaring van alle rechtshandelingen die voor de onbekwame noodzakelijk of nuttig zijn geweest.

B.

De geestelijk gestoorden die onder curatele staan.

19. Geen handleiding over het Personenrecht, die niet bij de bespreking van de curatele ten aanzien van de wettelijke regeling talrijke desiderata noemt. De mij toegemeten plaatsruimte laat niet toe op al deze onderdelen in te gaan. Slechts een viertal principiële punten zal ik aan een enigszins nadere beschouwing onderwerpen. Van de andere kan ik slechts de belangrijkste opsommen. Als zodanig memoreer ik het volgende.

De waarborgen in de procedure voor de persoon wiens onder curatelestelling door een ander is aangevraagd zijn voor verbetering vatbaar. Wat o. a. ontbreekt, is de eis van een medisch advies.

Men kan de vraag opwerpen of niet curatele op eigen verzoek mogelijk moest zijn voor personen, die aan een lichamelijke gebrek lijden. Het W.N.H. kende curatele op eigen verzoek wegens o.a. blindheid en ouderdom.

De positie van de curandus tussen de uitspraak der curatele en de benoeming van de curatoren is niet geregeld. Indien er een provisioneel bewindvoeder is benoemd, blijft nochtans de curandus in deze periode handelingsbekwaam (H. R. 12 December 1879, W. 4454; Hof den Bosch 28 Februari 1922, N. J. 1923, 441).

De provisionele bewindvoeder staat niet onder toezicht. Niemand kan pressie op hem uitoefenen de benoeming van curatoren uit te lokken¹. Zijn positie is onvoldoende geregeld.

Er is strijd over of art. 942 B. W. ten aanzien van de testeerbevoegdheid de regelen der curatele ter zijde schuift.

Onzekerheid heerst wat betreft de gevolgen die de onder curatelestelling van een getrouwd man heeft met betrekking tot het beheers- en beschikkingrecht over de gemeenschap en over het persoonlijk vermogen van de vrouw.

De bekwaamheid van de wegens zwakzinnigheid onder curatele gestelde wat betreft de familierechtelijke handelingen levert stof voor discussie op.

De wet houdt niet duidelijk in, dat de curatele wegens

¹ Zie DIRKZWAGER N. J. B. 1938, 236.

verkwisting en drankmisbruik alleen ten aanzien van vermogensrechtelijke handelingen onbekwaam maakt.

Is het niet gewenst een bepaling op te nemen, die de door een curandus verrichte eenzijdige rechtshandelingen voor nietig verklaart? Een nietigheid, waarop ook hij, tegen wie de eenzijdige rechtshandeling gericht is, zich kan beroepen. Men vergelijkte H. R. 21 Mei 1943, N. J. 1943, 472.

Is het niet gewenst ook de eenzijdige, aan mededeling onderworpen, rechtshandelingen door een derde jegens de curandus verricht (opzegging van huur e.d.) vernietigbaar te verklaren?

De kwestie in hoeverre de curandus of de curator in procedures op familierechtelijk terrein (in het bijzonder echtscheiding en scheiding van tafel en bed) als eiser of gedaagde kunnen optreden, vraagt wettelijke beantwoording. Men neemt gewoonlijk aan, dat de curandus onbekwaam is als eiser op te treden, de curator onbevoegd (H. R. 8 Maart 1929, N. J. 1929, 589; men vergelijkte hieronder het ontwerp voor een nieuwe Krankzinnigenwet). De curator kan volgens de H. R. wel voor de curandus als gedaagde in een echtscheidingsprocedure optreden (14 November 1935, N. J. 1936, 22) en gaat daarbij niet onder alle omstandigheden zijn bevoegdheid te boven door verstek te laten gaan (H. R. 15 Maart 1946, N. J. 1946, 187). Bevredegend is dit alles niet.

20. Het eerste der vier onderwerpen, dat ik iets nader wil aanstippen, is dat betreffende het beheer van het vermogen der curandi. Reeds in 1880 en daarna in 1934 is deze aangelegenheid in voor de Nederlandse Juristenvereniging uitgebrachte praeadviezen behandeld, de laatste maal door Mr. G. J. H. KUYK en Mr. T. DE JONG. Bovendien heeft VAN OVEN¹ er een belangrijk artikel aan gewijd. Onder de andere beschouwingen over dit onderwerp noem ik die van Mr. A. DIRKZWAGER², W. B. BRUYNS³ en Mr. M. KNAP⁴.

Het onderwerp is derhalve in de laatste jaren te zeer van alle zijden belicht, dan dat een beschouwing te dezer plaatse, die ook maar enigermate op uitvoerigheid zou kunnen bogen, in de lijn der dingen zou liggen. Slechts deze opmerking wil

¹ Het voogdijbeheer in het Ontwerp Kinderrecht, W. P. N. R. 3559/61.

² N. J. B. 1937, 574.

³ W. P. N. R. 3545.

⁴ W. P. N. R. 4034.

ik maken, dat het instituut van een Beheersraad voor het vermogen van handelingsonbekwamen naar mijn mening in een behoefte zou voorzien. Ik zou deze niet wenschen als een lichaam dat uitsluitend contrôle uitoefent op het beheer door natuurlijke personen gevoerd, maar zou hem de bevoegdheid willen zien toegekend zelf beheer te voeren. De rechter is nimmer verplicht dit lichaam het beheer op te dragen, maar is daartoe bevoegd en zal van deze bevoegdheid gebruik maken indien er naar zijn oordeel in de omgeving van de onbekwame geen natuurlijk persoon is, die geschikt is een vermogen te beheren. Daarnevens kan de Beheersraad een controlerende taak krijgen.

21. Wie zich met het familierecht bezig houdt, kan zich niet onttrekken aan de vraag naar de wenselijkheid van een speciale rechter in familiezaken. Ons recht kent deze verschijning reeds in beperkter vorm: de kinderrechter.

Specialisatie en differentiatie zijn kenmerken van onze tijd, zoals zij onherroepelijk steeds kenmerken zijn van een ingewikkelde samenleving, dit is dus van een samenleving die reeds lang bestaat. Men kan dergelijke gevolgen van een gecompliceerde maatschappij betreuren, een weg terug is er niet. Men kan zich voorstellen dat er na de kinderrechter en de politierechter nog menige andere gespecialiseerde rechter zal komen en men kan zich het einde indenken als een cauchemar. Hoewel ik in het algemeen de bezwaren aan een verder doorwoekerende specialisatie en differentiatie verbonden groter acht dan de voordelen die zij medebrengen, meen ik, dat een speciale rechter in familieaangelegenheden der samenleving van nut zou zijn. Uitermate moeilijk is het zich een juist oordeel te vormen over de behoeften die in een bepaald gezin of in een bepaalde familie bestaan. Indien het moeilijk is als geïnteresseerde in een financiële kwestie een objectief oordeel uit te spreken, hoeveel moeilijker is dit niet hier, waar partijen nolens volens met affecten zijn beladen. Verknochtheid en haat zijn nergens zo fanatiek aanwezig als hier, hetgeen betekent, dat de familieleden eenslechte kans maken enige objectiviteit in hun oordeel over elkaar te kunnen ophrengen. Voor de rechter is het dus moeilijk gegevens voor een zuiver oordeel te verkrijgen. Een speciale rechter, die aandacht voor dit soort aangelegenheden heeft en die zich aan deze materie kan wijden, kan na enige tijd op één plaats te hebben doorgebracht zich een juistere kijk

op allerlei gezinnen verwerven dan naar het tegenwoordig bestel mogelijk is. En als ergens de mens met een goede rechtspraak gediend is, is het op het terrein van het familierecht, want mogen financiële offers soms zwaar vallen, de uitspraken, die de rechter op het terrein van het familierecht geeft, beslissen niet zelden over belangen, die aanmerkelijk dieper ingrijpen, zij bepalen niet zelden iemands leven, zij verhogen of verminderen voor een jong mens zijn kansen op een geslaagd bestaan, zij hebben de macht de volwasene mens in het spoor te houden, in het spoor te brengen of hem te doen derailleren. Een ter plaatse kundig rechter, bekend met wat in de families woelt en werkt, kan hier veel goed doen.

Zijn taak zou veelomvattend zijn. Procedures over echtscheiding, scheiding van tafel en bed, onder curatelestelling, alimentatie, staatsprocedures, de plaatsing in gestichten, de benoeming van voogden en curatoren, dit alles en nog meer zou zich voor hem afspelen. Hiertoe zou hij in verbinding staan met de voogdijraad, de gezinsvoogd, de eventuele beheersraad, de toezichthouder op de geestelijk gestoorden (zie onder n^o. 33) en andere instanties op dit terrein.

22. Curatele behoort te worden gepubliceerd. Vindt geen publicatie plaats, dan werkt zij toch, ook tegen derden te goeder trouw (artt. 498/500 B. W.). Aangezien de curandus bescherming behoeft en hij zelf niet voor de publicatie kan zorgen noch heeft te zorgen, heeft de wetgever gemeend zelfs de derde, die op geen enkele wijze heeft kunnen weten met een handelingsonbekwame te doen te hebben, aan de curandus te moeten offeren. Typerend voor het mededogen met de onvolwaardige ten koste van de volwaardige.

De publicatie is ten enen male ontoereikend. Het is niet meer dan een fictie, dat hierdoor een ieder zou kunnen weten wie onder curatele staat. De publicatiemethode zou verbeterd kunnen worden, afdoende zal dit nooit zijn. Wij becommenten ons daar tamelijk weinig om. De bescherming ten gunste der handelingsonbekwamen is ons een axioma. Zelfs ten gunste van de getrouwde vrouw, die zich als ongetrouwde voordoet, offert men de belangen van de derde te goeder trouw. En dat een enkele zwaluw geen lente maakt, bewees de H. R. (1 Maart 1935, N. J. 1935, 833) door een vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 4 Juni 1934 (N. J. 1935, 928), waarbij de derde niet tot slachtoffer der getrouw-

de vrouw werd gemaakt, in zijn netten te vangen. Een opmerking waarmee ik niet beoog te zeggen, dat de uitspraak van ons hoogste rechtscollege onjuist zou zijn. Integendeel: juist — maar betreurenswaardig.

De wet houdt het nu eenmaal in: de derde te goeder trouw wordt niet beschermd tegen handelingsonbekwaamheid van zijn wederpartij. Dat iemand minderjarig is, kan men gewoonlijk zien, althans vermoeden, niet altijd. Voor iedere winkelier is het uitgesloten te weten, dat de dame die bij hem binnenkomt getrouwd is en dat de zich rustig gedragende klant onder curatele staat.

Er is een oplossing voor deze moeilijkheid: het identiteitsbewijs. Wij hebben dit gekend onder de naam „persoonsbewijs” in de bezettingsjaren en geen onzer heeft dientengevolge aan dit document een tedere herinnering, maar laten wij niet vergeten, dat, lang voor de Duitse bezetting, onze regering de uitreiking van identiteitsbewijzen had overwogen en dat wij deze ook zonder bezetting waarschijnlijk zouden hebben gekregen. Wij moeten hier niet een Duitse vondst in zien. In vele landen is iedereen verplicht een identiteitsbewijs te dragen. Op dit identiteitsbewijs staat de geboortedatum en de huwelijks staat. Er is geen enkel bezwaar tegen hierop te laten aantekenen de onder curatelestelling (en ook de plaatsing in een krankzinnigengesticht; art. 32 K. wet). De kleine pijnlijkheid, die dit voor de curandus zou meebrengen, weegt niet op tegen het nut, dat derden in het vervolg beschermd zouden zijn. Wie dit er wel tegen op laat wegen, vervalt in het bovengemelde sentiment, waaraan de onvolwaardigen dierbaarder zijn dan de volwaardigen. Geen sigarenwinkelier zou aan een binnentredende klant vragen zijn identiteitsbewijs te tonen, maar de juwelier en de fourrurier zouden het wel vragen. Wie geen aantekening van curatele op zijn kaart heeft staan, zou al een bijzonder onverstandig mens moeten zijn, wanneer hij de juwelier of de fourrurier dit verzoek kwalijk zou nemen. Wie wel een zodanige aantekening op zijn kaart heeft staan, zou dan ijlings het hazenpad kiezen — en daar is het juist om te doen.

De bestaande toestand is onbevredigend. Tegen dwaling van zijn wederpartij wordt men beschermd; art. 501 eist kenbaarheid; de feitelijke onbekwaamheid werkt alleen dan tegen de derde als deze haar heeft gekend of heeft kunnen kennen — zoo neem ik aan; het laatste kan men betwisten,

maar men kan er in ieder geval over spreken. Daarentegen is de derde te goeder trouw reddeloos overgeleverd aan de handelingsonbekwame (te kwader trouw) — daar valt *niet* over te spreken, al heeft de Rotterdamse Rechtbank het dan gepoogd. Zolang wij hierin geen verandering brengen, is de enige remedie, die wij de derde te goeder trouw kunnen toedienen, dat wij hem op grond van art. 1401 B. W. een vordering tot schadevergoeding in de hand drukken tegen de onbekwame of tegen hen uit de omgeving van de onbekwame, die tot plicht hadden te voorkomen, dat de onbekwame slachtoffers maakte. De mogelijkheid onder bepaalde omstandigheden van een dergelijke vordering brengt echter niet het nodige soelaas.

23. Het vierde en laatste onderwerp dat ik ter sprake wil brengen, is het volgende.

Onder curatele staan wil geenszins zeggen, dat men niet ten aanzien van bepaalde kwesties een normaal oordeel kan hebben, althans bij tijd en wijle een zodanig oordeel kan hebben. De curatele wegens krankzinnigheid, onnozelheid of razernij en die wegens zwakzinnigheid snijden de mogelijkheid af tot het verrichten van alle rechtshandelingen, ook van de hoogstpersoonlijke. Als hoogstpersoonlijke rechtshandelingen noem ik: huwen, huwelijksvoorwaarden maken, testen, echtscheiding of scheiding van tafel en bed vragen, een kind erkennen, wettigen, ontkennen, het inroepen en betwisten van staat. De curator kan deze rechtshandelingen evenmin verrichten, juist omdat zij hoogstpersoonlijk zijn. (Ik laat nu daar een afwijkende mening zoals die van ASSER-SCHOLTEN, die de testeerbevoegdheid nitsluitend naar de feitelijke bekwaamheid beoordeelt). Deze handelingen kunnen derhalve niet worden verricht, terwijl er aanmerkelijke belangen bij kunnen zijn betrokken, dat zij wel worden verricht.

De mogelijkheid tot het verrichten van die rechtshandelingen door de curandus zou ik willen openen met behulp van een op een medisch advies steunende rechterlijke machtiging.

De curandus zou zich hiertoe moeten wenden tot zijn arts. Ik vermoed, dat deze — en niet ten onrechte — vaak huisverig zal zijn te verklaren, dat de curandus in staat is een normaal inzicht in het maken van een testament te hebben, dan wel een vraag van afstamming zuiver te kunnen beoor-

delen. Er zullen echter gevallen zijn, waarin de arts een dergelijke verklaring zonder aarzeling mag geven. Vervolgens moet de rechter (en hier denken wij gaarne weer aan de familierechter) het laatste woord spreken. In de praktijk zal hij gewoonlijk op het medisch advies afgaan.

Advies en machtiging zullen gebaseerd moeten zijn op een concreet gegeven. De curandus kan niet volstaan te vragen de machtiging „een” kind te erkennen of „een” testament te maken. Hij moet mededelen wie hij wenst te erkennen en wat de inhoud is van het testament, dat hij beoogt te maken.

Natuurlijk zijn hier moeilijkheden aan verbonden. De arts zal zijn advies niet durven geven, wanneer hij niet in de gelegenheid is de curandus op het oogenblik dat deze de rechtshandeling verricht te observeren. Hij behoort dus de bevoegdheid te hebben bij de rechtshandeling tegenwoordig te zijn en nog op het laatste moment tegen de rechterlijke machtiging zijn veto uit te spreken. De rechter zal er op moeten toezien, dat de rechtshandeling precies de inhoud krijgt, waarvoor zij is aangevraagd. Een opname in extenso van de rechtshandeling in de machtiging, zal hier vaak de aangewezen weg toe zijn.

Wij raken hiermede een terrein, dat de wet behandelt: de goedkeuring van curator of toeziend curator, waarmede sommige curandi kunnen huwen en huwelijksvoorwaarden kunnen maken. Een wijziging hierin komt mij wenselijk voor. De rechter is in deze aangelegenheden eerder de aangewezen persoon de machtiging te verlenen dan curator of toeziend curator. De laatsten behoren immers bijna steeds tot de familie van de curandus en kunnen er dus een zeer direct belang bij hebben, dat deze ongehuwd blijft, al in testaat overlijdt enzovoorts.

Ook aan de Beheersraad kan men in deze aangelegenheid een taak toekennen. Deze zal, wanneer hij het vermogen van de curandus beheert of het daarover gevoerde beheer controleert, een waardevol oordeel kunnen uitspreken in zaken als van testament en huwelijksvoorwaarden.

De hier tot ontwikkeling gebrachte gedachte is uiteraard mutatis mutandis te transponeren op de in een krankzinnigengesticht verpleegde.

Het is aan de juridische positie van deze laatste dat wij thans onze aandacht zullen wijden.

C

*De geestelijk gestoorden die ingevolge de wet van 27 April 1884
in een krankzinnigengesticht zijn geplaatst.*

Chaque loi pour les aliénés est
une loi contre les aliénés.

24. Eertijds was de verhouding tussen maatschappij en geesteszieke een eenvoudige: de geesteszieke werd beschouwd als een misdadiger, of als een door de duivel bezetene. De maatschappij moet zich daartegen beschermen en de misdadiger straffen, in de eerste plaats door hem op te sluiten. In een volgende phase beschouwt men hem weliswaar niet meer als een misdadiger, maar nog wel als een verstoorder van de openbare orde. De maatschappij behoort hem niet te straffen, maar wel hem onschadelijk te maken door hem af te zonderen. Ook in deze phase ligt het zwaartepunt nog bij de bescherming der openbare orde, het is dus nog een aangelegenheid, die uitsluitend de jurist, met name de rechter raakt. Pas daarna komt de gedachte op, en wint dan snel veld, dat de geesteszieke een zieke is en dat dus de medicus er in moet worden gekend. Een zienswijze, die men tamelijk recent mag noemen wanneer men bedenkt, dat men nog in de eerste helft van de vorige eeuw de patiënten trachtte te genezen met bijbellezing, uitgaande van de gedachte, dat de patiënt het in zijn macht had de kwaal uit te bannen door godvruchtig te willen leven.

Langzamerhand ontstaat er in de loop van de laatste twee eeuwen een evenwichtstoestand tussen de belangen van de geesteszieke en de maatschappij. Beiden verdienen bescherming. In een moeizaam proces heeft het maatschappelijk belang als dominerende factor moeten capituleren. De eerste wetgeving op dit gebied wortelt nog in een periode, waarin de bescherming der maatschappij en de politionele maatregelen tegen de patiënt praevaleerden. Er ontkiemt dan een begrip voor bescherming van de geesteszieke als rechts-subject, er komen maatregelen ten zijnen gunste tegen ongemotiveerde opsluiting en vasthouding. Begrip voor de geesteszieke als patiënt komt pas ettelijke decennia daarna op. De bescherming als rechtssubject ligt reeds enigszins in de Franse wetgeving ten tijde van de grote revolutie. Maar nog tot het midden der vorige eeuw zaten in ons land de krank-

zinnigen opgesloten te samen met misdadigers en bedelaars-gespuis.

Ik wil niet nalaten er op te wijzen, dat trouwens ook de onder curatelestelling in de vorm van een proces, zoals wij dit heden nog kennen, niet anders is dan een reminiscens uit de tijd toen men de geesteszieke beschouwde als een misdadiger. Daarom doet de maatschappij hem een proces aan en verbiedt hem rechtshandelingen te verrichten. Het Franse woord „l'interdit” geeft duidelijk weer de gedachte aan de misdadiger, die een aanslag op de bestaande orde pleegt en door een verbod onschadelijk moet worden gemaakt. De revolutionnaire wet van 1790 is modern, zij schakelt de medicus in; tien jaar later is de reactie reeds ingetreden, de Code Civil houdt de medicus er buiten.

Maken wij ons niet te veel illusies over onze „verlichtheid”, nog altijd wordt in brede kringen van de mensheid stoornis van de geestelijke vermogens en plaatsing in een krankzinnigengesticht als een smet gezien. De strijd tegen deze middeleeuwse gedachte is nog niet ten einde gestreden. Het gaat er mee als met de armoede. Wel is de volksmond zo vriendelijk te zeggen dat armoede geen schande is, maar blijktbaar is dat een onwaarheid, want iedereen houdt zijn arme familie weg. Op dezelfde wijze spreekt de familie, die er prat op gaat, dat ooms en tantes voor rheumatiek en nier-aandoeningen Karlsbad, Pistyan en Vichy hebben bezocht, met geen woord over de verwant die in een tehuis voor zenuwlijders wordt verpleegd. Het is niet onmogelijk, dat deze valse gevoelens voor een deel hun voedsel ontleenen aan het feit, dat de rechterlijke macht hier haar woord medespreekt. Er is een vicieuse cirkel. Want nu eenmaal onze opvattingen, eeuwen van humanisme ten spijt, zich van deze oeroude instincten niet hebben weten te zuiveren, dient het te worden erkend, dat de plaatsing in een krankzinnigengesticht een gebeurtenis in iemands leven betekent van on-eindig verdere strekking dan een verblijf in een der Zwitserse sanatoria. Behalve de handelingsonbekwaamheid die er het gevolg van is, gaat er helaas iets disqualificeerends van uit. Daarom zou het onverantwoord zijn de jurist hier geheel buiten te houden (zoals nochtans sommige moderne wetgevingen als de Ierse en die van een der Zwitserse Kantons het doen); de medicus is te vertrouwd met geesteszieken en krankzinnigengestichten dan dat hij nog helder kan zien, wat de plaatsing in een gesticht maatschappelijk betekent.

Wie elke rechterlijke tussenkomst hier wil schrappen, moet consequent zijn en het instituut van de Kinderrechter opheffen. En tenslotte: al het water van de zee wast het niet weg, dat de maatschappij van geesteszieken meer te duchten heeft dan van hen die aan een fysieke kwaal lijden en dat dus de maatschappij hier altijd min of meer op bescherming aanspraak mag, en moet, maken. Hier ligt tevens de moeilijkheid het evenwichtspunt te vinden tussen de invloed van de jurist en die van de medicus. Het is paradoxaal, dat een leek op medisch gebied het laatste woord te spreken heeft in een in wezen medische kwestie. In bijna alle landen heeft men een compromis gevonden, uitgezonderd dan in de zoëven genoemde landen, waar de jurist in deze aangelegenheid elke zeggenschap heeft verloren, en sommige Staten van Noord-Amerika, zoals Illinois, waar in dit opzicht de middeleeuwen nog welig tierden en men dus aan de medicus nog niet toe is.

In ons land zouden wij al een stap vooruit zijn wanneer het grote publiek van de waan zou worden bevrijd, dat plaatsing in een krankzinnigengesticht niet betekent dat men maatschappelijk gevaarlijk is.

Deze inleidende opmerkingen over de geschiedenis der wetgeving op de krankzinnigen en over het maatschappelijk verschijnsel hieraan verbonden moesten voorafgaan tot goed begrip van het volgende. De mij toegemeten ruimte verbiedt mij op een en ander dieper in te gaan, zeer tot mijn spijt, want cultuurhistorisch is dit alles ongemeen interessant. Ik verwijs hier naar het standaardwerk van Dr. QUERIDO, *Krankzinnigenrecht*.¹

25. Er is nog een tweede uiteenzetting nodig voor ik tot mijn eigenlijke onderwerp kan overgaan. Het betreft de begrippen: gesloten afdeling en open afdeling.

De gesloten afdeling van een krankzinnigengesticht is de afdeling waarin de patiënten worden verpleegd, die met machtiging van de rechter in een krankzinnigengesticht zijn opgenomen. Hierover en alleen hierover sprak oorspronkelijk de Wet van 27 April 1884 (Stbl. n^o. 96) tot regeling van het Staatstoezicht op krankzinnigen, welke wet laatstelijk is gewijzigd bij de wet van 12 December 1929 (Stbl. n^o. 528). De gestichten zijn uitsluitend ter verpleging van krankzinnigen bestemd, zo luidt art. 7 laatste lid dier wet. Deze regel

¹ Dr. A. QUERIDO, *Krankzinnigenrecht*, Haarlem, Bohn, 1939.

was een reactie op de onder de krankzinnigenwet van 29 Mei 1841 (Stbl. n^o. 20) nog bestaande toestand, dat geesteszieken te samen met boevenpak werden opgesloten. Het bezwaar was, dat het onderwijs in de psychiatrie aan de universiteiten bijna onmogelijk werd gemaakt, nu geesteszieken niet in dezelfde inrichting als andere zieken verpleegd mochten worden. Een wijziging van de Wet van 1884 was het gevolg. In een krankzinnigen gesticht, zo luidde oorspronkelijk de wet, mochten uitsluitend geestesgestoorden worden verpleegd; de wet verklaart tot krankzinnigengesticht elke woning waarin iemand meer dan twee krankzinnigen verpleegt. Bij de wet van 15 Juli 1904 (Stbl. n^o. 157) maakt de wetgever op dit laatste een uitzondering door te decreteren, dat niet als krankzinnigengesticht zullen worden beschouwd door de Kroon aan te wijzen inrichtingen en woningen staande onder openbaar bestuur dan wel onder bestuur van een weldadigheidsinstelling in de zin der Armenwet, vereniging met rechts-persoonlijkheid of stichting. Nu benut men deze toevoeging in art. 7 der wet voor een doel waaraan de wetgever van 1904 nooit heeft gedacht. Wat toch is het geval? Men sprak over de „isolementspositie” waarin de gestichten zich bevonden. Om in een gesticht te komen, moest er een machtiging van de rechter zijn. Voor de lichtere gevallen was dit een te zwaar middel. Men bedacht er nu dit op: men wees een deel van het gesticht aan als „woning” bedoeld in art. 7 onder de gemelde uitzondering en kon diensgevolge ook patiënten verplegen, die geen machtiging hadden, maar die uit vrije wil kwamen.

Dit heet thans : de open afdeling. Bijna alle gestichten hebben een open afdeling. Deze afdelingen behoren niet tot wat in de technische zin van de Wet van 1884 een krankzinnigengesticht is.

In de praktijk is het onderscheid tussen open en gesloten afdeling tot een farce geworden. Wat hun gezondheidstoestand betreft, is er geen enkel verschil tussen de verpleegden in beide afdelingen. Wie vrijwillig in verpleging gaat, gaat gewoonlijk naar de open afdeling. Noodzakelijk is dit niet, want men kan ook voor zich zelf machtiging vragen om in de gesloten afdeling geplaatst te worden (art. 15 K.wet). In verzorging noch verpleging is enig onderscheid. Maar wel is er het grote juridische onderscheid. Wie in de gesloten afdeling zit, verliest het beheer over zijn vermogen en kan

een bewindvoerder krijgen (artt. 32 en 33 der K.wet). Bovendien kan wie in de open afdeling verblijft ieder ogenblik terug naar huis gaan, terwijl voor de verpleegde in de gesloten afdeling vergunning nodig is het gesticht te verlaten. Ongemotiveerde verschillen wanneer men weet, dat de directeur van het gesticht vaak beslist waar de patiënt heengaat; komt iemand vrijwillig verpleging vragen en is er in de open afdeling geen plaats, dan vraagt de directeur machtiging voor de patiënt en plaatst hem dan in de gesloten afdeling. Onlangs heeft een directeur op dergelijke interne technische gronden 35 verpleegden van een machtiging voorzien. Zij bleven waar zij waren, maar de vleugel van het gebouw waar zij verbleven heette van toen af gesloten afdeling. Door een verpleegde uit de gesloten naar de open afdeling over te plaatsen, geeft de directeur de verpleegde zijn handelsbekwaamheid terug! Ja, zozeer is hier elk besef van onderscheid uitgesloten, dat men soms verpleegden in de open afdeling van een bewindvoerder voorziet, hetgeen volgens de wet niet mogelijk is! De rechter, die de bewindvoerder moet benoemen, geeft zich hier geen rekenschap van. Ook wordt de vereenvoudigde procedure van art. 34 K. wet toegepast op verpleegden in de open afdeling.

De Minister van Justitie heeft ten behoeve van Professor MEIJERS aan de Inspecteurs van het krankzinnigenwezen gegevens gevraagd. Deze Inspecteurs hebben hierop geantwoord in een brief van 27 Mei 1948, waarin de toestand van 1 Maart 1948 is weergegeven. Een gesticht te Maastricht, waar slechts 100 patiënten worden verpleegd, was het enige dat geen gegevens had verstrekt. Aan deze brief ontleen ik de volgende cijfers.

Getal der verpleegden 23087. Hiervan met machtiging (dus in de gesloten afdeling) 18851.

Ruwweg genomen verblijft dus in de open afdelingen 25 %. Er zijn echter gestichten waar dit percentage zeer veel hoger ligt, o.a. in het Provinciaal Ziekenhuis te Santpoort. De opvattingen van de directeurs beslissen hier.

26. De wet van 1884 is een publiekrechtelijke wet. — bescherming van de maatschappij tegen geesteszieken — met een aantal privaatrechtelijke bepalingen. In tegenstelling tot haar voorgangster, de wet van 1841, strekt zij haar zorg ook uit over de geesteszieken die niet in een gesticht zijn geplaatst, uitgezonderd slechts hen, die in hun eigen woning

of in die van hun ouders of echtgenoot worden verpleegd. Van het toezicht op hen die niet in een gesticht zijn opgenomen — wel te verstaan met machtiging, dus in de gesloten afdeling — bemerkt men echter in de praktijk weinig.

De regeling van de Krankzinnigenwet staat los van de curatele. Plaatsing in een gesticht van een curandus is aan dezelfde formaliteiten onderworpen als plaatsing van een niet-curandus.

De privaatrechtelijke regeling, de bekwaamheid van de verpleegde betreffende, lezen wij in de artt. 32 en 33 der wet. Ik herhaal, dat deze bepalingen uitsluitend betrekking hebben op hen, die in de gesloten afdeling verblijven. Feitelijke uitwissing van het onderscheid tussen beide afdelingen heeft, zoals ik heb opgemerkt, tengevolge dat men nu en dan verpleegden in de open afdeling van een bewindvoerder voorziet. Boven vermelde brief der Inspecteurs spreekt hier aldus: „van de onder een provisioneel bewindvoerder gestelden waren er een klein aantal, die zonder rechterlijke machtiging werden verpleegd, in een der inrichtingen 36 op een totaal van 463”. Wie in de open afdeling komt, valt niet onder de werking van art. 32, hij behoudt zijn handelingsbekwaamheid, voorzover hij die althans niet door onder curatelestelling reeds verloren heeft of verliezen zal.

27. Art. 32 laat een aantal vragen onbeantwoord. Het houdt in, dat de krankzinnige het beheer verliest over eigen en andermans vermogen, dat op de door hem aangegane verbintenissen art. 1367 B. W. van toepassing is en dat hij t. a. v. de artt. 501 en 502 B. W. gelijk staat met iemand wiens curatele verzocht of verleend is.

Eenvoudiger dan naar art. 1367 ware een verwijzing naar art. 1366 geweest.

Moeten wij de handelingsonbekwaamheid, die het gevolg van de plaatsing in het gesticht is, beperken tot de opgesomde rechtshandelingen of mogen wij deze ongelukkige opsomming beschouwen als een poging alle rechtshandelingen samen te vatten? Er is verschil van mening. De H. R. (8 Maart 1929, N. J. 1929, 589) ontzegt aan de verpleegde het recht echtscheiding te vragen en op 14 November 1935 (N. J. 1936, 22) de bevoegdheid als gedaagde in een echtscheidingsprocedure op te treden. Dezelfde mening is toegedaan de Rb. te Rotterdam blijkens vonnis van 14 Mei 1928 (N. J. 1929, 194). Men zie ook Rb. Amsterdam 19 Maart

1928, (N. J. 1928, 446). Daarentegen stelt de Rb. Dordrecht zich op het standpunt, dat de verpleegde uitsluitend onbekwaam is in vermogensrechtelijke aangelegenheden (20 Februari 1929, N. J. 1929, 1737). De verpleegde kan geen geldig testament maken (Rb. Den Haag 14 November 1922, N. J. 1923, 124; dito Rb. Alkmaar 9 Februari 1939, N. J. 1939, 342).

In het algemeen kent men aan art. 32 de betekenis toe, dat de verpleegde zijn rechtshandelingsbekwaamheid geheel verliest en gelijk staat met een wegens krankzinnigheid, onnozelheid of razernij onder curatele geplaatste. De toepasselijk verklaring van de artt. 501 en 502 B. W. geeft hiertoe een afdoend argument. Huwen met goedkeuring van de curator (of provisioneel bewindvoerder) is dus niet mogelijk. Bij deze heersende leer sluit ik mij aan.

De rechtshandelingen door de verpleegde verricht zijn derhalve vernietigbaar. Dat hier geen publicatie van de onbekwaamheid plaats vindt, is geen bezwaar zo lang de verpleegde in het gesticht verblijft. Naast de vernietigbaarheid blijft open de mogelijkheid dat de handeling tevens nietig is, te weten wanneer zij is gepleegd in een ogenblik van feitelijke onbekwaamheid.

Als leek op medisch terrein is de jurist al trots het woord monomanie te kunnen uitspreken en daarbij te verklaren, dat de monomaan, behoudens zijn ene zwakke plek, normaal van geest kan zijn. Ik wil daarom niet nalaten een passage te citeren uit het werk van een psychiater die tevens jurist is.¹ „In ieder geval dele men niet de opvatting van hen, die de bekwaamheid tot het maken van een testament toekennen aan een man, die „alleen maar” meende een vrouw in plaats van een man te zijn, doch overigens geheel zijn verstand had, of aan een jarenlang in een gesticht verpleegde lijder aan paranoia, men bedenke eens hoe deze vermeende vrouw zeer zeker en deze paranoicus zeer waarschijnlijk zal ingesteld zijn tegenover zijn familieleden. Over het algemeen zal verdedigd mogen worden, dat geesteszieken tegenover wie dwangmaatregelen nodig zijn, zó weinig zelfkritiek en ziekteinzicht blijken te hebben, dat men daarom de door hen verrichte rechtshandelingen als absoluut nietig moet

¹ Mr. Dr. F. M. HAVERMANS, *Beknopte Psychiatrie voor sociaal-werkenden*, Roermond, Romein, 1948, p. 110.

beschouwen, tenzij men zou kunnen bewijzen, dat zij op het oogenblik van handelen volkomen helder van geest zijn geweest”.

Een verbetering van bescheiden omvang zou het reeds zijn, wanneer de verpleegde kort en goed in zijn handelingsbekwaamheid gelijk werd gesteld met een curandus wegens krankzinnigheid.

28. Verlies van handelingsbekwaamheid en optreden van een provisioneel bewindvoerder vallen niet steeds samen, aangezien het eerste automatisch is verbonden aan de plaatsing in het gesticht, terwijl de bewindvoerder slechts wordt benoemd wanneer dit noodzakelijk of wenselijk is. Uiteraard is er van benoeming van een provisioneel bewindvoerder geen sprake als de verpleegde onder curatele staat. De bewindvoering eindigt dan ook als de verpleegde onder curatele komt. Bij vermogens van enige omvang moet men zijn toevlucht wel tot de curatele nemen, aangezien de gestichten allerminst over een outillage beschikken die vermogensbeheer van beteken's toestaat.

De benaming „provisioneel” bewindvoerder dateert uit de wet van 1841, toen men, om langer dan 3 jaar in een gesticht verpleegd te worden, onder curatele gesteld moest zijn. Thans heeft deze bewindvoerder niets provisioneels meer. Hij vervult vaak zijn taak gedurende de vele jaren en soms tientallen jaren, dat de patiënt in het gesticht verblijft.

Evenmin als aan art. 32 kan men aan art. 33 het epitheton „fraai” toekennen.

Vooreerst is er tegenspraak tussen het eerste en het vierde lid. Het eerste houdt o.m. in dat een bewindvoerder zal worden benoemd, wanneer het noodzakelijk of wenselijk is in het beheer van de goederen van een verpleegde te voorzien of in de waarneming zijner belangen. De laatste woorden kunnen slechts duiden op belangen, die niet betrokken zijn bij vermogensbeheer. Het vierde lid daarentegen verklaart de bewindvoerder onbevoegd tot andere daden dan van zuiver beheer. Het adjectief „zuiver” doet hier dan nog de vraag rijzen of het beheer des bewindvoerders beperkter van inhoud is dan dat van de voogd en de curator. Betekent de beperking tot „zuiver” beheer, dat hij b.v. wel huur mag innen maar niet mag verhuren? Of is het niet meer dan een gedachtenloosheid en heeft de wetgever slechts willen onderstrepen, dat de bewindvoerder niet mag beschikken?

Maar dit laatste détail ter zijde gelaten — mag een bewindvoerder enkel vermogensrechtelijke handelingen verrichten of strekt zijn bevoegdheid zich verder uit? Hierbij dienen we dan in het oog te houden, dat hij in ieder geval voor een handeling, die niet een daad van zuiver beheer is, machtiging van de kantonrechter nodig heeft. Het spreekt van zelf, dat hij niet in de hoogstpersoonlijke aangelegenheden van de verpleegde mag ingrijpen. Evenmin als de curator, kan de bewindvoerder een eis tot echtscheiding indienen (H. R. 8 Maart 1929, N. J. 1929, 589). De Rb. te Arnhem heeft de bewindvoerder bevoegd verklaard de verpleegde te vertegenwoordigen in een echtscheidingsprocedure, waarin deze gedaagde is; om verstek te laten gaan heeft hij machtiging van de kantonrechter nodig (28 Mei 1936, N. J. 1938, 410).¹

Ook hier treffen wij in de rechtspraak verschil van mening.

De Rb. te Dordrecht zegt in haar vonnis van 25 Februari 1920 (N. J. 1920, 500), dat de bewindvoerder niet slechts het voeren van beheer tot taak heeft, maar ook het voorzien in alle andere belangen van de verpleegde; er was derhalve voor de Rechtbank geen aanleiding de bewindvoerder ontslag te verlenen nu de verpleegde geen vermogen meer had. In dezelfde zin Rb. Den Haag 14 Mei 1929, (N. J. 1929, 1153). Daartegenover heeft de Rb. Haarlem in haar uitspraak van 14 April 1903 — het is bijna een halve eeuw geleden en de uitspraak doet dan ook ouderwets aan — als haar zienswijze te kennen gegeven, dat de bewindvoerder geen andere taak heeft dan vermogensbeheer en dus b.v. niet bevoegd is in zijn hoedanigheid verlenging van de machtiging tot plaatsing te vragen, ook niet al brengt het belang van de verpleegde dit mede.

Wonderlijk mag het voorts heten, dat deze bewindvoerder aan geen enkel toezicht of contrôle is onderworpen. Een inventaris behoeft hij niet op te maken, periodieke rekening en verantwoording behoeft hij niet af te leggen.

Een verbetering van bescheiden omvang zou het reeds zijn, wanneer de bevoegdheid van een bewindvoerder met duidelijke woorden in de wet kwam te staan, hetzij men hem een ruime (hetgeen ik voorsta), hetzij men hem een beperkte bevoegdheid wil toekennen.

¹ Zie REUSER, N. J. B. 1938, 125 e.v.

In de praktijk maakt men van het instituut der provisionele bewindvoering gebruik, wanneer de verpleegde vermogen heeft, maar niet voldoende om de zware machinerie van de onder curatelestelling in werking te brengen. Vaak heeft een verpleegde als enig vermogen een pensioen of een rente. In die gevallen, waarin de gemeente de verpleegkosten betaalt, wordt een ambtenaar van het gemeentehuis tot bewindvoerder benoemd, hij incasseert de termijnen en draagt deze ter bevoegder plaatse af. Meer valt er niet te doen. De benoeming van de provisionele bewindvoerder verloopt in de praktijk snel en gemakkelijk.

Aan bovenvermeld schrijven der Inspecteurs ontleen ik nog de volgende cijfers.

Van de 18851 verpleegden in de gesloten afdeling stonden er 479 onder curatele, van de in de open afdeling verpleegden ten getale van 4236 stonden er 112 onder curatele. Te samen stond onder curatele 2.56 % der verpleegden.

Onder een bewindvoerder stonden 3273 personen (hieronder begrepen zij die, in de open afdeling verblijvende, bij vergissing een bewindvoerder hadden gekregen), dit is 17.36 % van de verpleegden in de gesloten afdeling.

29. Ingrijpendere verbetering dan de boven voorgestelde zou het zijn wanneer men de verpleegde in een gesticht (en dat men hierbij geen onderscheid moet maken tussen de verpleegden in de gesloten en die in de open afdeling moge na het dienaangaande opgemerkte duidelijk zijn) op eenvoudige wijze onder curatele kon plaatsen, een curatele die dan in haar gevolgen gelijk behoort te staan met die wegens krankzinnigheid. Het gehele instituut van de provisionele bewindvoering kan men dan missen. Moge het thans onevenwichtig zijn voor de incassering van een pensioen onder curatelestelling uit te lokken, dit wordt anders wanneer men de procedure tot onder curatelestelling voor een verpleegde aanmerkelijk vereenvoudigt.

Art. 34 schrijft reeds een vereenvoudigde procedure voor de in een gesloten afdeling verblijvende voor. Maar ook deze is nog te gecompliceerd.

Een weg tot die vereenvoudiging zou zijn, dat de Rechtbank zonder meer de curatele zou moeten uitspreken wanneer haar een verzoek tot onder curatelestelling van een verpleegde bereikt, indien daarbij gevoegd is een verklaring van accoord, getekend door de directeur van het gesticht

waar de patiënt verpleegd wordt of door de behandelende gestichtsgeneesheer, welke verklaring niet getekend kan worden alvorens er 14 dagen sedert de opname zijn verstreken. Verschil tussen verpleegden in de open of in de gesloten afdeling behoort hierin niet te worden gemaakt.

Verwerpelijk zou het zijn aan de opname in een gesticht automatisch het gevolg van onder curatele te komen vast te knopen. In de eerste plaats komt een enkele maal iemand in een gesticht die daar niet behoort en voor wie de directeur dan ook na weinige dagen de deur opent. In de tweede plaats heeft de curatele geen zin voor de velen die geen enkel vermogen bezitten noch ooit zullen bezitten.

Het verloop van 14 dagen tussen de opname en het afgeven der verklaring is gewenst opdat de medici zich een oordeel kunnen vormen over de duur van de kwaal. Is het waarschijnlijk, dat genezing na korte tijd zal intreden, dan kan men de patiënt de pijnlijkheid van de curatele besparen.

Men heeft opgemerkt, dat plaatsing in een gesticht minder diep ingrijpt dan curatele. Hiermede in verband kan men brengen, dat de Rechtbank, die de curatele te behandelen krijgt, de patiënt moet horen (art. 493 B.W.), terwijl de kantonrechter, aan wie de machtiging tot plaatsing is gevraagd, bevoegd is de persoon voor wie plaatsing is gevraagd te horen (art. 17 K.wet), maar daartoe niet verplicht is en in de praktijk van deze bevoegdheid nimmer gebruik maakt (een verschil, dat aan Dr. QUERIDO de vraag in de pen heeft gegeven, of de wetgever ontneming van persoonlijke vrijheid minder belangrijk heeft geacht dan ontneming van vermogensbeheer, zie t.a.p., p. 89). Ik vermag het niet in te zien, waarin dat onbelangrijkere van de opname zou liggen. Het betreft hier zieken, zowel in het ene als in het andere geval, het betreft geen misdadigers tegen wie geprocedeerd wordt. Daarom behoren de voorzorgsmaatregelen ten gunste van een patiënt tegen ongemotiveerde plaatsing ook voldoende te zijn in verband met de onder curatelestelling. Voorzover er verschil is, is de door de directeur of geneesheer af te geven accoord verklaring op het verzoek tot onder curatelestelling voldoende om dit verschil te overbruggen.

De even hatelijke als ontoereikende publicatie in de bladen worde uiteraard ook hier door een notitie op het persoonsbewijs vervangen. Een opmerking die na het voorgaande overbodig mag heten, maar die ik toch wil maken om elke

kans te vermijden, dat de thans aan de curatele verbonden publicatie een argument tegen mijn voorstel zou zijn het instituut van de provisionele bewindvoering op te heffen.

Tenslotte zij nog opgemerkt, dat t.a.v. de krankzinnige in het gesticht, voor wat betreft de mogelijkheid met machtiging van zijn vertegenwoordiger of van de rechter hoogstpersoonlijke rechtshandelingen te verrichten, dezelfde vragen rijzen, met dezelfde antwoorden, als t.a.v. curandus.

30. Een moeilijkheid schuilt in het bestaande systeem nog in het proefverlof.

Het laatste lid van art. 33 bepaalt, dat het bewind eindigt wanneer de verpleegde wordt ontslagen alsmede wanneer hij onder curatele komt. Voor het verlies van het beheer ingevolge art. 32 is een dergelijke regel niet met zoveel woorden voorgeschreven. Dit wijst zich zelf echter uit. De curatele bestendigt het beheersverlies en aangezien het beheersverlies aan de plaatsing in het gesticht is verbonden, betekent ontslag uit het gesticht herkrijging van de handelingsbekwaamheid.

Wat is de betekenis van het proefverlof van art. 27 K.wet in verband met bewind en onbekwaamheid? Een vraag, die van meer belang is dan lezing van de wet doet vermoeden, aangezien de wet slechts spreekt over proefverlof voor bepaalde tijd, terwijl in de praktijk de patiënt — of gewezen patiënt — vaak een proefverlof voor onbepaalde duur verkrijgt.

A contrario uit het laatste lid van art. 33 kan men bezwaarlijk tot een ander resultaat komen, dan dat het proefverlof de bewindvoering niet opheft. Moge er al wat de aanvang van onbekwaamheid en bewindvoering betreft op discrepantie zijn te wijzen, moeilijk denkbaar is het dat de onbekwaamheid zou eindigen, terwijl de provisionele bewindvoerder in functie zou blijven. Ik zie dan ook voor de bestaande regeling geen andere oplossing, dan dat degeen die met proefverlof terug in de maatschappij is gekeerd zijn handelingsonbekwaamheid met zich draagt. Dit betekent, dat zijn rechtshandelingen vernietigbaar zijn.

Een unicum: juridische handelingsonbekwaamheid zonder dat enige publicatie mogelijk is. Een onaangenaam unicum. Men wijze er niet op, dat ook de curatele werkt zonder dat er publicatie heeft plaats gevonden. Dat moge waar zijn, maar degeen die curatele heeft gevraagd kan publiceren en

in de praktijk geschiedt dit altijd. Met meer recht zou men kunnen tegenwerpen, dat men in de praktijk van de handelingsonbekwaamheid niet op de hoogte kan zijn, maar ook dit neemt niet weg, dat de wetgever als beginsel heeft gezien, dat men zich van de handelingsbekwaamheid kan vergewissen, terwijl in het gegeven geval elke mogelijkheid daartoe ontbreekt. Bovendien: de erkenning dat een wettelijke regeling in de praktijk faalt, mag geen aanleiding zijn haar zonder verweer uit te breiden.

Ik meen, dat wij hier te doen hebben met een juridische handelingsonbekwaamheid die, aangezien zij niet bekend kan worden gemaakt, tegen derden te goeder trouw niet werkt. Wie weet te staan tegenover iemand die met proefverlof is, is uiteraard onderworpen aan de gevolgen van een beroep op de vernietigbaarheid.

Juridische onbekwaamheid die geen werking heeft tegen derden te goeder trouw. Gewend als wij zijn te werken met de bescherming van de juridisch onbekwame tegen zich zelf en ten koste van de maatschappij, kan dit paradoxaal schijnen. Ik wijs er echter op, dat tot deze afwijking van de hoofdregel des te meer aanleiding bestaat nu het hier betreft een persoon die met proefverlof is, d.w.z. iemand van wie de medicus veronderstelt dat hij zich weer normaal kan gedragen en die, om dit waar te maken, bij wijze van proef op eigen benen in de maatschappij wordt teruggezet. Hetgeen inhoudt, dat de persoon met proefverlof waarschijnlijk een normale indruk zal maken en de kans dat een derde daar te goeder trouw zal inlopen even waarschijnlijk is.

31. Het bewind eindigt bij ontslag. Publicatie van het bewind is niet mogelijk, publicatie van het einde van het bewind evenmin. Derden zijn er intussen aan gewend dat een bepaald persoon als bewindvoerder optreedt en blijven, indien het einde van het bewind hun niet wordt medegedeeld, deze persoon als bevoegd beschouwen. Hun goede trouw moeten wij honoreren. Ik trek hier een parallel met art. 486 B. W.: de handlichting kan men voor derzelver publicatie niet aan derden te goeder trouw tegenwerpen, hetgeen zeggen wil, dat de derde, die te goeder trouw na de ongepubliceerde handlichting met de gewezen voogd of uitoefenaar van de ouderlijke macht in verbinding treedt, veilig is.

De bewindvoerder kan ook ontslag krijgen wanneer de patiënt, zij het ongenezen, de inrichting heeft verlaten. Dit

naar huis weerkeren van ongenezenen komt volgens QUERIDO¹ wekelijks voor. De werkelijkheid is, dat familie die op bezoek komt de patiënt medeneemt, uit vals sentiment of uit welke andere oorzaak ook. De Hooge Raad heeft op grond hiervan in 1907 zijn laatste veroordeling krachtens art. 191 S. uitgesproken. Men is in de praktijk gewoonlijk machteloos, aangezien de familie dure eden aflegt, dat de patiënt eigener beweging is ontvlucht.

32. Rest nog te bespreken de juridische positie van hem die ingevolge art. 14 K.wet in bewaring is gesteld. In spoedeisende gevallen kan de burgemeester een patiënt in bewaring stellen. Indien mogelijk pleegt men eerst overleg met de behandelende geneesheer, maar zelfs dit is niet noodzakelijk. Deze maatregel geldt voor hoogstens 3 weken. Voor deze verstreken zijn moet er een beslissing zijn genomen over plaatsing. In de praktijk hanteert men art. 14 wel eens om de langere weg via de rechter te vermijden.

Of art. 33 geldt voor de in bewaring gestelden, is van gering praktisch belang. Men kan met het aanwijzen van een provisioneel bewindvoerder gewoonlijk wel 3 weken wachten. Belangrijker is de vraag of art. 32 in werking treedt en de in bewaring gestelde derhalve evenals een geplaatste zijn handelingsbekwaamheid verliest. Ik ben van oordeel, dat er geen onderscheid behoort te zijn tussen hen die met goedkeuring van de burgemeester en hen die met machtiging van de kantonrechter in een gesticht worden opgenomen, m.a.w. dat er geen onderscheid in juridische positie behoort te bestaan tussen hen die in bewaring zijn gesteld en hen die krankzinnigen in de technische zin des woords zijn. De Inspectie is blijkens haar verslag over de jaren 1885/7 dezelfde mening toegedaan.

33. Tot zover mijn opmerkingen over de bestaande wet en de mogelijk daarin aan te brengen verbeteringen. In de kringen van psychiaters is echter een stroming tot radicale wijziging van dit alles, die een uitmonding heeft gevonden in een voorontwerp van wet, dat alle aandacht verdient. De Krankzinnigenwet van 1884 maakt daarin plaats voor een geheel nieuwe wet op de geestelijk gestoorde. Dit voorontwerp is opgesteld door een commissie onder voorzitterschap van Dr. G. KRAUS, welke commissie haar opdracht

¹ Zie QUERIDO o.c., p. 142 e.v.

hiertoe had ontvangen van de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie en Neurologie, alsmede van de Nationale Federatie voor de Geestelijke Volksgezondheid. Het ontwerp is, van een toelichting voorzien, gepubliceerd in de *Folia Psychiatrica, Neurologica et Neurochirurgica Neerlandica*, Jaargang 1948 n^o. 3/4. In het Nederlands Juristenblad Jaargang 1948 afl. 40 heeft Dr. A. QUERIDO er een beschouwing aan gewijd.

Uiteraard ligt het niet op mijn weg dit ontwerp in al zijn facetten te belichten, ik moet mij beperken tot de vraagstukken betrekking hebbende op de juridische positie van de geestelijk gestoorden. Het ontwerp maakt deel uit van het grote desideratum: een algehele wettelijke regeling van de geestelijke volksgezondheid.

Voorzover het ligt binnen het kader mijner beschouwingen, zijn er voor de wetsvernieuwing drie uitgangspunten:

- a. de bestaande wet heeft geleid tot veel zinneloos formalisme;
- b. men moet streven naar zoveel mogelijk ter zijde stelling van dwang tegen de patiënt;
- c. de verhouding van rechter tot arts dient herzien te worden.

Gaan wij achtereenvolgens deze drie punten na.

a. In het verslag van 1897 uitgebracht door de Inspecteurs op het Krankzinnigenwezen staat te lezen „onder de wetten, die het meest overtreden worden, behoort zonder twijfel de wet van 27 April 1884.” De toon dezer verslagen is langzamerhand minder heftig geworden, men heeft geleerd met de wet te werken, zonder dat de praktijk al te zeer schade van de veelal verouderde en stroeve voorschriften lijdt. Dit neemt niet weg, dat het aanbeveling verdient zinnelijk formalisme ter zijde te schuiven.

Wat is er in de praktijk van de taak van de kantonrechter geworden, die de machtiging tot plaatsing in het gesticht moet geven? Niet anders dan dat hij machinaal op het advies van de medicus afgaat. Niet ten onrechte, zal men zeggen. Zeker, maar wanneer het voor kan komen dat een kantonrechter ook op een verklaring door een medicus gegeven — om van het aandringen van de familie af te zijn — dat een patiënt *niet* voor plaatsing in aanmerking komt zijn machtiging tot opname geeft, blijkt dat dit formalisme, als

alle formalismen die hun enige doel in zich zelf vinden, voor opheffing rijp is. Zo zelden komt een kantonrechter er toe zijn machtiging te weigeren, dat hij zijn weigering dan ook veelal aan het verkeerde adres zendt, namelijk aan de medicus in plaats van aan de Rechtbank (art. 17 lid 5 K.wet).

Met de verklaring door de burgemeester in spoedeisende gevallen af te geven ter inbewaringstelling (art. 14 K.wet) is het iets eenvoudiger gesteld, aangezien sommige burgemeesters met het oog op spoedeisendste gevallen de formulieren in blanco getekend klaar leggen.

En wat te zeggen van de Officier van Justitie die ingevolge art. 6 der K.wet minstens eenmaal in de drie maanden de gestichten in zijn arrondissement gelegen moet bezoeken om na te gaan of daar niet iemand wederrechtelijk wordt vastgehouden en die daar plichtgetrouw zijn bezoeken brengt en gaande van patiënt tot patiënt niets anders weet te doen dan maar steeds mompelen: zielig geval, zielig geval. Of hebben deze bezoeken van de Officier wél nut, aangezien zij de verpleegden het gevoel geven, dat er een instantie is op wie zij zich kunnen beroepen wanneer zij menen — wat niet zelden het geval is — dat het gesticht er belang bij heeft hen vast te houden? In het Ontwerp zijn deze bezoeken van de Officier van Justitie weggevallen. Een directeur van een der belangrijke gestichten verzekerde mij, dat deze verandering in zijn ogen geen verbetering zou zijn.

De aantekeningen die men in het gesticht over de verpleegden moet houden ingevolge art. 20 K.wet en die periodiek moeten worden bijgehouden, zijn veelal geworden tot een blote formaliteit, aangezien men van een imbeciel die twintig jaar in het gesticht verblijft niets anders kan mededelen dan dat hij imbeciel is en vervolgens schrijft men daar maandelijks het woord „dito” onder. Het periodieke verzoek om verlenging van de plaatsing (art. 24 K.wet) is in een nutteloos formalisme verlopen.

De open en gesloten afdelingen zijn in niets van elkaar te onderscheiden, behalve hierin, dat men gesloten afdeling noemt het verblijf waar een verpleegde vertoeft die met machtiging is binnengekomen — tenzij de directeur hem naar de open afdeling heeft overgebracht omdat daar toevallig meer plaats was; de rechter blijkt open en gesloten afdeling te verwarren (zie n^o. 25).

b. Niemand kan onder vigeur van de bestaande wet zonder

machtiging tegen zijn wil in een gesticht komen. In de praktijk is de open afdeling bezig de gesloten afdeling uit te hollen, maar de wet van 1884 kende oorspronkelijk alleen de gesloten afdeling en kent daarom in art. 15 zelfs de figuur van de zieke die zelf zijn machtiging om opname vraagt. De open afdeling is binnengesmokkeld langs een wetswijziging, die een geheel ander doel beoogde. Dát de open afdeling de gesloten in de praktijk bezig is uit te hollen, is het gevolg van gewijzigd inzicht. Verder en verder geraakt men af van de periode waarin men de bemoeienis van de gemeenschap met de geestelijk gestoorden slechts zag van de gezichtshoek uit der maatschappelijke bescherming, steeds verder geraakt men dus af van de politionele maatregel. Daarvoor komt in de plaats het begrip, dat men zoveel mogelijk in overleg met de patiënt, met goedvinden van de patiënt, de voor hem en voor de maatschappij nuttige maatregelen behoort te nemen, dwang vermijgend, trachtende hem te overreden tot het vrijwillig brengen van offers aan een maatschappij die sterker is dan hij. Steunend op de psychiater die zijn patiënt beheerst, kan men de dwangmaatregelen tot een minimum beperken. Er zullen altijd patiënten blijven die niet voor beheersing vatbaar zijn en die opname behoeven. Voor hen blijft in het ontwerp de opname met machtiging. Een, naar men mag verwachten, kleine categorie, die, eenmaal binnen het gesticht, in niets te onderscheiden zal zijn van hen die vrijwillig zijn binnengekomen. Het onderscheid tussen open en gesloten afdeling vervalt.

c. Het woord van BOLLAND, dat het geen verschil maakt of men in het vervolg de gevangenissen krankzinnigengestichten noemt, is een diepe onwaarheid. Het maakt ter dege verschil of men met een medisch dan wel met een juridisch vraagstuk te doen heeft en men moet al met een neurasthenische mate van engtevrees behept zijn om zo onverschillig te wezen voor het motief dat tot de sluiting van een deur aanleiding geeft.

Oorspronkelijk is de opneming — en nergens anders bemoeide de gemeenschap zich mede — verbanning uit de maatschappij. Dan is de rechter alleenheerser. Bij het opkomen van het inzicht, dat de geesteszieke een zieke is, krijgt de medicus zijn taak in het geheel. Er is samenwerking tussen rechter en arts. Formeel spreekt naar de huidige wet

de rechter het beslissende woord: hij geeft de machtiging tot opname af en is daar verantwoordelijk voor. In werkelijkheid is het zwaartepunt komen te liggen bij de medicus. Hij geeft het advies, de rechter volgt blindelings het advies op.

Rechterlijke tussenkomst is bij de gedwongen verwijdering uit de maatschappij onmisbaar. Al het water van de zee kan niet uitwissen, dat opname in een gesticht voor geesteszieken sociaal iets anders betekent dan opname in Davos. Er zijn gevallen waarin iemands maatschappelijke positie hier min of meer mee op het spel staat. Bovendien kan de opname — zoals in de wet van 1884 — civielrechtelijke gevolgen hebben. Ten enen male onverstandig zou het zijn de beslissing over iemands verwijdering uit de maatschappij aan één persoon toe te vertrouwen. Dat de zin voor romantiek nog niet is uitgestorven, moge blijken uit het feit, dat er nog altijd personen gevonden worden, die menen — en dit zelfs publiceren — dat in onze krankzinnigengestichten mensen, die geestelijk normaal waren, maar om een of andere reden uit de samenleving moesten verdwijnen, in afstomping en zieleleed wegwijnen en in uiteindelijke krankzinnigheid ondergaan. Visioenen van lettres de cachet en het spook van de Man met het ijzeren masker. In het Nederlandsch Tijdschrift voor geneeskunde (1928, I, 1920) heeft Dr. J. G. SCHNITZLER geschreven: Ik betwist absoluut de mogelijkheid om in ons land en in deze periode van beschaving een normaal mens met goed gevolg uit de samenleving uit te schakelen door opneming in een krankzinnigengesticht". Hiervan zouden wij minder overtuigd zijn wanneer één mens de macht had een ander af te zonderen.

De moeilijkheid is de taakverdeling tussen jurist en medicus in deze samenwerking. Onjuist is de huidige toestand, waarin de medewerking van de rechter tot een formaliteit is geworden.

Thans een weergave in grote lijnen van de inhoud van het voorontwerp.

In een zekere analogie met de gezinsvoogdij over minderjarigen kunnen personen, die tengevolge van geestelijke stoornissen gevaar opleveren voor zichzelf, voor anderen of voor de gemeenschap, of wel tengevolge van zodanige stoornissen niet in staat zijn hun of anderer, hun toevertrouwde, belangen te behartigen, onder toezicht worden gesteld van een instelling van geestelijk gestoorden (art. 6 van het ont-

werp). Men denkt voor de uitoefening van dit toezicht niet aan goedwillende leken, maar aan vakmensen, aan specialisten. Volgens art. 18 kunnen aan de onder toezichtstelling bijzondere bepalingen worden verbonden, betrekking hebbende op de handelingsbekwaamheid ten aanzien van het vermogensbeheer en het sluiten van overeenkomsten, het in rechte verschijnen, het testen, het uitoefenen van de ouderlijke macht of voogdij en de uitoefening van actief en passief kiesrecht. Ten aanzien van vermogensbeheer, contracteren en in rechte optreden kan een vertegenwoordiger worden benoemd. Een en ander wordt gepubliceerd in een centraal register op de Haagse griffie gedeponneerd.

De opzet is dus deze, dat men verwacht dat onder toezichtstelling zelden nodig zal zijn. Gewoonlijk heeft de arts de patiënt voldoende in de hand. Is onder toezichtstelling nodig, dan moet de met het toezicht belaste persoon zorgen de patiënt tot inzicht en redelijkheid te brengen. Hij heeft hiertoe een paar wapenen achter de hand, want hij kan om toepassing van art. 18 (geheel of gedeeltelijk) verzoeken en uiteindelijk kan hij verzoeken om machtiging tot plaatsing in een gesticht indien hem opname gewenst voorkomt en de patiënt daartoe niet vrijwillig wil medewerken.

Voor onder toezichtstelling, toepassing van art. 18 en gedwongen opname is rechterlijke tussenkomst vereist.

Behalve dit alles is er de mogelijkheid een bewindvoerder te benoemen over hem die geestelijk gestoord is, indien het noodzakelijk of gewenst is in het vermogensbeheer te voorzien (art. 31). Ook hier is rechterlijke tussenkomst toe nodig. Voor de benoeming van een bewindvoerder is het, wat de toestand van de patiënt betreft, voldoende dat er geestelijke stoornis aanwezig is. Iemand kan dus in de termen vallen voor bewind, zonder dat hij in aanmerking komt voor onder toezichtstelling. Voor het laatste geldt immers, naar boven is uiteengezet, een cumulatie van eisen.

Toepassing van art. 18 is niet mogelijk zonder dat de betreffende persoon onder toezicht staat. Onder toezicht staan is eveneens voorwaarde voor gedwongen opname. Het ontwerp kent geen twee soorten afdelingen in het gesticht. De bewindvoering eindigt o.a. bij toepassing van art. 18 en bij onder curatelestelling. Curatele loopt, evenals in het bestaande bestel, dwars door en over dit alles heen, men kan onder curatele staan zonder met deze wet in aanraking te komen en men kan door de zwaarste maatregel, de gedwon-

gen opname, worden getroffen, zonder onder curatele te staan.

De taakverhouding tussen rechter en jurist denkt het ontwerp zich aldus, dat niet langer de rechter zijn machtiging geeft op een medisch advies, inhoudende dat verwijdering uit de maatschappij gewenst is, maar dat de medicus zich bepaalt tot het mededelen van de ziekteverschijnselen met de daaruit voortvloeiende feitelijke gedragingen, waarna de rechter moet beslissen of hij iemand, die zich op die wijze gedraagt, uit de samenleving wil verwijderen. De rechter neemt zijn deel aan de behandeling van dit ziekteproces in hoedanigheid van beschermer van de maatschappij. Hij moet het dus zijn, die oordeelt of bepaalde gedragingen in de samenleving al dan niet tolerabel zijn. De arts kan de rechter slechts gegevens verstrekken, de beslissing aangaande de reactie van de maatschappij behoort niet bij hem te liggen.

Voordelen van en bezwaren tegen het ontwerp afwegende, meen ik, dat de eerste verre de overhand hebben. Ik vestig er nog eenmaal de aandacht op, dat ik uitsluitend over de juridische mérites een oordeel uitspreek en uit te spreken heb. Beoordeling van de medische aspecten van dit, in het teken van de voor- en de nazorg staande ontwerp, zullen van andere zijde komen.

Verbetering is de opheffing van het onderscheid tussen open en gesloten afdeling, een op niets gebaseerd onderscheid dat in de bestaande wet tot belangrijk verschil in juridische gevolgen aanleiding geeft.

Verbetering is de taakverdeling volgens het voorstel tussen rechter en arts. Dat het een oplossing voor alle moeilijkheden geeft, zal niemand zich voorstellen. Moet de rechter beslissen of hij de bedrijver van onzedelijke handelingen naar het gesticht of naar de gevangenis verwijst? Het blijft het zoeken naar een compromis.

Een grote verbetering is gelegen in de onder toezichtstelling. Thans is geen ander officieel ingrijpen mogelijk dan opname in het gesticht. De onder toezicht gestelde uit het ontwerp blijft in de maatschappij. Van medische zijde werd mij een voorbeeld gegeven dat ik hier om zijn eloquentie wil weergeven. Een gezin met een jong kind; de moeder is normaal op één afwijking na: haar kind mag de grond niet raken; als het kind van zijn stoel wil glijden, schiet zij angstig toe, verbiedt het voor de zoveelste maal, neemt het op en draagt het naar waar het kind heen wilde. De gevolgen hiervan op de psyche van een jong kind kunnen natuurlijk fataal zijn.

In de huidige wetgeving is hier niets aan te doen. Ontzetting uit de ouderlijke macht is niet mogelijk, opname van de moeder in een gesticht uitgesloten, curatele een slag in de lucht. Het toezicht op de moeder — huisbezoek, raadgeving, overreding — kan hier uitkomst brengen.

Een vierde voordeel dat ik noem, is, dat het ontwerp geen onderscheid maakt tussen meerder- en minderjarigen, zodat de geestesgestoorde van zijn twintigste in zijn een en twintigste jaar kan glijden, zonder dat er in de juridische constellatie behoefte te worden ingegrepen.

Als ik tegenover deze aanmerkelijke voordelen enkele bezwaren af meet, zijn dit voornamelijk de volgende.

Het ontwerp is kennelijk niet door juridische handen gegaan. Menige juridisch terminologische onzuiverheid is er het gevolg van. Voor handelingsonbekwaamheid bezigt het ontwerp het woord handelingsonbevoegdheid. Er is sprake van *rechtsonbevoegdheid* van hen die onder toezicht staan. De term „*zuiver* beheer” is uit art. 33 van de bestaande wet overgenomen. Voor de tot de rechterlijke instanties te richten verzoeken is geen vorm voorgeschreven (art. 7 e.a.). Waaronder de beslissing met redenen omkleed in het openbaar moet worden uitgesproken, is mij ook niet recht duidelijk. Betreffende de verhouding van het toezicht op minderjarigen krachtens deze wet en de civielrechtelijke regelen der gezinsvoogdij, vinden wij met geen woord gerept. Bij het verzoek om onder bewindstelling aan de Rechtbank behoefte geen enkel psychiatrisch rapport of advies te worden overgelegd. En zo is er meer. Veel te betekenen heeft dit bezwaar overigens niet. Een juridische schaaft er over kan deze euvelen verhelpen.

Van meer betekenis is het volgende.

Zoals ik onder B heb besproken, is de maatschappij niet behoorlijk beveiligd tegen de juridische onbekwaamheid van hen, die zich als normale volwassenen weten voor te doen. De wetgever heeft gemeend zo goed mogelijk de belangen van de onbekwame en de maatschappij tegen elkaar af te wegen en heeft daarom, theoretisch, aan een ieder de mogelijkheid verschaft zich van de handelingsbekwaamheid van een ander op de hoogte te stellen. Maar hij heeft kennelijk voor de *personae miserales* een penchant gehad, want in geval van belangenconflict wint de handelingsonbekwame het. Het ontwerp nu verhoogt in de eerste plaats de kans op dupering van derden te goeder trouw door een bewindvoering te

scheppen, die niet voor publicatie vatbaar is. (Is ook dit te wijten aan het gemis aan juridische schaaft en heeft men argeloos de ongepubliceerde bewindvoering uit de wet van 1884 overgenomen — waar publicatie tamelijk overbodig is, daar het uitsluitend personen in de gesloten afdeling betreft, althans behoort te betreffen?). De curatele blijft als instituut uiteraard gehandhaafd. En nu komt er voor de geesteszieken een derde vorm van juridische onbekwaamheid bij: de maatregel op grond van art. 18 te nemen. Deze maatregel zelf is tamelijk gecompliceerd, zij kan vijf soorten rechtshandelingen met name genoemd betreffen, maar ook een of meer uit die vijf. Deze maatregel kan tengevolge hebben, dat voor bepaalde rechtshandelingen een vertegenwoordiger zal optreden (o. a. om een eis tot echtscheiding in te stellen!).

Deze vertegenwoordiger is naamloos gebleven. Bewindvoerder, curator? Al wat art. 18 betreft wordt gepubliceerd. De maatregelen van art. 18 zetten de bewindvoering geheel of gedeeltelijk ter zijde en wijken op hun beurt voor onder curatelestelling.

Het behoeft dunkt me geen nader betoog, dat dit uitermate gecompliceerde systeem van handelingsonbekwaamheidsgradaties verwerpelijk moet worden geacht. De stof voor verwickelingen ligt hier opgestapeld. *Le mieux est l'ennemi du bien*. Laat men niet trachten elke onbillijkheid tegenover een geestesgestoorde bij voorbaat op te vangen. Slechts een voor de rechtspraktijk te specieuze regeling kan hier het gevolg van zijn. Indien men in bepaalde gevallen het middel van de curatele te kras acht, omdat het alomvattend is en de geestesgestoorde slechts in beperkte mate zijn rechtshandelingsbekwaamheid dient te verliezen, stelle men naast de curatele één andere vorm — b.v. onder de naam van bewind — welke men kan differentiëren — zoals wij ten aanzien van de handlichting een differentiatie kennen — met publicatie van dien.

Tenslotte wil ik nog hierop wijzen, dat volgens het ontwerp de dwangopname slechts kan plaats vinden van onder toezicht gestelden, zodat voor verplichte opname twee rechterlijke beslissingen nodig zullen zijn. Zal dit niet de neiging aankweken de verplichte opname te doen plaats vinden in de vorm van de inbewaringstelling op verklaring van de burgemeester (art. 29)?

Behoeven er nadere regelingen getroffen te worden betreffende de rechtspositie van hen, wier geestvermogens gestoord zijn en die noch onder curatele, noch op rechterlijk bevel in een krankzinnigen-gesticht geplaatst zijn?

Praeadvies: Mr H. KINGMA BOLTJES.

§ 1 Om te beginnen, een woord van dank aan het Bestuur en aan mijn mede-praeadviseur, wier welwillendheid mij in staat stelde mijn terrein te beperken in voege als in het opschrift aangegeven. De moeilijkheid (onmogelijkheid) in deze materie wetenschappelijk verantwoord de omschrijvingen te vinden, kwam t.a.v. de term „krankzinnigheid” reeds meermalen tot uiting zowel in onze wetgeving¹ als in de litteratuur²; dezelfde moeilijkheid bestaat t.o.v. het begrip „geestelijke gestoordheid”³; ik zal dan ook niet trachten een omschrijving van het begrip „geestelijke gestoordheid” te geven, volsta met de vage formulering „psychische toestand, die zóver onder het normale is, dat zij abnormaal genoemd kan worden”.— Art. 37 Sr. spreekt slechts over die geestelijk gestoorde, wier bijzondere psychische toestand veroorzaakt is door „gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis”, waardoor buitengesloten worden gevallen van koortsijlen; slaapwandelen, slaapdrunkenheid, vallende ziekte, hersenschudding, dronkenschap, hevige

§ 1. ¹ Zo bij art. 37 Sr. (zie SMIDT I ad het artikel passim) en bij de behandeling der huidige krankzinnigenwet (zie dr JACOBI, blz. 4 van het verslag van de vergadering van het Psychiatrisch-Juridisch Gezelsch. van 6. 3. 1900, die zelf het begrip noemde „onbegrensd en wisselend van inhoud.”)

² VAN DER HOEVEN, *Psychiatrie III* (1930) 152, 171; VAN WALSEM aangeh. in N. J. B. 1948, 359; QUEBIDO: *Krankzinnigenrecht*, 217-224.

³ zie art. 1 van het „wetvoorstel betreffende geestelijk gestoorde”, opgesteld door een commissie uit de Ned. Ver. voor Psychiatrie etc. (*Folia Psychiatrica*, Aug. 1948, 349 e.v.v.), welk artikel, *om mogelijke twijfel op te lossen*, uitdrukkelijk de „zwakzinnigen” bij de geestelijk gestoorde inlijft.

gemoedsbeweging, hypnose⁴ etc., in al welke gevallen, medisch gesproken, geestelijke gestoordheid aanwezig kan zijn⁵. Deze beperking zal door mij niet worden gemaakt.

Mèt SIMONS (t.a.p.) neem ik aan, dat de door genoemd artikel buiten beschouwing gelaten geestelijk gestoorden niet noodzakelijk strafbaar zijn, nl. niet, wanneer tengevolge van de toestand van onbewustheid, waarin zij handelden, van het telaste gelegde feit enig subjectief bestanddeel ontbrak, bv. een gewilde spierbeweging⁶; dolus of culpa (gelijk ook het geval *kan* zijn met de in de bepaling wél genoemde personen). Mèt de heersende mening⁷ neem ik voorts aan, dat niet juist is de opvatting, dat de laatstgenoemde personen geen dolus of culpa kunnen hebben: integendeel, art. 37 veronderstelt m.i. juist, dat die dolus of culpa wél aanwezig is en dus „vrijspraak” niet kan worden gegeven; ook art. 350 Sv. schijnt uit te gaan van de opvatting, dat ontoerekenbaarverklaring pas aan de orde komt, indien bewezen is dat „het feit door de verdachte is begaan”, dus alle elementen van het strafbare feit (w. o. dolus of culpa etc. van de dader) aanwezig zijn. Overigens is terecht door verschillende auteurs er op gewezen, dat art. 37 Sr. niet veel meer dan een tautologie inhoudt, immers dat niet-toerekenen doet de rechter op grond van de overweging, dat uit bepaalden hoofde de verdachte niet gestraft behoort te worden: de bepaling zegt dus slechts, dat wie niet gestraft behdort te worden, niet gestraft mag worden⁸; hieruit blijkt ook, dat het niet-toerekenen, de niet-toerekenbaarheid hier is een specifiek strafrechtelijk begrip⁹. Terwijl voorts de bepaling niets zegt omtrent de vraag wanneer de rechter tot niet-toerekenen mag over-

⁴ SIMONS, Strafrecht I (5e dr.), 200.

⁵ v. D. HOEVEN a.w. I, 125, III, 154; of. art. 16 Schw. Z. G. B.

⁶ SIMONS, Themis 1902, 15.

⁷ zie b.v. SIMONS, t.a.p. nt. 5 en Themis 1902, 16; v. D. HOEVEN III, 169; FEBER, Beschouwingen over psychopatenstrafrecht, 30 nt. 1; QUERIDO, a. w., 230.

⁸ SIMONS W. 9146; J. I. DE HAAN, Rechtskundige signifi.ca, 215; RÖLING, Themis, 1938, 340.

⁹ vandaar, dat er ook een nauw verband bestaat tussen de theoretische bespiegelingen over de rechtsgrond van art. 37 en over die van het recht tot straffen: ook RÖLING (a. w., 362) verbindt tenslotte de beide vragen.

gaan, behoudens, dat zulks zijn grond moet vinden in de in de bepaling omschreven toestand van de geestvermogens van de dader. In de practijk wordt de vraag opgelost met behulp van de criteria: of *a*) de dader de betekenis van de overtreden norm als eis der rechtsorde kon inzien en *b*) naar dat inzicht zijn wil kon bepalen; *a* kan ontbreken bij ontoereikend verstandelijk inzicht of sociaal gevoel, *b* kan ontbreken, wanneer de dader tot de daad werd gebracht door krachten, die iedere evenredigheid met de werkelijke daad missen (dwanghandelingen) ¹⁰.— In de M. v. T. ¹¹ wordt de nadruk gelegd op het relatief karakter van de oorzaken van ontoerekenbaarheid en ook van medische zijde ¹² wordt erkend, dat een volslagen krankzinnige niettemin in bepaalde opzichten kan handelen op dezelfde wijze en op grond van dezelfde verstandelijke redeneringen als een „normaal” mens: dit punt is voor de beoordeling ook van de civielrechtelijke gevolgen van geestelijke gestoordheid van veel belang.

Ons geschreven privaatrecht geeft slechts weinig aanknopingspunten en daarvan is er één, nl. art. 595 ¹³, dat van zo evident twijfelachtig nut is, dat ik mij bepaal tot de opmerking, dat schrapping ervan aanbeveling verdient.

HOOFDSTUK I.

Rechtshandelingen ¹

§ 2 Over de vraag, in hoeverre de aan ons huidige recht voorafgaande rechtssystemen door geestelijk gestoorde verrichte rechtshandelingen als geldig erkenden, enkele korte opmerkingen ².

¹⁰ Verg. SMIDT ad art. 37 Sr, 339. SCHOLTEN W.P.N.R. 2352; FEBER a. w. 76; RÖLING a. w., 341.

¹¹ SMIDT, 341.

¹² Bv. v. d. HOEVEN a. w. III, 169; QUERIDO, a. w., 230.

¹³ Aangehaalde wetsartt. zijn uit het B.W., als het tegendeel niet wordt aangegeven.

§ 2. ¹ in § 2—§ 19 worden behandeld alle rechtshandelingen met uitzondering van testament, huwelijk, en gerechtelijke processuele handelingen, die respectievelijk behandeld worden in §§20-22, 23-24 en 25-26.

² Voor het R. R. en het O. Fr. R. zij bij voortduring verwezen naar LE-

Rom. R. Het C. I. bevat vele teksten, die met ons onderwerp verband houden, voornamelijk handelende over de furiosus, van wie Inst. 3, 19, 8 zegt: „nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit”³, hetgeen zelfs zover ging, dat ook een stilzwijgende continuatie van huur uitgesloten was⁴. Naast, of tegenover de furiosus wordt gesteld de amens, demens, mente captus of hij, die „non sanae mentis est”. Wat het onderscheid tussen deze verschillende groepen is, is niet met zekerheid te zeggen⁵. Algemeen wordt aangenomen, dat de door hoger genoemde teksten uitgesproken ongeldigheid berust op een „natuurlijke” onbekwaamheid, slechts bestaande, zolang de kwaal duurde (zodat handelingen in dilucido intervallo verricht geldig waren), òók wanneer er een curator was.⁶

Doux. De la démence de fait etc, diss. Poitiers, 1808 (van de door deze aangehaalde (blz. 32, 58 en 98) Richaud, De la condition des aliénés en droit romain, th. Paris 1883, Bourdon: Des incapacités civiles résultant de l'aliénation mentale diss. Paris 1881 en Sacase, De la folie considérée dans ses rapports avec la capacité civile, nam ik geen kennis); zie ook Mr Dr F. M. Havermans: krankzinnigenrecht bij de Romeinen; Ned. Tijdschr. voor Geneeskunde, 1942 IV, 2484.

³ Zie ook Dig. 44, 7, 1, 12: „Furiosum, sive stipulatur, sive promittit, nihil agere natura manifestum est” en 50. 17. 5. „furiosus nullum negotium contrahere potest;” Codex 4, 38, 2 „nec furiosi ullum esse consensu manifestum est.”

⁴ Ledoux 46 nt. 2; betwist is, of de furiosus de overeenkomst van mutuum kon aangaan: zie NABEE bestreden door VAN BEMMELN, (R. M. jrg. 1889, 24 resp. 356).

⁵ Cf. Vicat: Vocabularium utriusque iuris s.vv. demens en furiosus; Ledoux, a. w. 32; Sohm-Mitteis, Institutionen, 17^e ed., 237; Girard, Droit romain, 8^e ed., 242 nt. 2; May: Eléments de droit romain, 14^e ed., 175 en dr El. J. LULOFS: Antieke Melancholie in Ned. Tijdschr. v. Geneesk., 1924 I.B., 1524, verwijzend naar CROMBO in zijn Tusculanae Dispositiones, wiens bijzondere opvattingen omtrent het begrip „furor” reeds menigeen hoofdbreken bezorgden.

⁶ CODEX: 5, 70, 6, § 1; Ledoux, 37; dus de kwaal schiep de „onbekwaamheid” („furiosus statim post furorem”) en de benoeming van een curator voegde daaraan geen nieuwe onbekwaamheid toe; in het O. Fr. R. bleef dit zo: ook de in dat recht ingevoerde interdictie van krankzinnigen (zie PIRENNE, De l'interdiction des fous et des prodigues, etc. in Mélanges Paul Fournier, 638) was (slechts) een officiële erkenning van de kwaal (POHNER Obl. nt. 51 aangehaald bij Hofmann Verb. I, 1, 4^e dr. 212 nt. 3; BOUJON I, 6, 4 aangehaald bij Pirenne, a. w. nt. 40; BRISSAUD, 194 nt. 3); pas vlgs. de C. C., die het bewijs van dil. interv. t.a.v. een curandus uitsloot, schiep de curatele de onbekwaamheid (zie § 27).

O. Fr. R. Pas in een betrekkelijk jong stadium schijnen de bronnen (coutumes, auteurs) zich met de civielrechtelijke gevolgen⁷ van geestelijke gestoordheid bezig te houden. BEAUMANOIR⁸ zegt in nr. 1061 dat de „forséné” en de „fol naturel”⁹ terzake van door hen gesloten overeenkomsten niet kunnen worden aangesproken, want: „ils ne se vent qu'ils font”, en dito (nr. 220) terzake van „don ou prameses” gedaan door hen, die zijn „en frénésie of hors du sens”, of dronken. Wat deze laatsten betreft, geldt dit ook voor „marchiés et convenances” door hen aangegaan „es queles l'en voit aperte decevance” of „tricherie”. In nr. 1061 wordt bedoelde nietigheidsgrond op één lijn gesteld met de onbekwaamheid van minderjarigen en vrouwen, in nr. 220 met dwang. LENOUX¹⁰ noemt nog teksten uit het Livre de Justice et de Plet. Een belangrijke plaats veroverde in de O. Fr. rechtsbronnen zich de geestelijke gestoordheid echter niet, en, waar deze zwegen, zal men zich ná de receptie van het R. R. wel beholpen hebben met de hoger genoemde teksten van het C. I.¹¹ en aannemelijk is m.i., dat men aanvankelijk deze nietigheid beschouwd heeft als een gevolg van (feitelijke of natuurlijke) onbekwaamheid. POTHIER¹² zegt, dat contracten gesloten door „insensés” en „fous”, (gedurende de kwaal) en door lieden, die dronken zijn „jusqu'au point de faire perdre l'usage de la raison”, ongeldig zijn, daar de

⁷ afgezien dan van de erfrechtelijke gevolgen, die waarschijnlijk wel tot in oudere tijden nagespoord kunnen worden, doch die ik terzijde laat.

⁸ Coutumes de Beauvaisis (ed. Salmon).

⁹ het onderscheid tussen deze beide bestaat vlg. BRISAUD (Manuel d'histoire de droit privé, 194) hierin, dat de eerste wél, de tweede geen dilucida intervalla heeft.

¹⁰ a. h. w., 62 e.v.v.

¹¹ hiervoor ook een aanwijzing te putten uit het feit, dat waarschijnlijk (cf. BRISAUD, a. w., 195 nt. 6) voor een beroep op deze nietigheid, voorzover betreft handelingen verricht vóór de interdictie vereist was een „lettre de rescision”, die immers (cf. PLANIOL 8^e ed. II nr. 1272) slechts vereist was voor nietigverklaringen gegrond op het R. R. (zie echter ook hieronder noot 13) ?; het feit, dat t.a.v. handelingen verricht ná de interdictie „lettres de rescision” niet vereist waren pleit tegen het in nt. 6 gezegde en zou kunnen worden aangevoerd als argument voor de opvatting van Pirenne (a.w. blz. 846), dat de interdictie een constitutief karakter had, welke opvatting echter niet strookt met het feit, dat ook ná interdictie bewijs van dilucidum intervallum vrijstond (zie § 27 ad nt. 4).

¹² Tr. des Obl. nr. 49.

dronkenschap „rend incapable de consentement” (of: in nr. 51 „de contracter”) ¹³. In ander verband ¹⁴ doet hij duidelijk uitkomen, dat voor een beroep op nietigheid nodig is invloed van de kwaal op de handeling, door nl. te zeggen dat het huwelijk van een monomaan, hoewel krankzinnig, en hoewel een krankzinnige i.h.a. geen geldige huwelijks-toestemming kan geven, geldig kan zijn.

Oud. Ned. Recht. FOCKEMA ANDERAE ¹⁵ vermeldt verschillende landrechten en keuren, die toestaan binnen bepaalde tijd terug te komen („boffen”) op overeenkomsten aangegaan in bewezen of gepraesumeerde dronkenschap, bij welke bepalingen soms ook het element van benadeling een rol speelt; wat krankzinnigen betreft, meent F. A. ¹⁶, dat als regel geen onbekwaamheid aanwezig was vóór de onder curatelestelling. De BLÉCOURT ¹⁷ meent dat dit wel het geval was: waarschijnlijk doelt eerstgenoemde auteur op de periode vóór, de laatstgenoemde op die ná de receptie van het R. R. ¹⁸. Dat inderdaad in dat tijdvak rechtshandelingen van krankzinnigen, die niet onder curatele staan, ongeldig waren, vinden wij duidelijk uitgesproken bij DE GROOT ¹⁹, en VINNIUS ²⁰. Laatstgenoemde tracht een onderscheid aan te geven tussen furiosi en dementes, doch, dat het resultaat hem zelf bevredigd heeft, is moeilijk aan te nemen; hetzelfde geldt voor HUBER. ²¹

§ 3

De C. C. bevat, evenals ons B.W., slechts schaarse teksten; slechts aan de krankzinnigheid zijn enkele bepalingen

¹³ LEDOUX meent, dat POTHIER hier, evenals DOMAT, de rechtshandelingen beschouwt als „inexistant” wegens het ontbreken van toestemming, niet vernietigbaar wegens onbekwaamheid.

¹⁴ Tr. du mariage, nr. 92.

¹⁵ Oud-Nederl. Burg. R. II, 14; zie ook de BLÉCOURT, Kort Begrip, 5^e dr. 433.

¹⁶ a. w. 245.

¹⁷ a. w. 130.

¹⁸ Voor koopcontracten in dronkenschap aangegaan ná de receptie, meent de BLÉCOURT (a. w. 433), dat zij ongeldig zullen geweest zijn, daar het vereiste van wilsovereenstemming ontbrak.

¹⁹ Inleidinge, III, 3 § 2, waar jonge kinderen, „noch geen gebruik hebbende van haar verstand” en „razende luide” in dat opzicht aan elkaar gelijk gesteld worden; III, 1 § 19.

²⁰ Institut. Comm. (ed. 1755) I, 13 (blz. 130): „nam cum furor per se imminuat, ut furioso bonis a magistratu interdicatur, non requiritur”.

²¹ Praelectiones I, 23, 7 en II, 20, 3.

gewijld, nl. de artt. 503, 504 en 901¹. De geschiedenis van het tot stand komen van de C. C. verspreidt weinig licht omtrent de opvatting, die de makers van dat wetboek hadden omtrent de invloed van krankzinnigheid op de geldigheid van handelingen voor zover genoemde bepalingen niet van toepassing waren, en de weinige inlichtingen, die wij hebben, zijn tegenstrijdig. Immers **BERTRAND DE GREUILLE** in zijn rapport zegt, dat wie overlijdt, zonder onder curatele gesteld te zijn, geacht wordt steeds in het bezit van zijn volledige vermogens te zijn geweest², terwijl de tribuun **Tarrible** meent, dat „imbécilité, démence ou fureur, privent l'homme de la faculté de comparer et de juger”, met als gevolg een onmogelijkheid „d'exprimer une volonté éclairée sur les choses, qui les intéressent”³.

Onder de Franse auteurs schijnt de mening, dat buiten de uitdrukkelijk in de wet genoemde gevallen nietigheid wegens krankzinnigheid nimmer kan plaats vinden, weinig verdedigers te vinden⁴; het algemeen oordeel luidt anders, zij het, dat over de theoretische fundering onenigheid bestaat; dat de ongeldigheid berust op feitelijke of natuurlijke onbekwaamheid wordt aangenomen door **SALEILLES**⁵, en **DEMOGUE**⁶ terwijl het ontbreken van toestemming door **LEDoux**⁷, **BAUDRY-LACANTINERIE**⁸ en **PLANIOL**¹⁰ als grond wordt aangegeven. —

§ 3. ¹ Corresponderend met onze artt. 501, 502 en 942 (het laatste anders dan 901 C. C. niet toepasselijk op schenkingen onder de levenden).

² en ³ zie **FAYARD**, *Motifs*, III, resp. 283 en 290.

⁴ Als zodanig schijnt genoemd te moeten worden **PROUDHON**, *Traité sur l'état des personnes etc.*, Paris 1848, t. II, 535 aangeh. door **LEDoux**, 71; **ORZOOMER**, ed. 1879, VI, 75 nt. 1 noemt ook nog als zodanig **Aubry et Rau** (IV, 290), doch dit is niet juist.

⁵ *Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile des aliénés*, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, t. III, 1904 pp. 262 e.v.v., aangeh. door **LEDoux**, 76 nt. 3 en 78.

⁶ *Tr. des Obligations* (1923), II, 382 en eveneens t.a.v. dronkenschap en somnabulisme (385).

⁷ Doch van wie de eerste komt tot vernietigbaarheid, de tweede tot absolute nietigheid.

⁸ a. w. 75,

⁹ **B.-L. Chéneaux et Bonnecarrère**, *Traité*, 2e dr., IV, 717 en **B.-L. et Guyot**, *Précis*, I, 587.

¹⁰ *Tr. élémentaire*, 8e dr., I, 625: „La personne ne comprend pas la portée

De heersende mening neemt aan absolute nietigheid, terwijl in de jurisprudentie dienaangaande geen overeenstemming bestaat¹¹. Aan de vraag, in hoeverre goede trouw van de wederpartij aan een beroep op bedoelde nietigheid in de weg staat, wordt in Frankrijk voorzover ik kan nagaan, weinig aandacht besteed¹². DEMOGUE¹³ citeert jurisprudentie op een wijze, dat ik de indruk krijg, dat in de betreffende gevallen de vraag, goede of kwade trouw buiten beschouwing is gebleven, behoudens één beslissing, die uitdrukkelijk zegt, dat „la bonne foi importe peu”.

§ 4 Het Wetb. Nap. i.v.h. K. H. bevatte omtrent ons onderwerp nog minder dan ons B. W.; daar een bepaling corresponderend met ons art. 501-ontbrak: art. 408 kwam over-

de ce qu'elle fait; par suite, tous les actes juridiques passés par elle sont inexistantes, parce qu'il leur manque l'élément essentiel, celui qui leur donne la vie, à savoir, la volonté d'un être intelligent”.

¹¹ Zie de jurisprudentie aangeh. door DEMOGUE, blz. 382 n. 5: vernietigbaarheid en die aangeh. door LEBLOUX, 98 nt. 1: absolute nietigheid.

¹² Zulks trouwens in overeenstemming met de geringe opgang, die de „vertrouwens-theorie” i.h.a. in Frankrijk heeft gemaakt: zie LOSECAAT VERMEER, Wil en verklaring bij overeenkomst, diss. Leiden, 1913, 3 en VAN DER HEDDEN „De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis in R. M. nr. 47, 31; DEMOGUE a.w. I, 87 waarschuwt tegen overdrijving van de wilstheorie. Onder „vertrouwenstheoriën” begrijp ik, voorzover het tegendeel niet blijkt, al die theoriën, die, indien subjectieve wil ontbreekt, niettemin bij gegrond vertrouwen van de wederpartij de verklaring als geldig beschouwen; ik onderscheid dus niet, of zij i.h.a. de aanwezigheid van subj. wil irrelevant achten, of, dat zij de subjectieve wil in beginsel als grond der gebondenheid aanvaarden en in bedoelde gevallen die wil, b.v. door fictie (verg. MELJERS: Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht I, 214), aanwezig achten en aldus de subjectieve wil als grondslag der gebondenheid behouden. Wat voorts nog de terminologie betreft, breng ik in herinnering de uiteenzetting, die LOSECAAT VERMEER (a. w., 13-15) geeft van de voorstelling van HENLE, waarin nl. de rechtshandeling ontleed wordt in 3 wilsmomenten nl. de *handelingswil* (= de wil gericht op de fysieke handeling van het verklaren), de *duidingswil* (= de wil gericht op de zin der verklaring, welke ontbreekt b.v. als een woord in een verkeerde betekenis wordt gebruikt) en de *rechtswil* (= de wil gericht op het rechtsgevolg, die ontbreekt b.v. bij reservatio mentalis); welke „willen” in zoverre van elkaar afhankelijk zijn, dat de eerste conditio sine qua non is voor de twee andere (en dito de tweede voor de derde) maar de aanwezigheid daarvan niet in zich sluit.

¹³ a. w. II, 384.

een met ons art. 502. Het ontwerp 1816 art. 2609 onthield aan de wederpartij een vordering tegen zinnelozen, krankzinnigen en ijhoofdigen, wanneer de rechtshandeling zelf blijken droeg van een dergelijke toestand, of de inschulder van die toestand kennis had gedragen, terwijl vlgs art. 2599 nietig was de overeenkomst aangegaan in zodanige staat van dronkenschap, dat zij alle gebruik van verstandelijke vermogens en wilsbepaling uitsloot. Het ontwerp 1820 onderscheidt de „volstrekt zinnelozen, als met welk niemand gerekend wordt ernstig te willen kontrakteren” (art. 2295 i.f.), wier overeenkomsten volstrekt nietig zijn, en „zinnelozen, krankzinnigen of ijhoofdigen”, tegen wie geen vordering tot nakoming van door hen gesloten overeenkomsten mogelijk is, „wanneer de handeling zelve blijken van een dergelijke toestand draagt, of de inschulder daarvan kennis gedragen heeft” (art. 2288), welke overeenkomsten alsdan geldig zijn, indien zij slechts crediteuren daaruit worden (art. 2295 aanhef), doch wanneer zij een verplichting op zich genomen hebben, (blijkbaar wegens handelingsonbekwaamheid¹ vernietigbaar zijn (zie art. 2297); eigenaardig is, dat deze vernietigbaarheid niet genoemd wordt in de artt. 3494—3534, waar het „relief” op grond van vernietigbaarheid o.a. wegens onbekwaamheid ten gevolge van minderjarigheid en curatele behandeld wordt. Dronkenschap maakt een overeenkomst nietig, wanneer deze van zodanige aard is geweest, dat zij het gebruik van verstandelijke vermogens en wilsbepaling uitsloot, in welk geval de persoon met een zinneloze² gelijk wordt gesteld (art. 2279), terwijl bovendien art. 3507 nog bepaalt, dat het maken van misbruik van de staat van dronkenschap, waarin een ander zich bevindt, voor bedrog wordt gehouden.

Waarom onze wetgever tenslotte dit — niet overduidelijke — systeem niet heeft overgenomen, heb ik niet kunnen ontdekken. Wat de krankzinnigheid en andere geestesziekten betreft, zou men kunnen denken, dat bepalingen dienaangaande overbodig geacht werden, omdat de wetgever zich zou hebben voorgesteld, dat alle krankzinnigen onder curatele gesteld zouden worden, een beschouwing,

§ 4. ¹ Want in de onmiddellijk daaraan voorafgaande bepaling wordt gehandeld over getrouwde vrouwen, minderjarigen en curandi.

² Maar welke, die van art. 2295 i.f., of die van art. 2288?

die men in vrijwel ieder van onze hand- en studieboeken kan aantreffen: niets is echter minder juist: wèl immers zei art. 487 (oud), dat de daargenoemde persoon onder curatele *moet* worden gesteld, m^áár: slechts, indien hij zich bevindt in een „gedurige staat” van onnozelheid etc.³ Bovendien blijkt, dat men zeer bewust het initiatief tot deze maatregel in beginsel niet aan derden heeft gegeven. NICOLAI⁴ motiveerde dit laatste met een beroep op de schande, die voor de familie aan de maatregel verbonden is, terwijl alleen deze belang had bij het behouden blijven van het vermogen, zodat, indien zij geen initiatief nam, „personne n'aura le droit de se plaindre”⁵: de mogelijkheid, dat als gevolg van één en ander in een bepaald geval curatele achterwege zou blijven, werd dus wel degelijk beseft.

§ 5

VAN ZANTEN (t.a.p.) grijpt de geciteerde woorden van NICOLAI aan, om te betogen, dat hieruit in verband met het belang, dat NICOLAI aan de publicatie der curatele hechtte, blijkt, dat de wetgever zich heeft voorgesteld, dat derden met een beroep op nietigheid wegens krankzinnigheid niet kunnen worden besprongen, tenzij zij die krankzinnigheid hebben kunnen waarnemen, en concludeert daaruit, dat art. 501 toepassing moet vinden, ook dan, wanneer curatele niet is verleend.¹ M. i. wordt deze conclusie niet gewettigd, door de gegeven praemisse; immers, deze brengt slechts mede, dat, indien wij niet ergens in de wet een middel vinden om een wederpartij te goeder trouw te beschermen, de wetgever zijn doelstellingen niet heeft verwezenlijkt, geenszins, dat dat middel in art. 501 wordt gegeven. Te minder is deze oplossing aanvaardbaar, nu afgezien van het feit, dat art. 501 nu eenmaal eist, dat de curatele is uitgesproken, het toch hoogstens van toepassing kan zijn op krankzinnigen die voor curatele in aanmerking komen, d.w.z. verkeren in een „gedurige staat van” etc.; en, bovendien, de feitelijke situatie, die de bepaling veronderstelt, nl. dat op het tijd-

³ cf. VOORDEUIN III, 167.

⁴ VOORDEUIN t.a.p.

⁵ Zie VAN ZANTEN in W 12123 en VAN MOURIK in W. P.N. R. 3455.

§ 5. ¹ Ongeveer evenzo VAN MOURIK t.a.p.; ook van OPSTALL bij HOTMANN Verb. I, 301 komt tot dezelfde conclusie, doch baseert deze op de aan het slot van de vorige §. bestreden opvatting; ook FRILLINCK in Themis 1874, 8 neemt aan, dat voor toepassing van art. 501 niet vereist is, dat op de handeling curatele is gevolgd.

stip der handeling de oorzaak der curatele sc. de „gedurige staat”² t.a.v. andere krankzinnigen nimmer aanwezig kan zijn.

DIEPHUIS³ begint met de mogelijkheid te opperen, dat de krankzinnige in zodanige toestand verkeert, dat bij hem een wil, die zich in een rechtshandeling kan uiten, niet aanwezig is, zodat alsdan die rechtshandeling onbestaanbaar zou zijn⁴ doch neemt dit, blijkbaar⁵, op blz. 85 en 88 terug door te zeggen, dat buiten de artt. 501 en 502 beroep op nietigheid wegens krankzinnigheid niet mogelijk is. Terecht is hiertegen aangevoerd, dat DIEPHUIS dusdoende miskent, dat, zowel uit de bewoordingen als uit de geschiedenis van art. 502 blijkt, dat de bepaling beoogt een reeds tijdens het leven bestaande mogelijkheid tot nietigverklaring na dode te beperken.

Genoemde bepaling dan, zegt, dat tijdens het leven beroep op ongeldigheid ook mogelijk is, indien het bewijs van de kwaal uit de bestreden handeling niet voortvloeit, niet echter aan welke vereisten voor dat beroep dan wel voldaan moet zijn⁶; ook over de vraag, of de ongeldigheid haar grond vindt in een feitelijke onbekwaamheid of in het ontbreken van toestemming, geeft de bepaling niets. — De leer van („feitelijke”) onbekwaamheid wordt (uitdrukkelijk) slechts door enkele schrijvers⁷ gehuldigd; veel talrijker is het aan-

² cf. H. R. 8-1-1925; 302. (N.B. alle aangehaalde rechterlijke beslissingen zijn ontleend aan de N. J. en gegeven door rechtbanken, alles, tenzij het tegendeel is aangegeven).

³ II, 82.

⁴ Op blz. 88 stelt hij de krankzinnigheid op één lijn met dronkenschap, tenzij deze niet zó erg was, dat de persoon geen begrip had van wat hij deed.

⁵ Aldus is de algemeen gevolgde interpretatie van bedoelde plaatsen.

⁶ en zegt ook niets omtrent de overige vereisten, waaraan na dode nog voldaan moet zijn (cf. Arnhem 7, 3, 1940; 1941, 27, dat het bewijs van de kwaal door de bestreden contractshandeling geleverd achtende, nog te bewijzen opgelegde o.a. dat de erflaterster tijdens die handeling niet in het bezit harer verstandelijke vermogens was!)

⁷ SUXLING I, I (2e dr.) 105, EGGENS, Vormen van nietigheid, Praeadv. Br. v. C. Not. 1947, blz. 6 i.v.m. nt. 5; minder duidelijk LAND, Themis 1871, 405; ook in de stelling van SCHOLTEN en van VAN BRAKEL, dat de ongeldigheid wordt verleend in het belang van de geestelijk gestoorden (beide t. pl. aan te halen in nt. 8 en 12) ligt de gedachte: „onbekwaamheid” verscholen; NICOLAI (VOORDUIN III, 187): „incapacité”; HOFMANN, Verb.

tal dergenen, die — zij het, dat de woordenkeuze soms niet duidelijk is —, de oorzaak der nietigheid zoeken in het ontbreken van of een gebrek in de toestemming⁸, al is daar bij vaak niet vast te stellen, of zij het oog hebben op een gebrek, dat zich ook zou kunnen voordoen bij rechtshandeling door een „normaal” persoon verricht of op een gebrek dat specifiek door geestelijk gestoordheid wordt veroorzaakt; de M. v. T. op het Ontw. 1886⁹ meent, dat de handeling van een krankzinnige nietig zijn, daar de krankzinnige *niet in staat* is zijn wil te bepalen.

Hoewel de meeste van genoemde auteurs speciaal spreken over krankzinnigheid, verzet de door hen gebruikte argumentatie zich er niet tegen, hun conclusies ook toepasselijk te achten op andere oorzaken van geestelijke gestoordheid¹⁰. Uitdrukkelijk wordt voorts door verschillende hunner te kennen gegeven, dat de kwaal bestaan moet hebben bij het verrichten van de handeling, en dat blijken moet dat zij daarop van invloed is geweest¹¹. — Zéér ver gaat in het aannemen van nietigheid van BRAKEL: de wet eist niet enkel een wil, maar ook een wilsbesluit van een persoon, die niet door waanvoorstellingen tot onverantwoordelijke daden wordt verleid,¹² zodoende worden dus ook de mo-

I, 1 (4e dr.), 212 behandelt bedoelde ongeldigheid bij het leerstuk der onbekwaamheid; tegen de leer van onbekwaamheid: DONDERS ter pl. aan te h. in nt. 8.

⁸ OPZOOMER VI, 75; ASSER- v. HEUSDE I (3de dr.), 466; FRIJLINCX, Themis, 1874, 1 e.v.v.; HAMAKER, Verspr. Geschr. II, 275; FOCKEMA ANDERAE, N. Bijdr. 1875, 291 e.v.v.; MODDERMAN: Wil of vertrouwen?, 50; ASSER-VAN GOUDOEVER, 318; ASSER-SCHOLTEN I, 1 (7e dr.), 515 (op blz. 512 sprekende van „onbekwaamheid”); STAR-BUSMANN bij LAND I, 688 nt. 5 (LAND zelf — 687 — spreekt van een normale wil, die ontbreekt); DONDERS N. J. Bl. 1928, 342; PETLO, Personenr. 470 (ook de openbare orde als ratio der ongeldigheid noemende).

⁹ II, 258 (in I, 64 wordt gezegd, dat de krankzinnigheid de bekwaamheid om zich te verbinden uitsluit).

¹⁰ Zoals uitdrukkelijk gedaan wordt door OPZOOMER en SUYLING (beide t.a.p.).

¹¹ Zeer duidelijk wordt dit ook gezegd door KAPPEYNE in Themis 1852, 457: „iemand kan krankzinnig zijn en toch een wijs huwelijk sluiten”, zie ook SUYLING, SCHOLTEN en VAN GOUDOEVER (alle t.a.p.); verg. § 1 nt. 12.

¹² Verb. r. I (2e dr.) 408, als voorbeeld noemende het geval, dat een krankzinnige onder de invloed van de waanvoorstelling, dat hij millionair is, opdracht geeft tot het bouwen van een paleis.

tieven, die leidden tot het wilsbesluit, ook voorzover niet bestaande in (min of meer vage) voorstellingen van de rechtsgevolgen der overwogen wordende handeling, in het geding betrokken. Uit de formuleringen, waarvan de hoger geciteerde auteurs zich bedienen, meen ik te moeten afleiden, dat zij een zòver gaande toetsing niet geoorloofd achten¹³. — Door verschillende auteurs wordt besproken de vraag of een beroep op bedoelde nietigheid ook kan worden gedaan tegen een wederpartij te goeder trouw¹⁴, terwijl PITLO (t.a.p.) de vraag, of nietigverklaring moet worden geweigerd, indien de handeling de krankzinnige tot nut of voordeel heeft gestrekt, bespreekt en bevestigend beantwoordt.

§ 6 De rechterlijke macht werd slechts sporadisch geroepen in dezen te beslissen, : *den Bosch* 4.5.1883 W. 4959 (artt. 500 e.v.v. derogeren aan het gemene recht, voor wat betreft overeenkomsten)¹; aangenomen werd, dat het ontbreken van toestemming het gevolg kan zijn van: *dronkenschap: Hof den Haag*, 32.6.1884 W. 5067, *den Bosch*, 25.6.1920 W. 10706 (indien de partij van zijn handelingen, zo goed als geen beself heeft); *gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing der geestvermogens: Hof den Bosch* 8.2.1898 W. 7120, *Hof Amsterdam* 26.4.1918; N. J. 1918, 1118 (indien de partij tot het richten van zijn wil op de gevolgen niet in staat was — doch het beroep daarop werd verworpen, daar gebleken was, dat de partij zich wèl bewust

¹³ Uitdrukkelijk van GOUDOEVER, zeggende, dat de omstandigheid, dat de voorstellingen, die krankzinnigen zich maken, in zekere opzichten van de normale afwijken, geen grond tot nietigheid is,

¹⁴ *Ontkennend: HAMAKER* (t.a.p.), *FOCKEMA ANDREAE* (a.w., 292), *MODDERMAN* (t.a.p.), *DONKER*, W.P. N.R. 2953, terwijl *EGGENS* (t.a.p.) de mogelijkheid van een ontkennende beantwoording niet verwerpt; *PITLO*, Verbr., 173; *bevestigend: LAND* (t.a.p. Themis), *HOUWING* (J. F.), R. M. 1890, 519/20, *LOSECAAT VERMEER* (t.a.p. speciaal voor het geval, dat handelingswil ontbreekt), *SUYLING*, a. w. 106 dt. 3, *VAN BRAKEL* (t.a.p.); wie aanneemt dat de iure constituto de vertrouwenstheorie ook voor het verkeer tussen „normale” personen te verwerpen is (zie § 17 nt. 2) zal zulks ook in de onderhavige materie wel doen.

§ 6. ¹ Ik meen niet, dat zulks ook de strekking is van H. R. 8. I. 1925 N. J. 302: uit dit arrest volgt m.i. op zijn meest, dat, indien na de handeling curaleke wordt verleend, nietigverklaring van die handeling buiten art. 501 niet kan worden gevraagd (zie verder § 27).

was geweest door de ondertekening van het stuk een verplichting tot het betalen van een geldsom op zich te nemen —), *den Haag* 12.11.1929; 1930, 325 (bij ontoerekenbaarheid ontbreekt de wil), *Arnhem* 4.2.1932; 1933, 1060 (indien bewezen wordt, dat de partij door de kwaal het inzicht in de handeling en haar onmiddellijke gevolgen miste), *Amsterdam* 5.1.1937; 1938, 392, (indien bewezen wordt ontoerekeningsvatbaarheid t.a.v. de gewraakte handeling); een *beroerte*: *Maastricht* 12.12.1935; 1936, 934; *Omstandigheden ontstaan door een aanrijding*: *Breda*, 4.5.1937; 1938, 714 (als het slachtoffer der aanrijding tijdens het verlenen der finale kwijting niet in staat was zijn wil te bepalen); laatst genoemde beslissing stelde tevens als vereiste, dat bedoelde omstandigheid voor degene, die de verklaring in ontvangst nam, duidelijk moest zijn². Volledigheidshalve vermeld ik nog, dat de H. R. in 1894 (zie § 20 nt. 14) terloops memoreerde een algemene regel, dat men voor het verrichten ener rechtshandeling gezond van zinnen moet zijn.

§ 7

De hier aan de orde zijnde ongeldigheid kan vlg's velen, o.a. OPZOOMER¹ door iedereen worden ingeroepen, (hetgeen trouwens in overeenstemming is met de in § 5 genoemde opvatting, dat de oorzaak der nietigheid een gevolg is van het ontbreken van toestemming); ASSER-VAN GOUDOEVER² meent, dat dit wel rationeel is, maar in strijd is met de traditie. SUYLING³ neemt ook absolute nietigheid aan evenals EGGENS⁴ en VAN BRAKEL (t.a.p.); deze laatste op grond,

¹ Evenzo: *Arnhem*, 7. 3. 1940; 1941, 27 (t. a. v. vorderingen art. 502); zie ook *Hof Amsterdam* 12. 11. 1947; 1948, 120: wederpartij kan geen beroep doen op berusting, daar de partij, die de berustingsacte tekende, toen geestelijk niet geheel normaal was en de wederpartij zulks wist (i.e. betrof het een nog niet uitgesproken vs. inzake echtscheiding, zodat de beweerde „berusting” m.i. reeds uit hoofde van art. 55 lid 2 R. O. ongeldig was).

§ 7. ¹ VI, 75; aldus ook *Arnhem* 4, 2, 1932; 1933; 1060.

² a. w., 318.

³ I, 1, 108.

⁴ t.a.p., echter de mogelijkheid van bekrachtiging aannemende (over de vraag in hoeverre een ambtshalve uit te spreken en door iedereen in te roepen nietigheid niettemin vatbaar kan zijn voor bekrachtiging: zie H. R. 9, 5, 1941; 829 en 21, 5, 1943; 472 en de nt. van MELVERS onder eerstgenoemd arrest).

dat vernietigbaarheid slechts kan worden aangenomen, waar de wet dit zegt. SCHOLTEN ⁵ meent dat de ongeldigheid althans bij overeenkomst slechts kan worden ingeroepen door de krankzinnige, tegen de leer van OPZOOMER c.s. aanvoerende, dat nietigheid nimmer verder mag gaan, dan het doel, waarvoor zij gegeven is (i.c. bescherming van de krankzinnige) en, dat in de door hem bestreden leer de krankzinnigheid zonder curatele tot verderstrekkende gevolgen (absolute nietigheid) zou leiden, dan na curatele. M.i. wordt door SCHOLTEN over het hoofd gezien, dat 1^e in OPZOOMER's leer de oorzaak der nietigheid zonder curatele een geheel andere is dan na curatele (zie boven), 2^e ook na curatele de absolute nietigheid wegens krankzinnigheid kan blijven bestaan, naast de vernietigbaarheid wegens curatele ⁶ (in diè zin m.i. — uiteraard —, dat, indien de eerste bewezen wordt, het bestaan van de tweede irrelevant is ⁷.)

§ 8 Als argumenten voor zijn hoger (§ 5 ad nt. 12) vermelde stelling beroept v. BRAKEL zich op het bestaan van de curatele en op het feit, dat zelfs geestelijk geheel normalen tegen bedrog en dwaling worden beschermd. Deze argumenten overtuigen mij niet: het eerste niet, omdat volgehouden kan worden, dat doel van de curatele juist is 1^e bepaalde geestelijk gestoorden onbekwaam te maken tot rechtshandelingen die zij zonder die curatele wel geldig kunnen verrichten, 2^e te komen tot de aanstelling van een vertegenwoordiger, die de belangen van de geestelijk gestoorde behartigt; het tweede niet, omdat door dat argument geenszins wordt bewezen, dat ten behoeve van een

⁵ ASSEER-SCHOLTEN 7^e dr., 515.

⁶ Aldus ook de BRUYN, R. M. Them., 1939, 174; PITLO: Personenrecht, 474; zie ook KLAASSEN, Huwg. en erfr. (2^e dr.) 168; en SUYLING-DUBOIS VI, nr. 90 (beide t.a.v. testamenten).

⁷ Zegt men met DEMOGUE (a. w. II, 405), dat art. 502 C. C. (= 501 B. W.) door „tous actes” tot (slechts) vernietigbaar te verklaren, implicite uitsluit de absolute nietigheid van enige handeling, dan komt men tot de consequentie, dat ook een overeenkomst in strijd met de openbare orde gesloten (slechts) vernietigbaar zou zijn, indien aangegaan onder de omstandigheden door gemelde bepaling vermeld!; cf. VAN BRAKEL a.w., 368: „vernietigbaarheid wegens onbekwaamheid kan slechts worden ingeroepen, indien een overigens geldige overeenkomst tot stand kwam.”

geestelijk gestoorde een beroep op waanvoorstellingen is toegelaten, buiten de gevallen, waarin zulks ten behoeve van een „normaal” persoon op grond van genoemde instituten kan worden gedaan¹. Meent men, dat zodanig uitgebreid beroep de geestelijk gestoorde wel vrijstaat, dan aanvaardt men m.i. daarmee een „feitelijke” onbekwaamheid van de geestelijk gestoorde; hetzelfde doet wie opereert met wilsgebreken; specifiek door geestelijk gestoordheid veroorzaakt, welk opereren ik — veronderstellenderwijze — in § 5 noemde.

§ 9

Wat nu die leer der feitelijke of natuurlijke onbekwaamheid betreft, meen ik dat art. 1365¹ dit begrip bepaaldelijk wenst uit te sluiten. Hieraan doet m.i. niet af de stelling, dat de geestelijk gestoorde niet aansprakelijk is voor zijn

§ 8. ¹ De vraag, in hoeverre een geestelijk gestoorde met een beroep op bedoelde instituten in de praktijk succes zal hebben en, zo niet, of art. 1401 uitkomst kan brengen, wordt in § 15 onder het oog gezien. In het voorbijgaan memoreer ik een andere oplossing, die in het door VAN BRAKEL gestelde (en zeker voor het nog sprekender geval nl. dat de wederpartij tengevolge van de geestelijke gestoordheid van de ander opzettelijk bevoordeeld zou zijn) in de litteratuur en in de (lagere) rechtspraak ongetwijfeld wel voorstanders zou vinden, nl. een beroep op nietigheid wegens aanwezigheid van een ongeoorloofde oorzaak, het ontbreken van een oorzaak, of strijd met de artt. 1374 lid 3 of 1375. Op dit punt moge ik mij zonder nadere argumentering verenigen met de stelling van BREGSTEIN (praeadv. N. J. V. 1936, 70) nl., dat de souvereiniteit van partijen niet vervangen mag worden door die van de rechter, waarbij ik in het midden wil laten, of die stelling niet met zovele woorden in art. 1486 is neergelegd (men zie ook nt. E. M. M. in N. J. 1937, blz. 1495). Wat de H. R. betreft: het beroep op de „oorzaak” werd verworpen bij arr. van 13. 11. 1936; 1937, 433 (zulks in overeenstemming met de vaste rechtspraak van het college, dat „oorzaak” niet is „motief van één der partijen”, maar het „doel van de overeenkomsten.”) en een beroep op goede trouw of billijkheid pleegt niet een gunstiger resultaat te hebben (cf. ZEYLENMAKER, praeadv. N. J. V. 1948, I, 1^e st., 114-115; zie H. R. 26. 3. 1931 (669); 10. 11. 1932 (1729); 2. 1. 1936 (416); 2. 4. 1936 (417) en 24. 2. 1938 (952) — alle betreffende gevallen, waarin geestelijke gestoordheid niet in het spel was —; dit alles, uiteraard, afgezien van bijzondere (overigens sporadische) gevallen, waarin de wet uitdrukkelijk tegen benadeling reageert.)

§ 9. ¹ Ook LEDOUX, 82 wijst in dit verband op art. 1123 C. C.; zie ook H. R. 8. 1. 1925; 302 en de concl. van A. G. NOYON tot dat arr., waar (zij het terloops) wordt gezegd, dat de vraag naar onbekwaamheid uitsluitend aan art. 1366 mag worden getoetst; zie ook DONDERS t.a.p.

(schijnbare) wilsuitingen, daar hij immers „ontoerekenbaar is”², althans indien ik (§ 1 ad nt. 8) terecht stelde, dat niet-toerekenbaarheid synoniem is met niet-aansprakelijkheid en zij haar dus nimmer kan veroorzaken. — Wat bedoelt men trouwens met dat begrip „feitelijke” onbekwaamheid? In het oudere recht was het een onderdeel van wettelijke onbekwaamheid, met als bijzondere eigenschap, dat zij niet was algemeen, maar slechts gold, voorzover de bewuste persoon in een bepaalde „feitelijke” toestand verkeerde. Voor ons recht drukt de benaming uit een tegenstelling tot de wettelijke onbekwaamheid, maar aan welke omstandigheid knoopt men die vast? SUYLING (t.a.p.) zegt: indien de persoon „zich van de betekenis zijner verklaring niet bewust is”.

Zou een aanhanger van één der subjectieve wilstheoriën voor de „feitelijke” onbekwaamheid hetzelfde criterium aanleggen, dan zou men m.i. aan hem kunnen tegenwerpen, dat het weinig zin heeft nietigheid wegens „feitelijke” onbekwaamheid aan te nemen van een handeling die toch al wegens het ontbreken van toestemming (in beginsel) nietig is³. M.i. heeft het begrip dus slechts reden van bestaan voor de aanhangers van die der vertrouwenstheorieën, die de subj. wil als grondslag der gebondenheid verwerpen; maar het bestaan van dat begrip moet dan m.i. sterker geargumenteed worden dan met te zeggen, dat, daar de persoon zich de strekking zijner verklaring niet bewust was, hij *dus* niet verantwoordelijk gesteld mag worden voor zijn verklaring⁴.

Het belang van de zaak is, dat aanvaarding van de bestreden leer bijna als vanzelf meebrengt de nevenstelling, dat het beroep op de nietigheid gedaan kan worden óók tegen een wederpartij te goeder trouw, omdat men anders in feite met de ene hand zou terugnemen, wat men met de andere gaf⁵. Verwerpt men bedoelde leer en aanvaardt

² Aldus is ongeveer de redenering van DEMOGUE II, 385, en SUYLING I, 1, 242.

³ Waaruit m.i. tevens volgt, dat een aanhanger van één der theoriën de ratio van de nietigheid niet kan zoeken in bescherming van de geestelijk gestoorden of in de openbare orde.

⁴ Zoals gezegd wordt door SUYLING t.a.p. (cursivering van mij).

⁵ Immers het typische van die vertrouwenstheoriën is juist, dat zij iemand aansprakelijk houden, hoewel hij (subjectief) niet wilde.

⁶ Vandaar Dig. 50, 17, 19 (zie HOFMANN a. w. 210 nt. 4), ook wel verkort

men de gedachte, dat de oorzaak der nietigheid zuiver en alleen gegrond is op het ontbreken van wil of van toestemming, dan is nog slechts de vraag te stellen, of de feitelijke vereisten voor toepassing van het vertrouwensbeginsel i.c. aanwezig kunnen zijn. Eerst echter een enkel woord over de quaestie, wanneer tengevolge van geestelijke gestoordheid toestemming geacht moet worden te ontbreken.

- § 10. M. i. is hier hetzelfde criterium toe te passen als bij normale mensen, dus ook hier behoeft slechts gevraagd te worden, of aanwezig zijn handelings- duidings- en rechtswil. Dat de enkele geestelijke abnormaliteit aan het vervullen van die voorwaarde niet in de weg staat, wordt, met de in § 5 nt. 11 vermelde auteurs door mij aangenomen; of zij vervuld is, moet voor ieder geval in het bijzonder worden beoordeeld, zodat het geven van algemene regels dienaangaande uitgesloten is. Is gemelde voorwaarde echter niet vervuld, dan is, in beginsel, de handeling ongeldig: met name kan ik niet aannemen¹, dat zij geldig is, indien zij voor de geestelijk gestoorde nuttig of nodig is geweest, daar die opvatting m.i. — hoe practisch zij ongetwijfeld is — in de wet geen steun vindt².

- § 11. De vereisten voor toepassing van het vertrouwensbeginsel zijn door de H. R. in een reeks van arresten¹ neerge-

tot: „Quisque gnarus esse debet, condicionis eius cum quo agit”; dat ook ons huidig recht zich op dit standpunt stelt, lijkt mij dan ook wel zeker, al kent het dan tal van uitzonderingen (zie PÉRR: „Bescherming van de rechten van derden”, praeadv. Broederschap der Notarissen, Correspondentieblad 1948, 193 e.v.v.).

§ 10. ¹ Zie § 5 i.f.

² Men zou geneigd kunnen zijn in zo'n geval het beroep op de nietigheid af te weren met een beroep op misbruik van recht of op het adagium „point d'intérêt, point d'action”, in beide gevallen m.i. ten onrechte: want ook in het veronderstelde geval kan hetzij de geestelijk gestoorde, hetzij zijn wederpartij een reëel belang hebben, dat de handeling rechtens als niet geschied worde beschouwd (voor wat vernietigbaarheid wegens onbekwaamheid betreft heeft onze wetgever duidelijk doen blijken, dat bewijs van benadeling niet vereist is: zie art. 1482 lid 1 („enkele grond” etc.), daarmede afwijkende van art. 1305 C. C.: zie ASSER, Vergelijking, 502).

§ 11. ¹ 6. 5. 1926 (721); 18. 6. 1926 (1021); 18. 2. 1927 (574); 16. 3. 1928 (712); 23. 3. 1928 (730) en 19. 3. 1942 (445).

lêgd: 1^o er moet zijn bij de wederpartij een in v. m. de eisen van het maatschappelijk verkeer gerechtvaardigd vertrouwen, 2^o dat is opgewekt door de partij, wiens gebondenheid beweerd wordt²; of aan het eerste vereiste voldaan is moet naar de omstandigheden worden beoordeeld: het stellen van algemene regels lijkt niet mogelijk: beslissend is, of, gezien de regels van het maatschappelijk verkeer de wederpartij lichtvaardigheid kan worden verweten. Heeft men te doen met een rechtshandeling getroffen inter absentes dan zal m.i. geen verwijt treffen de wederpartij, die geen informaties omtrent de geestelijke normaliteit van de ander inwon, daar men, wie aan het rechtsverkeer deelneemt voorshands als geestelijk normaal mag beschouwen. Slechts, wanneer de inhoud van de voorgenomen rechtshandeling of andere omstandigheden het vermoeden van abnormaliteit van de ander wettigen, zal het nalaten van onderzoek grond voor verwijt kunnen opleveren. Ook bij een rechtshandeling inter praesentes zal i.h.a. een verplichting tot nader onderzoek niet bestaan, wanneer niet de andere tekenen van geestelijke abnormaliteit geeft. En zelfs waar onderzoek plicht was, kan de zaak zò liggen, dat de wederpartij, hoewel de geestelijke abnormaliteit bevroedende, niettemin te goeder trouw de overtuiging heeft gekregen en kunnen krijgen, dat de ander ondanks de kwaal t.a.v. de voorgenomen handeling zijn wil bepaalde, dus besepte de strekking der handeling. Het enkele feit, dat de wederpartij een onderzoek had behoren in stellen is m.i. niet niet voldoende om hem zijn beroep op goede trouw te ontnemen, indien blijkt, dat hij bij een normaal onderzoek de kwaal en het dientengevolge ontbreken van de wil bij de ander niet zou hebben bemerkt. Voor het tweede vereiste, ook wel betiteld als „toerekenbare schijn”, vorderde VAN DER HEYDEN³, dat de partij, van wie de gebrekkige uiting afkomstig is, een verwijt treft. De algemene opvatting is echter m.i. anders en stelt zich, met de H. R.,

² cf. HOETINK in W. P. N. R. 3685 e.v.v.; HOUTWINK in W. P. N. R. 3841 e.v.v. en 3868 e.v.v., PETIT: aangeh. praeadv., 215; over het vereiste, dat de goede trouw objectief gerechtvaardigd moet zijn, zie ook H. R. 15. 11. 1935; 1936, 121 en 19. 3. 1942; 445; MELJERS in N. J. 1948 blz. 740; WIARDA, in-aug. r. Groningen 1947: „het begrip laat zich gemakkelijker aanduiden dan omschrijven”; de Grooth: Praeadv. Broedersch. C. Not. 1948, 7 e.v.v..

³ De toerekenbare schijn en de bronnen van verbinten, R. M. 1928, 42.

er mee tevreden, dat de oorzaak van de fout (gebrekigheid) bij bedoelde partij ligt⁴ (ook z.g.n. objectieve schuld is dus niet vereist). Het komt mij voor, dat ook dit tweede vereiste aanwezig kan zijn bij (schijnbare) wilsuitingen van geestelijk gestoorden, zowel bij uitdrukkelijke als bij stilzwijgende wilsverklaringen⁵: ook het doel, waarmede het vertrouwensbeginsel wordt gerechtvaardigd, nl. de eisen van het maatschappelijk verkeer, de rechtszekerheid of de billijkheid rechtvaardigen m.i. voorslands de conclusie, dat naar huidig recht in de onderhavige materie toepassing van bedoeld beginsel geoorloofd is ten nadele van de geestelijk gestoorden, die — zij het wellicht schijnbaar — aan het rechtsverkeer deelnemen.

Thans de vraag; bij welke rechtshandelingen in de veronderstelde casuspositie het besproken beginsel dienst kan doen.

§ 12 In de eerste plaats komt in aanmerking de overeenkomst, waarvoor men dat beginsel dan acht te zijn neergelegd in art. 1356 B. W.. Zulks met inbegrip van de niet-obligatoire overeenkomst zoals de zakehijke, de liberatoire, de procesuele, de vaststellingsovereenkomsten en tutti quanti? Deze vraag is, in zoverre van belang, dat, bij ontkennende beantwoording, voor die niet-obligatoire overeenkomsten, die niet — zoals de leveringshandeling, de betaling, de schuld-

⁴ cf. behalve de in nt. 2 genoemde schrijvers en de door hen aangeh. litt., LOSECAAT VERMEER: dijs r. A'dam 1929, 25, die aldaar er op wijst, dat v. D. HEYDEN in zijn Handboek, 3e dr., 186 een voorbeeld van toerekenbaarheid van de schijn geeft, waarbij de bewuste partij „mogelijk te verontschuldigen” was (waarbij dus v. D. HEYDEN het vereiste, dat aan de partij een verwijt treft, laat vallen); HOUWING (W. P. N. R. nr. 3841, 246 1e kolom) gaat nog een stap verder dan in de tekst aangegeven, door, waar veratoring van de rechtsrust dreigt, genoeg te nemen met schijn niet veroorzaakt door degene, tegen wie de schijn wordt ingeroepen; LANDLOSECAAT VERMEER V, 664: „niet nodig is een gedraging . . . voldoende is een bijzonder doen of laten, waardoor het ontstaan van het redelijk vertrouwen begunstigd is”.

⁵ Waarbij de wil, zonder dat een wil opzettelijk wordt geopenbaard, geacht wordt te zijn besloten in een bepaalde gedraging, die, gezien de omstandigheden, waaronder zij geschiedt, de schijn wekt, dat de betreffende persoon wenst rechtens beschouwd te worden, evenals of hij de verklaring wél opzettelijk had gedaan; cf. MEIJERS A. B. B. R., 224.

vernieuwing etc. — ergens in de wet, zoal niet geregeld, dan toch genoemd zijn, een wettelijk aanknopingspunt en dus een grond voor cassatie zou ontbreken¹. Vandaar² dat ik bij deze vraag een ogenblik wil stilstaan.

Tegenover verschillende auteurs, die de artt. 1349 en 1356 e.v.v. niet, althans niet op alle, niet-obligatoire overeenkomsten van toepassing achten³ staan even zovele, misschien nog meer, die uitdrukkelijk of implicite een extensieve interpretatie voorstaan⁴.

Het standpunt van de H. R. in dezen is niet duidelijk; maar indien men de arresten van 31.3.1933 (1333), 24.6.1938 (1939, 337) en 11.4.1940 (649)⁵ raadpleegt, dan blijkt, dat het college, al beperkt het de toepasselijkheid van de artt. 1349 e.v.v. misschien niet tot uitsluitend de obligatoire overeenkomst, tot de meest ruime toepassing van de genoemde bepalingen niet bereid is⁶. Ik meen, dat dit te betreuren is, immers leidt tot een betreurenswaardige verarming van onze wet — zoal niet tevens van ons recht —

§ 12. ¹ Zie de aant. van P. S. onder het in de tekst te noemen arr. H. R. van 1940.

² En ook, omdat zij van belang is voor de in § 15 te bespreken vragen betreffende dwaling en bedrog, en die betreffende de artt. 1371/3, 1374/5 genoemd in § 8 nt. 1.

³ LAND-LOHMANN IV, 166; HOFMANN, Verb. 4^o dr. I, 153; VAN BRAKEL, a. w. 353; PITLO, Verb., 150; DE GROOT, a. w. 84; DE HAAN, „Eigendoms-overgang van roerende zaken”, diss. A'dam 1946, 55;.

⁴ BV. TER HORST, W. P. N. R. 3477 (zak. ov.) VAN HINLOPEN LABBERTON, W. P. N. R. 3358, blz. 195 (cessie) J. WIARDA, Cessie of overdracht, etc. diss. A'dam 1937, 112 (zak. ov.) (aldaar ook Fr. Litt.); SWANE, praeadv. 1947, Broedersch. v. Not. Correspondentiebl., 343; (bewijsovereenkomsten vallen onder 1374 en 1375) HOUWING in W. P. N. R. 4077, rechtsvr. IV (artt. 1374/5 zijn van toepassing op overeenkomst, waarbij een recht van erfpacht wordt gevestigd); ook SCHOLTEN schijnt blijkens zijn in nt. 1 genoemde aantf. in deze richting te willen gaan, na vroeger in zijn aant. onder het in de tekst te noemen arrest van 1938, althans voor art. 1371 B. W., een beperkende interpretatie te hebben voorgestaan. RUTTEN, W. P. N. R. 4072 bepleit analogische toepassing van de meeste bepp. van de 2e, 3e en 4e afd.

⁵ Zie echter de concl. van A. G. WIJNVELDT tot dit arrest.

⁶ In het arrest 12. 12. 1947; 1948, 109 stelde het cassatiemiddel, dat de overeenkomst van boedelscheiding niet is een overeenkomst in de zin van de artt. 1349 e.v.v.: P. G. BERGER verenigde zich met deze stelling; de H. R. ontweek de vraag, door het middel zodanig te interpreteren, dat bedoeld principieel punt niet beslist behoeft te worden.

en tot een verbrokkeling van het laatste ⁷, en houd mij overtuigd, dat een onderzoek naar de bronnen, waaruit de betrokken artikelen van C. C. en B. W. geput zijn, zou aantonen dat van oudsher deze bepalingen toegepast werden voor alle vermogensrechtelijke overeenkomsten, voorzover deze niet in bepaalde opzichten een eigen regeling hadden, of de bewuste bepalingen zelf krachtens haar inhoud (bv. de artt. 1351—1353) uitsluitend op obligatoire overeenkomsten konden worden toegepast, zodat ook wij, voortbouwend op de opmerking van BIGOT-PRÉAMENEU ⁸, ondanks de beperkte definitie van art. 1349 B. W. ⁹, met inachtneming van genoemde beperkingen tot de zelfde ruime toepassing gerechtigd zijn.

§ 13 Voorts is te denken aan die rechtshandelingen, die weliswaar bestaan uit slechts één wilsverklaring (dus in zoverre eenzijdig zijn) maar die pas voldongen zijn, als zij aan de wederpartij zijn medegedeeld ¹, en die men daarom zou kunnen noemen onvolmaakt eenzijdige rechtshandelingen. Ook bij deze rechtshandelingen is er een wederpartij, bij wie vertrouwen kan zijn gewekt en te wiens behoefte op die grond een gebrekkige uiting als geldig moet worden aangenomen ². Ook deze rechtshandelingen kunnen stilzwijgend geschieden ^{3,4}; juist i.v. hiermede is de toepasselijkheid der

⁷ Ook, al zal hetzij in veel gevallen, nl., wanneer de niet-obligatoire overeenkomst is uitgesloten ter uitvoering van een wel-obligatoire overeenkomst — en zulks zal veelal het geval zijn — toetsing van eerstgenoemde aan art. 1374 lid 3 en aanverwante bepalingen geoorloofd zijn om tot een bevredigend resultaat kunnen leiden, hetzij toepassing van algemene rechtsbeginselen (cf. de GROOTH a. w., 84) tot datzelfde doel kunnen voeren. ⁸ „On n'a point eintendu arrêter ou détourner la source abondante de richesses, que l'on doit toujours aller puiser dans le droit romain”. (Favard, *Motifs*, V, 3).

⁹ Doch waarvan niet blijkt, dat men deze opzettelijk zò heeft opgesteld, dat de niet-obligatoire overeenkomst zou worden buitengesloten.

§ 13. ¹ Over deze aan „mededeling onderworpen wilsverklaringen” zie SUYLING I, I, 282 (waar litt.)

² I. v. m. een opmerking van SUYLING (a. w., 106 nt. 2 en 354) moet de vraag worden opgeworpen, of ook een gebrekkige verneming der wilsverklaring ten behoeve van de aflegger der wilsverklaring op grond van gerechtvaardigd vertrouwen als geldig moet worden aangenomen, doch de beantwoording van deze vraag zou mij te ver voeren.

³ Voorzover de wet niet door voor te schrijven, dat de mededeling per deurwaardersexploijt, of schriftelijk, b.v. art. 1274 B. W. of in ieder geval uitdrukkelijk moet geschieden, het tegendeel bepaalt,

⁴ Zie bv. de praktijk zoals die zich heeft ontwikkeld t.a.v. de toestemming of machtiging van de man aan zijn vrouw. (artt. 163, 165 en 168 B. W.)

vertrouwenstheorie in de practijk in tal van gevallen erkend t.a.v. een typisch voorbeeld van de hier bedoelde rechtshandelingen nl. de afstand van recht.

Dit instituut heeft zich in de rechtspraak ontwikkeld tot een verzamelbegrip, waaronder worden gebracht: de rechtsverwerking⁵ de bekrachtiging van vernietigbare handelingen⁶, en de verzoening tussen echtgenoten⁷, terwijl ook de berusting in een rechterlijke of arbitrale uitspraak, zo zij al nog niet uitdrukkelijk bij bedoeld verzamelbegrip is ingedeeld, toch ook nu reeds een zodanige overeenkomst met de rechtsafstand heeft⁸, dat zij door gelijke regels wordt beheerst. Vandaar, dat voor al deze instituten van belang is het in nt. 6 genoemde arrest (nr. 459), waarbij werd overwogen (zakelijk), dat bekrachtiging van een vernietigbare rechtshandeling slechts dan kan plaats vinden, indien de handelende persoon kennis draagt hiervan, dat op die bepaalde grond nietigverklaring kan worden gevraagd (welke overweging gemotiveerd werd door te verwijzen naar het door art. 1929 B. W. genoemde „oogmerk om het gebrek te verbeteren”), zodat terecht de Rb. het beroep op bekrachtiging had verworpen, indien vaststond dat de handelende persoon de vernietigbare overeenkomst nakwam uitsluitend, doordat zij onkundig was van de bevoegdheid de nietigheid in te roepen (en zij dus inderdaad niet „vrijwillig” had voldaan) terwijl de in het cassatiemiddel neergelegde stelling (ik citeer de H. R.) „dat ook een onvrijwillige

⁵ Zie de arresten aangehaald door MEIJERS in „Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring” in Meded. Kon. Ac., Afd. Letterk. dl. 84 serie B., 23 nt. 3; HOUWING a. w. speciaal W. P. N. R. 3870; SUYLING I, 1, 370; zie ook H. R. 23. 1. 1942; 298 en 4. 2. 1949; 185.

⁶ H. R. 1. 12. 1938; 1939, 459 (zie echter ook H. R. 21. 5. 1943; 472 — hierover § 21 nt. 21 i.f.).

⁷ cf. H. R. 27. 6. 1947; 403.

⁸ Cf. H. R. 3. 4. 1941; 835, waar ook blijkt, dat berusting, indien zij uitdrukkelijk geschiedt, moet plaats vinden door een te kennen geven aan de wederpartij: cf. van ROSSEM-CLEVERINGA I, 531, waar tevens blijkt, dat deze handeling ook stilzwijgend kan geschieden, hetgeen in de rechtspraak herhaaldelijk wordt aangenomen; anders de oorspronkelijke tekst, (VAN DER HONERT § 334); op de vraag, of in bedoeld opzicht de vertrouwenstheorie zich volledig ontwikkeld heeft, kan ik niet ingaan. Hetzelfde geldt t.a.v. het „gedekt” zijn van een verweer in de zin van art. 348 Rv., welk begrip ook veelal wordt geconstrueerd als een gevolg van afstand doen van dat verweer (zie v. ROSS, CL. I ad art. 348 Rv.) en het afzien

tenuitvoerlegging der overeenkomst steeds bekrachtiging tengevolge heeft, tenzij blijkt, dat het onvrijwillige der tenuitvoerlegging aan de wederpartij bekend was," door de H. R. werd verworpen, op grond, dat zij geen steun in de wet vond. In zijn noot onder het arrest meent MEIJERS, dat inderdaad i.c. een wettelijke voorwaarde voor een bekrachtiging ontbrak, EGGENS⁹ daarentegen meent, dat de H. R. — kort gezegd — hier het vertrouwensbeginsel heeft miskend, terwijl MEIJERS elders¹⁰ in het arrest ziet een minder krachtige toepassing van het vertrouwensbeginsel bij eenzijdige dan bij meerzijdige handelingen.

Zou inderdaad aan dit arrest één der genoemde principiële betekenissen toekomen, dan zou dit voor ons onderwerp van groot belang zijn, immers talrijke één- of meerzijdige handelingen zijn slechts denkbaar, indien de handelende persoon weet, dat een bepaalde toestand aanwezig is: afstand van recht is slechts mogelijk, door wie dat recht kende, aanvaarding van een nalatenschap of het prijsgeven van het recht tot afstand van een ontbonden huwelijksgemeenschap, is slechts mogelijk, voor wie weet in die opengevallen nalatenschap of ontbonden huwelijksgemeenschap gerechtigd te zijn, aanneming van een aanbod kan niet gedaan worden door wie het aanbod niet kende, enz. enz.. Zou in al deze gevallen de geestelijk gestoorden met succes kunnen stellen: „ik kende door mijn geestelijke abnormaliteit dat rechtsfeit niet, dus de handeling is ongeldig"? Ik meen echter, dat dit niet het geval is immers, de H. R. zegt slechts (zie de door mij gecursiveerde zinsnede): dat in het algemeen de ter plaatse genoemde stelling niet juist is; dit nu schijnt mij in overeenstemming te zijn met het in § 12 genoemde vereiste van „het i.v.m. de eisen van het maatschappelijk verkeer gerechtvaardigde vertrouwen". (het niet-weten door de wederpartij is niet voldoende, er moet zijn — en althans in cassatie — gesteld worden: het gerecht-

„van het horen van getuigen (zie H. R. 29. 1. 1920; 234 en 17. 12. 1948; 1949, 77): beide laatst genoemde instituten zijn trouwens „gerechtelijk" van aard, zodat m.i. de toepasselijkheid van de vertrouwenstheorie betwistbaar is (zie § 25 sub B).

⁹ A. w. (praeadv.), 72 e.v.v.; DE GROOTH a. w. (praeadv.), 8, meent, dat van bekrachtiging geen sprake kan zijn zonder wetenschap van het gebrek, dat bekrachtigd moet worden.

¹⁰ A. B. B. R. 214, nt. 1.

vaardigd niet-weten). M.i. doet het arrest dus geen afbreuk aan het beginsel, dat, indien bij een door de vertrouwens-theorie beheerste rechtshandeling subjectieve wil slechts aanwezig kan zijn, indien de verklarende persoon een bepaalde omstandigheid wist, het niet weten door hem niet kan worden ingeroepen, indien bij de wederpartij gerechtsvaardigd vertrouwen bestond, dat de verklarende partij wel wist ¹¹.

§ 14 Bij de zuiver eenzijdige handeling ontbreekt een wederpartij, bij wie vertrouwen kan zijn gewekt ¹. Voorzover die handeling ook stilzwijgend kan worden verricht ², zal aangenomen moeten worden, dat zij geldig verricht is, indien een gedraging wordt gesteld, die in het verkeer pleegt te worden opgevat als uiting van de wil en zal m.i. beroep op geestelijke abnormaliteit i. h. a. niet kunnen worden gedaan. Schrijft de wet een bepaalde vorm voor (zie de artt. 60, 188, 337 (nieuw), 1070, 1103), dan bestaat de mogelijkheid dat vlg. de wet die handeling hoort tot de zodanige, waarbij de wil of de vrouwenwekkende schijn daarvan irrelevant is ³ („la forme emporte le fonds”) zodat ook dan een beroep op geestelijke abnormaliteit moet worden afgewezen; een criterium hiervoor te geven is mij echter niet mogelijk, terwijl ik in het gestelde bestek op dit punt niet verder kan ingaan ⁴.

§ 15 Thans — zeer in het kort — nog de punten genoemd in § 8, nt. I aanhef, nl. in hoeverre de geestelijk gestoorde op grond van dwaling, bedrog, of art. 1401 redres kan zoeken,

¹¹ Had i.e. het cassatiemiddel gesteld, dat de wederpartij het niet weten door de vrouw niet kende en redelijkerwijze ook niet kon kennen, dan zou dus m.i. het cassatieberoep (indien de nodige feiten vaststonden), zijn toegewezen.

§ 14. ¹ Zie echter LAND-EGGENS, 22 nt. 2 ten betoge, dat desondanks niet de subjectieve wil, maar de wil „zoals zij in het algemeen rechtsbewustzijn zich weerspiegelt”, dus de wil, zoals zij objectief moet worden geduid, rechtens relevant is.

² Zie b.v. de artt. 191, 600, 1094, B. W.

³ Cf. SUYLING I, I, nr. 204: „het baat de erigenaam niet, aan te tonen, dat dat hij de aanvaarding of verwerping niet gewild heeft.”

⁴ Over de analoge vraag, in hoeverre t.a.v. bedoelde handelingen een beroep op dwaling is toegelaten, zie de GROOTH a. w. 94 e.v.v.

wanneer hij tengevolge van zijn kwaal heeft toegestemd in een overeenkomst, die hij beter niet had kunnen sluiten. Ook in deze punten moet hij m.i. in beginsel behandeld worden als de normale mens.

Op het punt van *dwaling* staat hij er echter in zoverre ongunstiger voor, dat herhaaldelijk is beslist, dat de dwaling verschoonbaar moet zijn¹, welke vereiste een objectieve strekking heeft, zodat de geestelijk gestoorde zich op zijn onjuiste mening niet kan beroepen, indien een normale contractant bij normale oplettendheid in die dwaling niet zou zijn vervallen. De overige vereisten, waaraan voldaan moet zijn, nl. dat de dwaling betreft een voor de contractant essentiële omstandigheid en dat de wederpartij wist, dat die omstandigheid voor de ander essentieel was, en het motief dus a.h.w. deel van de overeenkomst moet zijn, geven geen aanleiding tot bijzondere verwickelingen.²

Of ook de door *bedrog* veroorzaakte dwaling van art. 1364 B. W. verschoonbaar moet zijn, is in de litteratuur betwist³, terwijl de rechtspraak die eis, naar het kaartre-

§ 15. ¹ Bv. H. R. 14. 11 1924; 1925, 97; 29, 3, 1935; 1470; aldus ook de meeste auteurs bv. HOFMANN, Verb. I, 4e dr., 195; SUYLING I, 1, 366; de GROOTH praeadv. 18; tegen de eis der verschoonbaarheid VAN BRAKEL a. w. 394 en P. G. BESIER in zijn concl. tot het arrest van 1935.

² Cf. H. R. 5. 12. 1936, 1937, 439. De H. R. drukte zich in zijn arresten van 30. 5. 1924 (835), 28. 2. 1930 (1258) en 24. 3. 1935 (1470) iets anders uit, door nl. te eisen, dat beide partijen geacht kunnen worden van de juistheid van de mening van de dwalende partij de overeenkomst afhankelijk te hebben gesteld, waaruit SUYLING (a. w. 367) en DE GROOTH (a. w. 19, 59 en 62) afleiden, dat de H. R. eist, dat de „dwaling kenbaar” moet zijn geweest; dit zou impliceren, dat de wederpartij wist of kon weten, dat de mening van de ander onjuist was; dat de H. R. deze eis niet bedoelt te stellen, moge blijken uit het arrest van 3. 11. 1921; 1922, 46 waarbij de H. R. een beroep op dwaling mogelijk achtte ook bij dwaling van beide partijen; VAN BRAKEL, a. w. 392 en PATLO, Verb., 183, spreken ook over „kenbare dwaling”, maar uit hun omschrijving blijkt, dat zij daaronder hetzelfde verstaan, wat ik, zoals gezegd, in bedoelde arresten lees, zulks in overeenstemming met HOFMANN a. w. 196 en, naar ik meen, ook met MELFERS (zie zijn aant. onder het hoger genoemde arrest van 1936).

³ *Contra*: LAND-LOHMANN IV, 229 (in zoverre dat zij menen, dat ook hier, evenals in art. 1360 bij de beoordeling acht moet worden geslagen op onderdom, stand en kunne); ASSER- v. GOUDOEYER 309 en 310 („als het geloof er maar is, doet het er niet toe, dat men het een onverstándig geloof

gister te oordelen, soms wel stelt ⁴, zódat althans, voor de huidige praktijk, ook dit middel de geestelijk gestoorde geen zekerheid geeft zijn geestelijke abnormaliteit in te roepen. (inderdaad: stultis non iuvatur!)

Daarentegen zal een vordering uit *art. 1401* m.i. in veel gevallen baat kunnen brengen, nl., wanneer de wederpartij door met de geestelijk gestoorde een rechtshandeling aan te gaan tegenover diens vermogensrechtelijke belangen, niet die zorgvuldigheid in acht neemt, die in het verkeer betamelijk is. De H. R. besliste dat zulks — t.a.v. een niet geestelijk gestoorde — het geval kan zijn, indien de gestelde

vindt") en MELJERS in zijn noot onder het in nt. 1 vermelde arrest van 1935; *pro: van BRAKEL* a. w., 402 „men vrage zich alleen af, of een verstandig en voorzichtig man in die omstandigheden door de op hem toegepaste misleiding blijkbaar zou zijn bewogen tot het sluiten der ov.”
⁴ Leeuwarden 21. 5. 1921; 1922, 524; Roermond 28. 2. 1924 (422) en 1. 5. 1924 (1269); Groningen 9. 1. 1931; 1223; A'dam 30. 10. 1934; 1935, 986. Soms speelt hierbij een rol de vraag, in hoeverre men op mededelingen van de wederpartij mag afgaan: weinig coulant in dat opzicht was Hof A'dam welks arrest werd bevestigd door het in nt. 1 genoemde arrest H. R. van 1935, waarbij werd uitgemaakt, dat de vraag, of men in een gegeven geval op mededeling en als vermeld mocht afgaan en ze mede als grondslag voor de te sluiten overeenkomst mocht beschouwen, van belang kan zijn om te beoordeelen, of de wederp. door het doen dier mededelingen kunstgrepen heeft gebezigd en of deze van zodanige aard waren, dat de andere partij zonder die kunstgrepen de verb. niet zou hebben aangegaan en dat niet juist is, dat ieder in het maatschappelijk verkeer de goede trouw zijner wederpartij behoort te veronderstellen; zie echter Hof Amsterdam: (12. 5. 1919; 1920, 315) men kan de koper niet verwijten, dat hij naliet zich omtrent de bepalingen der bouwverordening — wel gepubliceerd, maar niet was gebleken, dat de koper het bestaan ervan kende —, omdat hij mocht verwachten, dat het perceel, hetwelk, bij notariële acte, als bouwterrein omschreven werd en verkocht, ook werkelijk bouwterrein was. Men bedenke overigens, dat het stellen van bedoelde eis de oplichter prikkelt zijn slachtoffers te kiezen onder de onontwikkelden (zie MELJERS aangeh. in nt. 3) en bij bedrog minder reden van bestaan heeft voor de beoordeling van de vraag, in hoeverre een bepaalde mening bij de ander een wezenlijk motief was om toe te stemmen, immers de wederpartij heeft juist door zijn bedrog het er op aangelegd dit motief zijn werking te geven, terwijl nota bene voor de strafbaarheid ex art. 326 e.v.v. Sr. bedoelde ois niet gesteld mag worden (zie SIMONS, Strafrecht II, 6e dr. 158); zie ook HOUWING, diens-rede Rotterdam 1948, 22.

feiten een vordering tot vernietiging wegens bedrog ⁵ of dwaling rechtvaardigen ⁶, gaf echter, voorzover ik weet, geen beslissing (en ook de lagere rechtspraak niet) voor het geval zodanige vordering niet mogelijk is. Wel werd beslist bij enkele arresten, dat een onrechtmatige daad kan bestaan in het veroorzaken van een overeenkomst tussen derden ⁷ en hieraan mag m.i. aansluiting worden gezocht. Algemene regels zijn uiteraard niet te stellen: het komt er op aan of aan de wederpartij het gebruik van ongeoorloofde middelen of misbruik van de bijzondere psychische toestand van de geestelijk gestoorde kan worden verweten: was de wederpartij er op uit zich ten koste van de andere te verrijken ⁸, dan zal m.i. onrechtmatigheid moeten worden aangenomen, indien de wederpartij had behoren te weten, dat de andere in een zodanige psychische toestand verkeerde, dat hij niet in staat was zijn eigen belangen behoorlijk te behartigen; ontbreekt genoemde bedoeling, maar was de rechtshandeling slechts nadelig voor de geestelijk gestoorde, dan zal onr. d. m.i. slechts mogen worden aangenomen, indien de wederpartij wist, dat de andere in de geschetste psychische toestand verkeerde ⁹.

§ 16 Behoort in de bestaande toestand wijziging te worden gebracht? Niet te ontkennen valt, dat de huidige regeling, zoals ik haar blijkens het voorgaande zie, processueel niet niet zonder bezwaar is, nl. hem, die denietigheid wil inroepen, — en de rechter! — voor een moeilijk bewijsprobleem plaatst (immers vereist is bewijs, dat tengevolge van de kwaal bij de geestelijk gestoorde handelings- duidings- of rechtswil en bij de wederpartij objectieve of subjectieve goede trouw ontbraken. Mag dit aanleiding zijn om, zoals het ontw. 1886 (I, 63) t.a.v. het huwelijk doet, genoemd

⁵ 16. 12. 1932; 1933, 458, met noot van MELJERS.

⁶ 25. 4. 1947, 270; aldus ook MELJERS in zijn noot onder het arrest; anders DE GROOTH a. w. 73, wiens bestrijding echter, als ik het goed zie, speciaal betreft het geval, dat een beroep op dwaling mogelijk is, terwijl hier aan de orde is de vraag, of, indien zulks niet het geval is, een vordering uit art. 1401 mogelijk is.

⁷ 3. 2. 1927; 636 en 25. 11. 1927; 1928, 364.

⁸ Verg. BAUDRY-LACANTINIERE IV, 791.

⁹ Over de vraag, of de aangesprokene zich te zijner bevrijding kan beroepen op eigen „schuld” van de geestelijk gestoorde zie § 29 i.f..

bewijs te verbieden? Deze oplossing heeft de bekoring der eenvoud, maar lokt mij op gronden, die ik wel niet nader zal behoeven te ontwikkelen, allerminst aan.¹ Moet men dan op de een of andere wijze dit bewijs gaan vergemakkelijken of de mogelijkheid tot het invoeren der nietigheid gaan verruimen, door bv.: a) de geestelijk gestoorde, die door zijn kwaal bij het aangaan ener handeling geleid werd door onjuiste of inadaequate motieven naast de bescherming, die art. 1401 hem verleent (zie boven) bevoegd te verklaren op die grond de nietigheid der handeling in te roepen? ²

En/of b) behoort de regeling zo te worden, dat de geestelijk gestoorde ook tegenover een wederpartij te goeder trouw kan beweren, dat zijn toestemming slechts schijnbaar was, daar door zijn kwaal zijn verklaring niet correspondeerde met zijn interne wil, of, tot zijn voorstellingsvermogen niet was doorgedrongen, dat hij aan zijn verklaring zou worden gebonden? Wordt vraag b) ontkennend beantwoord, dan zou, logischerwijze, een eventuele bevestigende beantwoording van vraag a) gepaard moeten gaan met de beperking „mits blijkt, dat de wederpartij van een en ander op de hoogte was” en aldus practisch zonder betekenis worden: vandaar, dat vraag b) het eerst onder ogen moet worden gezien.

Een bevestigende beantwoording nu van deze vraag zou ons terugbrengen tot de toestand, die hier te lande gold vóórdat, bij de invoering van het Wetb. Nap. i.v.h. K. H., het R. R. en het O. N. geschreven recht werden afgeschaft. Nu zijn m.i. de omstandigheden sindsdien belangrijk ge-

§ 16. ¹ Ook niet t.a.v. het testament en het huwelijk, t.a.v. welke onderwerpen ik op dit punt niet meer terugkom; zie ook STAR BUSMANN bij LAND, I, 92.

² En zo ja, behoort bij de beoordeling van de adaequaatheid gewicht gehecht te worden aan de omstandigheid, dat wellicht voor deze bepaalde geestelijke gestoorde de bepaalde behoefte, ter bevrediging waarvan de rechtshandeling werd verricht, een dringend karakter had en dus, uit dat oogpunt gezien, de rechtshandeling economisch verantwoord was, hoewel zij dat voor een normaal mens niet geweest zou zijn? Ik denk hier b.v. aan bepaalde gevallen van monomanie, waar de rang naar bepaalde gedragingen of dingen een zo dwingend karakter kan aannemen, dat niet-bevrediging van de behoefte tot ondragelijke spanningen kan leiden, zodat het aannemen der nietigheid voor de patiënt een verzwaring van de onaangename gevolgen van zijn kwaal kan veroorzaken, doordat immers de buitenwereld in de toekomst weerhouden zal worden de bewuste handelingen met deze geestelijk gestoorde aan te gaan.

wijzigd: immers, terwijl oudtijds overeenkomsten overwegend inter praesentes zullen zijn afgesloten — en dus partijen de mogelijkheid hadden elkaars psychische defecten te ontdekken —, en het rechtsverkeer zich in hoofdzaak beperkte tot kleine althans beperkte rechtsgemeenschappen³, zijn thans door het gemeengoed worden der schrijfkunst, door de verschillende uitvindingen op het gebied der communicatiemiddelen en het giroverkeer de gevallen van handelingen verricht inter absentes oneindig talrijker geworden, worden overeenkomsten aangegaan tussen personen, die van elkaar slechts naam en adres weten en in verschillende delen van het land wonen, gezwezen dan nog van het internationale verkeer. Om deze redenen zou, wat vroeger slechts incidenteel een inbreuk op de rechtszekerheid vormde, thans een ernstige bedreiging daarvan medebrengen. Ook moet rekening gehouden worden met de mogelijkheid, dat oudtijds met de geestesziekten, waarover het Corpus Iuris spreekt, slechts gedoeld werd op, wat men wel noemt „la folie à grande orchestre”⁴, dus de duidelijk kenbare kwaal.

§ 17 Evenwel worden door enkele auteurs tegen het vertrouwensbeginsel, zoals en voorzover dit bij het tot stand komen van rechtshandelingen een rechtscheppende werking heeft bezwaren aangevoerd, bv., dat alleen behoort beschermd te worden de goede trouw, van wie onder bezwarende titel handelde, daar de bescherming strekt om niet louter teleurstelling, maar schade te voorkomen, en billijkheidsoverwegingen nopen om bij handelingen om niet eerder de schaal

³ Vandaar, dat de door BEAUNE (*Droit Coutumier français*, IV, 589) en Coutume d'Argou (I, 9) vermelde publicatie der curate ten notaris-kantore, en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid der notarissen (BEISSAUD, a. w., 195 nt. 3; art. Parlement van Parijs van 17. I. 1662) beperkt konden blijven tot curatele's uitgesproken binnen het ressort van de notaris.

⁴ FEBRE a. w. 30 nt. 1 i.f.; KEMPE, N. J. Bl. 1949, 63; zie de tribuun Tarrible (FAVARD, *motifs* III, 303): „furieux, insensés ou parfaits imbéciles”; wel kende men blijkens de in § 2 nt. 2 en 5 genoemde publicaties ook in de tijd, waarin het C. I. ontstond, wel de meer latente geestesziekten, doch dit bewijst niet dat deze ook onder de door de juristen gebruikte termen vielen.

te doen overslaan naar de kant van hem, die zich (schijnbaar) verbond ¹.

Toepassing op art. 1356 van deze beperking zou leiden tot de consequentie, dat een schenking tegenover de begiftigde, zelfs te goeder trouw, nietig zou zijn, indien de schenker slechts in schijn toestemde, zodat de begiftigde het geschonkene terug zou moeten geven en zou blijven zitten met de schade, die hij dientengevolge lijdt, bv. doordat hij in goed vertrouwen op de geldigheid der schenking onereuze contracten met derden had gesloten, (bv. met het geschonkene een lijfrente had gekocht). Nog verder gaat MEIJERS ² betogende, dat aan de eisen der concrete billijkheid bij alle contracten beter wordt voldaan door in de bedoelde situaties niet de geldigheid van de overeenkomst aan te nemen, maar de wederpartij slechts te geven een recht op vergoeding van het negatief (contracts)belang. HOUWING bestrijdt deze mening, voor het geval op de vertrouwens Theorie een beroep gedaan wordt ter bescherming van de rechtszekerheid ³, gaat echter met MEIJERS mede, indien slechts op de billijkheid gelet behoeft te worden. De vraag, in welke gevallen het eerste beginsel behoort te worden toegepast, laat hij in het midden ⁴, wél betoogt hij, dat het onjuist is, om, zoals in de practijk geschiedt ⁵ op grond van opgewekte schijn van afstand van een recht aan te nemen verlies van dat recht, inplaats van — althans i.h.a. — in zo'n geval bedoeld recht te laten voortbestaan en de gedupeerde slechts recht op vergoeding van het negatief (contracts)belang toe te kennen. ⁶ Ik moet bekennen, dat de hier gemaakte tegenstelling mij niet duidelijk

§ 17 ¹ Aldus ongeveer J. H. THIEL, De goede trouw van derden, etc. diss. Amsterdam 1903 blz. 92; litt. in dezelfde zin bij HOUWING, W. P. N. R. 3868 nt. 1-10 (deze geeft tevens een overzicht van de wetsbepalingen, waarin genoemde gedachte tot uiting komt).

² MEIJERS in W. P. N. R. 2675-2679 i. h. b. blz. 191; wiens gedachte ook de iure constituto wordt verdedigd door HOFMANN, Verb. I, 4e dr. 183 e.v.v.

³ Betogende o.a. (W. P. N. R. 3841, 245/8) dat het in dat geval niet gaat om het belang van derden, maar om een hoger belang, het tegengaan van de rechtsonrust; ook PETIT a. w., 221 verklaart zich uitdrukkelijk voor de bescherming van het positief contractsbelang, zoals trouwens het heersend standpunt is in litteratuur en rechtspraak.

⁴ W. P. N. R. 3868, 38.

⁵ Zie boven § 13.

⁶ W. P. N. R. 3870, 47.

is, dit te minder, indien ik, ziende dat **HOEWING** de eis van de bescherming der rechtszekerheid naar voren brengt voor het handelsverkeer⁷, denk aan de talrijke gevallen, waarin juist in dat handelsverkeer, het beginsel van rechtsafstand (b.v. t.a.v. ontbindingsrecht ex art. 1302, recht van reclame wegens ondeugdelijke levering, recht op feitelijke vrijwaring) een belangrijke rol speelt.

Doch, afgezien hiervan: de aangeduide bestrijdingen hebben niet speciaal betrekking op de psychische gesteldheid van degene, van wie de gebrekkige wilsverklaring afkomstig is, en geven m.i. geen aanleiding speciaal ten behoeve van geestelijk gestoorden een inbreuk op het vertrouwensbeginsel in de wet op te nemen. Acht men de huidige toestand onbevredigend, dan ware te overwegen het verlenen der curatele te vergemakkelijken, teneinde de geestelijk gestoorde, die zich voor de toekomst veilig wil stellen, daartoe de gelegenheid te geven, mits de lasten daaraan verbonden op zich nemende.

§ 18 Thans echter nog enige punten, waaraan m.i. aandacht moet worden besteed, voor hetgeval Uw vergadering, al het voorgaande ten spijt, mocht menen, dat vlgs. huidig recht de vertrouwenstheorie niet ten nadele van de geestelijk gestoorden mag worden toegepast, of de wet zodanig behoort te worden gewijzigd, dat zulks in de toekomst niet meer geoorloofd zal zijn.

Ten eerste behoort in dat geval m.i. te worden bepaald, dat het beroep op de nietigheid slechts kan worden gedaan, indien blijkt, dat voor de geestelijk gestoorde de rechtshandeling economisch niet verantwoord was. Voorts dienen de artt. 1487—1492 op ons geval van toepassing gemaakt te worden met dien verstande, dat de wederpartij, (tenzij te kwader trouw, doch ongeacht, of de geestelijk gestoorde enig verwijt treft) teruggebracht wordt in de toestand, waarin hij geweest zou zijn, indien de overeenkomst niet was gesloten: dus, of door hem geleden schade veroorzaakt is door de overeenkomst (i.e. het voorzienbare gevolg daarvan is) doet niet ter zake; voldoende is, dat de rechtshandeling *conditio sine qua non* voor de schade was. Ten slotte zal aandacht moeten worden besteed aan de belangen van der-

⁷ W. P. N. R. 3841, blz. 245/6.

den: indien immers, bv. ter uitvoering van de ongeldige koopovereenkomst geleverd is, zal in de regel — nog afgezien van het vraagstuk van de abstracte of causale levering — ook de leveringshandeling wel in een toestand van geestelijke gestoordheid verricht zijn en op die grond (in het door mij verworpen systeem) vernietigbaar zijn, zodat eigendom niet is overgegaan ¹; en rechten door de koper aan derden verleend in beginsel ongeldig zijn ²; men denke ook aan de mogelijkheid, dat een vordering uit een door een geestelijk gestoorde aangegane overeenkomst, door de wederpartij is gecedeerd, en tal van andere gevallen, waarin rechten van derden door de nietigverklaring kunnen worden bedreigd. Wel wordt art. 1910 B. W. aldus gehanteerd, dat rechtverkrijgenden onder bijzondere titel ³ tot op bepaalde hoogte worden beschermd tegen onvolledigheid of onjuistheid van een hen kenbaar gemaakte handeling waaruit het recht van hun voorganger ontstond, maar de heersende mening is toch, dat ongewilde ongeldigheid van bedoelde handeling tegen hen wel kan worden ingeroepen ⁴. Bepaald dient dus te worden ⁵, dat de nietigheid der rechtshandeling (hetgeen méér omvat dan overeenkomst) niet kan worden tegengeworpen aan derden, die te goeder trouw de bewuste handeling als uitgangspunt voor eigen handeling hebben genomen ⁶.

¹ Voorzover niet art. 2014 t.a.v. de daar bedoelde zaken tot een andere oplossing dwingt.

² Immers een algemene regel als door MOLENGBRAAFT (Leidraad, 2e dr. 204) verdedigd nl., dat derden te goeder trouw steeds mogen aangaan, op wat zij kunnen waarnemen, bestaat, naar meesttijds wordt aangenomen, in ons recht niet.

³ H. R. 9. 2. 1940; 303 en Hoog gerechtshof Ned. Ind.: W. P. N. R. 1940, p. 226.

⁴ Cf. THIEL, a. w., 57; ASSER-ANEMA, 2e dr., 228 e.v.v.; ASSER-SCHOLTEN, Zakenr. 6e dr., 171; HOFMANN, Verh. I, 4e dr., 204 e.v.v.; LAND-EGGENS, 99 e.v.v.; POLAK-SCHULTEMA III (1927) 86 en 88, SUYLING I (2e dr.) nr. 470; J. VAN CREVELD, Cessie van Schuldvorderingen, 23; WIARDA, aangeh. diss., 309 en PETIT, praeadv., 217.

⁵ Zoals ook reeds in speciale gevallen de wet — niet uitdrukkelijk — doet (art. 2014, 1198, 1377 lid 2, 1422 e tutti quanti).

⁶ De term „rechtverkrijgenden” vermijd ik liever, daar zij niet omvat allen, die m.i. aanspraak op bescherming kunnen maken, bv. niet hen, die meenden een retentierecht (cf. H. R. 16. 3. 1933; 791 en MEIJERS in zijn nt. tot dit arrest) of verhaalsrecht (al dan niet bij voorrang), te verwerven, of die beslag legden (art. 456 Rv.); ook de formulering in de tekst is overigens zonder twijfel voor verbetering vatbaar.

§ 19 Ook t.a.v. het *testeren*¹ bevatte het R. R. een uitsluiting van *furiosi* en *dementes*² evenzo van personen, die in ijende koorts verkeerden³. Zelfs gebruikte men een fictie van krankzinnigheid om bepaalde onterfde abintestaat erfgenamen aan een deel der nalatenschap te helpen (*querela inofficiosi testamenti*)⁴.

Ook in het O. Fr. R. maakte krankzinnigheid een testament nietig⁵ zoals ook in sommige coutume's tot uiting komt⁶. Overigens ging de practijk blijkbaar in de richting, dat althans bij het holografisch testament de kwaal slechts door de inhoud van het testament mocht worden bewezen⁷; langs een andere weg, analoog aan de constructie waarop de *quer. inoff. test.* berustte (krankzinnigheid), nl. door de zgn. *actio ab irato patre* erkende men een recht tot nietigverklaring van een testament, indien de inhoud daarvan kennelijk was geïnspireerd door een „haine injuste” van de erfflater jegens zijn afstammelingen of andere abintestaat erfgenamen⁸. Bovendien werden als oorzaken van nietigheid erkend de „*captation*” (wanneer men door overreding de erfflater tot *testeren* had gebracht) en de „*suggestion*” (wanneer bleek, dat de erfflater de beschikking slechts had gemaakt om van het „gezanik” — als ik het zo mag noemen — van de bevoordeelde af te zijn), welke instituten beide vlg. PLANIOL⁹ tenslotte werden neergelegd in een Ordonnantie van Augustus 1735 (art. 45)¹⁰. In het ontw. van de

§ 19. ¹ Kortheidshalve laat ik het herroepen van testamenten buiten beschouwing.

² Ulpianus, *Fragm.* XX, 13: *furiosus* kan geen testament maken „*quoniam mentem non habet*,”; *Inst.* XII, 1; Glück, *Pandecten*, dl. 33, 1, 355

³ LEDOUX 53; *Dig.* XXVIII, 1, 17 „*In adversa corporis valetudine, mente captus, eo tempore testamentum facere non potest.*”

⁴ *Dig.* V, 2, 5 (volgens GIRARD, 914, hiermede het door de Atheners gegeven voorbeeld navolgende).

⁵ Beaumanoir nr. 411; LEDOUX 63.

⁶ Coutume d'Orléans art. 292. POTHIER: *Traité des don. test.* III, Sect. I Art. 3 § 1.

⁷ LEDOUX, 64.

⁸ Vlg. MERLIN (*Rép. s. v. ab irato*) wordt deze actie reeds beschreven door de 13e eeuwse jurist PIERRE DE FONTAINES.

⁹ dl. III 2880/82.

¹⁰ Ook POTHIER (a. w. Ch. II, Sect. II, Artt. II-VII en Tr. d. C. d'Orl. Titel 16, nrs. 24-29) bespreekt al deze drie instituten, doch niet als oorzaak van ontbreken van (gebrek in) de wil, maar als oorzaak van het ontbreken

C. C., waarover de Conseil d'Etat beraadslaagde, bevatte art. 901 (= 942 B. W.) een tweede lid, dat voor de nietigverklaring van een testament uit hoofde van „démence” verwees naar art. 504 C. C. (= 502 B. W.); maar, door een slordigheid verzuimde men over dit tweede lid ten einde toe te beraadslagen, waardoor dat tweede lid aan de Wetgevende Vergadering niet werd voorgelegd en in de C. C. niet voorkomt¹¹. De nietigheid wegens „haine injuste”, „captation ou suggestion” is wel opzettelijk weggelaten (nl. om een bron van kostbare en schandaalverwekkende processen te elimineren) doch uitdrukkelijk werd tevens gezegd, dat wanneer duidelijk bleek, dat de wil van de erflater *niet vrij was geweest* (captation, suggestion) of deze ingevolge een „haine injuste” had gehandeld, de beschikking mocht worden nietig verklaard. M. i. werd hier gedacht, niet aan een fictie van krankzinnigheid¹², maar aan de mogelijkheid, dat door genoemde oorzaak kan ontbreken iets, dat inherent was aan het begrip van uiterste wilsbeschikking, zoals dat werd geacht opgesloten te zijn in art. 894 C. C. (= 922 B. W.), welke gedachte echter in de litteratuur en de rechtspraak geen zelfstandige betekenis heeft gekregen. Wel echter geraakte men langs een andere weg, nl. door extensieve interpretatie van art. 901¹³ tot een bescherming van de abintestaat erfgenamen: hevige aanvallen van woede en haat, dronkenschap, heftige hartstochten, ijle koortsen worden gerekend te *kunnen* hebben als gevolg, dat de testa-

van het — volgens hem — bestaande vereiste, dat ook bij donat. testament, aanwezig moest zijn de bedoeling tot bevoordeling; een en ander kennelijk geïnspireerd door Dig. 30, 54: „turpia legata quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur.”

¹¹ De Maleville (Analyse raisonnée etc. II, ad art. 901) concludeert uit deze gang van zaken, dat art. 504 C. C. 66k van toepassing is op uiterste wilsbeschikking, doch de algemene opvatting is anders!: Zie SIREY-GILBERT, Codes annotés (1847) ad art. 901 C. C.; BAUDRY-LAC etc. IV, nr. 916 en PLANIOL, Tr. El. I, 8^e ed., nr. 2077 en III nr. 2875; v. LIDT DE JEUDE: De modo probando, etc. diss. Leiden 1829, 27 e.v.v..

¹² want BIGOT PRÉAMENEU (FAVARD, Mot. IV, 269) noemt hier art. 901 in 't geheel niet.

¹³ BIGOT PRÉAMENEU (FAVARD, a. w., 268) kende uitdrukkelijk de rechter de grootst mogelijke vrijheid toe bij de beoordeling, of de erflater „sain d'esprit” was geweest.

tor niet meer was „sain d'esprit”¹⁴,¹⁵ zij het dat daarnevens herhaaldelijk wordt uitgesproken de gedachte, dat blijken moet, dat de kwaal op de aangevochten handeling van invloed is geweest¹⁶, zulks vaak geformuleerd in de vorm van de eis, dat blijken moet dat de wilsbepaling niet vrij was¹⁷.

Ook door de auteurs over het O. N. R. wordt onbekwaamheid tot testen — tenzij in dilucido intervallo — uitgesproken t.a.v. hem, die „mente caret”, ongeacht, of hij „mente captus, furiosus” of „mente captus” is¹⁸, „zinneloozen en razenden”¹⁹, „furiosi, sc. non modo qui rabii animi agitantur, sed omnes mente penitus captos et ad omnia caecutientes”²⁰ en voor krankzinnigen²¹; daarentegen schijnenzwakzinnigen²² en verkwisters (deze laatste tenzij zij onder curatele

¹⁴ Zie SIREY-GILBERT t.a.p.; MARCADÉ, Explication, III (5^e ed.) 389; LAURENT XI, (3^e dr.) nr. 115 en suppl. (1902) nr. 506; BAUDEY-LAC-COLIN IX nr. 252; PLANIOL a. w. III, nrs. 2873-2882; ONNES: de test. ab. in patre conditum, diss. Groningen 1836, 82 e.v.v.; beperker: ZACHARIÆ-AUBREY ET RAU, V (5^e dr.) § 648 e.v.v..

¹⁵ MERLIN t.a.p. meent — blijkbaar — (zulks met een beroep op de in nt. 13 aangehaalde utlating van BIGOT-PRÉAMENEU), dat het enkele feit, dat de testator door een ongemotiveerde haat werd gedreven, reeds doet vastvaststaan, dat hij niet was „sain d'esprit”, doch hij staat hierin vrijwel alleen (zie SIREY-GILBERT t.a.p. nr. 18, LAURENT, suppl. nr. 506 en de door B.-LAC. a. w. nrs. 252-253 aangeh. auteurs); zie echter ook de beslissing PETIT DALLOZ, 28^e ed. ad art. 901 sub 8) van de requestenkamer van het Cour de Cass. (9. 3. 1876; D. P. 1876, I. 367), waarbij verworpen werd het cassatieberoep tegen een beslissing, waarin werd overwogen, dat nietigheid kon worden aangenomen, indien kwam vast te staan, dat de haat „avait pris une telle intensité qu'elle ne peut s'expliquer que par une véritable insanité d'esprit” (in hoeverre het feitelijk karakter van deze overweging op de verwerping van het cassatieberoep van invloed was, kon ik niet nagaan).

¹⁶ Aldus bv. B.-LAC. a. w. nr. 255 t.a.v. monomanen.

¹⁷ Zie bv. de jurisprudentie aangehaald door LAURENT XI, nr. 253.

¹⁸ VINNIUS, a. w. Bk. II, 12, (dl. I blz. 359)

¹⁹ DE GROOT, Inl. II, 15 § 4.

²⁰ HUBER Praef. II, 12, 3 en 28, 1, 3.

²¹ V. D. LINDEN: Practic. en koopmanshandboek I, 9 § 3.

²² HUBER: t.a.p. (Bk. II) „simpliciores et stupidiores, qui possunt mediocritatem officiorum et vitae communem cultum atque civitatem obire.” en Heedend. Rechtg. II, 15, 14: „lieden, die eenvoudig en slecht voor zich heen zijn, zo, dat zij wijs in de wandeling noch mogen gaen”; duidelijk is dit punt niet, daar de terminologie van HUBER (zie § 2 ad nt. 21) niet vast is; het in de noten 24 en 25 aangehaalde wekt twijfel op dit punt: misschien is de tegenstrijdigheid hieruit te verklaren, dat H. in hoofdzaak beschrijft het in Friesland geldende recht, dat op dit punt verwees naar het R. R.

waren gesteld) tot testeren niet onbekwaam geweest te zijn²³. Bedoelde onbekwaamheid vindt men ook uitgesproken in verschillende plaatselijke rechten aangehaald door FOCKEMA ANDREAE²⁴ en de BLÉCOURT²⁵ volgens welke ook, als regel, ongeldig was, het testament gemaakt op het laatste ziekbed.

§ 20 Wat de vóórgeschiedenis van art. 942 betreft, zij het volgende gereleveerd: 1^o art. 1800 ontw. 1816 verklaarde nietig het testament van personen, die zich in zodanige staat van dronkenschap bevinden, dat zij het gebruik hunner redelijke vermogens missen, welke bepaling in de volgende ontwerpen ontbreekt; 2^o terwijl art. 603 W. N. i. v. K. H. uitdrukkelijk verbood het testament van „zwakhoofdigen” — tenzij in dilucido intervallo —, bepaalden artt. 1801 ontw. 1816 en 1589 ontw. 1820, dat „onnoozelheid of zwakheid van vermogens” (in tegenstelling tot krankzinnigheid etc.: artt. 1797 en 1799 Ontw. 1816 en artt. 1596 en 1588 Ontw. 1820), tenzij onder curatelestelling had plaats gevonden, niet onbekwaam tot testeren maakten, welke bepaling in het ontw. 1824 niet voorkomt; evenwel, 3^o: de eerste twee Nederlandse teksten van art. 19 lid 1 van titel 12 Bk. II van het in 1823 ingediende ontwerp¹ eiste voor het maken van een uiterste wil, dat men zijn verstand en zinnen machtig was², terwijl het tweede lid bepaalde, dat de benoeming van een „raadsman” uit zichzelf niet genoegzaam bewijs van onbekwaamheid was; ³ 4^o art. 974 lid 1

(zie de Statuten van Friesland van 1716 Bk. I, 16, 1), terwijl F. A. en de Bl. op dit punt weergeven het recht, zoals het volgens plaatselijke rechtsbronnen was.

²³ Wel noemen HUBER (t.a.p. in Prael. en H. R.) en v. D. LINDEN (t.a.p.) de verkwisters in één adem met krankzinnigen, maar op grond van verschillende aanwijzingen meen ik, dat hier slechts bedoeld is op „curandi”: of. FOCKEMA ANDREAE, a. w. II 327.

²⁴ t.a.p.: „die haar verstand en sinnen niet genoegzaam machtig waren” of die riet „van zoo goeden verstand of sprake waren”, dat zij hun uiterste wil zelve „beduydelijk en klaerlijk” konden uitspreken.

²⁵ a. w., 502 noemende „krankzinnigen en andere zwakken van geest.”

§ 20. ¹ Blz. 219 van de uitgave verzorgd door NOMOS (uitg. Broedersch. Cand. Not.); NOORDZIEK 1823/24 dl. II, 172; VOEDUIN IV, 74.

² Treffende gelijkenis met de door FOCKEMA ANDREAE (zie § 19 nt. 24) aangehaalde O. N. rechtsbepalingen!

³ Hieruit volgt m.i. dat men van mening was, dat ook zwakzinnigheid oorzaak van nietigheid kon zijn, immers bedoelde „raadsman” werd blijkens art. 566 wetb. 1830 gegeven aan de zwakzinnige, (dit in tegenstelling tot de curator, die benoemd werd over een krankzinnige).

wetb. 1830 echter, eiste, dat de testator zijn verstandelijke vermogens bezat ⁴; 5°. genoemd tweede lid verdween uit de wet door de novelle van 1833 (VOORDUIN IV, 72: zonder opgave van redenen): door deze zelfde wet werd de genoemde „raadsman” een „curator”;

6°. artt. 1797 ontw. 1816 en 1586 ontw. 1820 bepaalden, dat krankzinnigen en zinnelözen voor het maken van een uiterste wil in dilucido intervallo nodig hadden toestemming van de rechter, terwijl zodanige toestemming (art. 1802 resp. 1590) ook kon worden gevraagd, door ieder, die uit welke oorzaak ook, onder curatele stond: deze bepalingen komen in het ontw. 1824 reeds niet meervoor; 7°. uitdrukkelijk werd het testament aan de werking van art. 502 onttrokken. (art. 555 Wetb. 1830) ⁵ en 8°. de invloed van dwang, dwaling en bedrog werden geregeld.

In de litteratuur wordt art. 942 soms overbodig genoemd ⁶. Door verschillende schrijvers ⁷ wordt gezegd, dat niet alleen krankzinnigen, onnozelen en razenden onder het bereik van het artikel vallen, maar ook zij, die ernstig beschoonen zijn of ijlen tengevolge van koorts. DIEPHUIS (a. w. 206) verwerpt uitdrukkelijk de mening, dat ook toorn of haat op grond van deze bepaling het testament kunnen nietig maken, zulks in tegenstelling tot LAND (t.a.p.) en VEEGENS-OPPENHEIM (t.a.p.). Vlg. LAND behoeft niet te blijken, dat de kwaal van invloed op de handeling is geweest; anders echter

⁴ VOORDUIN (IV, 74) vermeldt deze wijziging zonder commentaar, terwijl uit NOORDZIEK (zitting 1823/24 dl. II, 467) blijkt, dat zij is geschied i.v.m. door de 2° en 4° sectiën gemaakte opmerkingen, maar het proces-verbaal, waarin deze opmerkingen moeten hebben gestaan, is niet gevonden (blz. 464). Wij kunnen ons dus in gissingen verdiepen: a) men heeft gedacht, dat de nieuwe redactie en de oude zakelijk hetzelfde bepaalden, en dus de redactie alleen gewijzigd om een zuiverder vertaling van de Franse tekst („sain d'esprit”) te krijgen, of b) men heeft gedacht, dat de oude redactie iets anders bepaalde dan de Fr. tekst;

⁵ VOORDUIN III, 187; ASSER, Vergelijking, 212.

⁶ OPZOOMER, IV, 223 nt. 3. SCHERMER-MOLL-VEENENBOS, Ontwerpen van not. akten, II, 3° dr., 210.

⁷ DIEPHUIS VIII, 203; Land III, 62; ASSER-MEIJERS, 2° dr., 77 met uitdrukkelijke uitsluiting van zwakzinnigheid; VEEGENS-OPPENHEIM II, 2° dr. 316, KLAASSEN; Huwelijksgoederen en erfrecht, 2° dr. 166 en KLAASSEN-EGGENS 5° dr. II, 62.

HOOGVLIET⁸, EGGENS⁹, terwijl MELJERS (t.a.p.) aanneemt, dat wanneer het psychisch defect zich tot enkele afwijkingen beperkt — monomanie — ongeldigheid van het testament slechts mag worden aangenomen, indien bedoelde invloed blijkt¹⁰. Beslissend wordt geacht de toestand op het tijdstip van het maken van het testament, zij het, dat die toestand kan worden bewezen door mededelingen betreffende de toestand kort daarvoor en daarna¹¹, terwijl een verklaring van de instrumenterende notaris op dit punt, zoal niet zinledig zijnde (immers de notaris is tot die constatering nergens bevoegd verklaard¹²) dan toch verplichte-bewijskracht mist, terwijl praevaleert¹³ de mening, dat gemis aan verstandelijke vermogens lijdt tot algehele nietigheid.

De H. R. heeft wel beslist, dat art. 942 slechts is een toepassing van een algemene regel¹⁴, maar, doordat de H. R. de vraag, of de door genoemd art. geëiste voorwaarde aanwezig is, beschouwt als een feitelijke¹⁵, weten wij niet, wát vlg. dit college onder die algemene regel is te verstaan, terwijl de vraag, of op grond van genoemd artikel de nietigheid van een beschikking kan worden ingeroepen, ongeacht, of de kwaal op het tot stand komen der handeling en haar inhoud invloed heeft uitgeoefend, voorzover ik kon nagaan, aan het college nimmer werd voorgelegd. In de lagere rechtspraak werd aan deze vraag soms geen¹⁶ soms wel¹⁷ nl. door

⁸ W. 4153: „nagegaan moet worden, of de erflater het rechte begrip had, van hetgeen hij deed.”

⁹ Bij KLAASSEN t.a.p..

¹⁰ Aldus ook SCHERMER-M.-V. a. w., 204 in dit verband aanhalend A.-G. KARSEBOOM bij H. R. 31. 3. 1870 (R. Bijbl. 44, W. N. R. 16); en DONDERS N. J. Bl. 1928, 343.

¹¹ ASSER-MELJERS t.a.p. waar litteratuur en rechtspraak; *contra*: Rotterdam 26. 11. 1923; 1924, 1045.

¹² KLAASSEN-EGGENS t.a.p..

¹³ ASSER-MELJERS t.a.p.; SUTLING-DUBOIS nr. 87.

¹⁴ 2. 11. 1894 W. 6572.

¹⁵ 17. 10. 1862 W. 2425.

¹⁶ Hof N. H. 27. 6. 1881, W. 2313 (bewusteloze toestand); Leeuwarden 8. 4. 1886 W. 5458; Hof Arnhem 6. 5. 1913, 602; Haag 18. 6. 1918 (zie Hof den Haag 17. 11. 1921; 1922, 446); Hof den Haag 26. 4. 1920 (zie H. R. 3. 2. 1921, 411); Maastricht 12. 10. 1922; 1923, 117; Amsterdam 23. 11. 1922 W. 10990; Rotterdam 26. 11. 1923; 1924, 1045; Utrecht 3. 12. 1930; 1931, 771; Amsterdam 16. 2. 1931, 1290; Arnhem 13. 5. 1937; 1938, 46; Leeuwarden 6. 11. 1947; 1948, 663, terwijl Alkmaar 9. 12. 1939, 342 uitdrukkelijk het vereist zijn van genoemde invloed ontkende.

¹⁷ (Betreffende, — evenals die genoemd in de vorige noot —, voorzover

te eisen, dat de testator het inzicht in de handeling miste en/of het vermogen zijn — al dan niet met bijvoeging van „zuivere” — wil te bepalen en/of uit te drukken, aandacht besteed. Ook in ander opzicht blijkt het verbod ruim¹⁸ of eng¹⁹ te worden geïnterpreteerd, terwijl ook in verschillende zin beslist is t.a.v. devraag: absolute nietigheid²⁰ of (slechts) vernietigbaarheid.²¹

niet anders vermeld, gevallen van krankzinnigheid) Maastricht, 7. 12. 1857 W. 1967 (dronkenschap); Utrecht 24. 6. 1868 en Hof Utrecht 5. 4. 1869 (beide W. 3127); Leiden 28. 5. 1872 W. 3502; Hof Arnhem 6. 5. 1913, 603; A'dam 23. 11. 1914; 1915, 61; Arnhem 28. 11. 1918 W. 10404; den Haag 9. 12. 1943 (bev. door Hof d. Haag 28. 4. 1947, 753); in dit verband is ook te noemen de zaak F. M. H. contra J. S. H. e.s., waarin de Rb. te Rotterdam bij interl. vs. van 8. 3. 1939 aan eiser te bewijzen oplegde, dat de testator bij het opmaken van het testament niet beschikte over zijn verstandelijke vermogens, en bij dat van 24. 2. 1942 een deskundigenrapport gelastte over de vraag, of uit de getuigenverklaringen moest worden afgeleid, dat testator op of voor de datum van het testament „niet meer in staat was t.a.v. het testament zijn wil zuiver te bepalen”, na te hebben overwogen: 1° dat het feit, dat tegelijkertijd met het bostreden testament door de echtgenote van testator een woordelijk gelijkkluidend testament was gemaakt, de mogelijkheid openliet, dat de wil om te beschikken, gelijk geschied was, alleen of voornamelijk was uitgegaan van een ander dan de testator 2° dat de getuigenverklaringen aanwijzingen bevatten, waaruit wellicht op grond van medische ervaring zou kunnen worden afgeleid, dat de geestvermogens van de testator reeds (in?) 1932 gestoord waren (beide niet gepubl.).

¹⁸ Almelo 17. 6. 1896 W. 6830 (bewijs opgelegd, dat testator leed aan zwakheid van vermogens).

¹⁹ Tiel 13. 5. 1859 W. 2337 — bevestigd door Prov. Hof van Gelderland 4. 12. 1861, W. 2337 — (niet was gesteld, dat testator leed aan bekrompen geestvermogens, onnozelheid of krankzinnigheid, maar slechts dat hij was lijdende aan koorts en met ijhoofdigheid, waaruit vlg. de Rb. volstrekt niet behoefde te volgen, dat hij niet was in het bezit van zijn verstandelijke vermogens); Utrecht 17. 1. 1906, W. 8415 (ook de minste maat van verstandelijke vermogens is voldoende om het testament geldig te doen zijn).

²⁰ Hof Arnhem, 6. 5. 1913, 602 („onherstelbaar nietig”); Arnhem 13. 5. 1937, 1938, 46 (van rechtswege nietig, geen vernietigbaarheid.)

²¹ Rotterdam 8. 3. 1897 W. 7036 (er moet worden gevorderd nietigverklaring); Hof Den Bosch 8. 2. 1898 W. 7120 (indien de abintestaat erfgenaam berust en afstand doet van alle exceptiën en verweermiddelen ontleend aan het bewuste gebrek, dan kan hij in zijn vordering tot nietigverklaring niet meer worden ontvangen); Hof den Haag, 28. 4. 1947, 743 (implicite de mogelijkheid aannemend, dat abintestaat erfgenaam zijn recht om het

§ 21 De opvatting, dat verband tussen de kwaal en de inhoud van het test. niet ter zake doet, is in overeenstemming met de letter van art. 942, niet echter met de daaraan blijkens de geschiedenis van art. 901. C. C. ten grondslag liggende gedachte, nl., dat iemand, die niet is „sain d'esprit” niet kan testen, omdat (en dus — m.i. — in zoverre als) *hij niet kan*

testament wegens krankzinnigheid van de erflater aan te tasten verwerkt); m.i. zijn laatstgenoemde beslissingen niet te rijmen met de gedachte van absolute nietigheid; wel meent Hof den Bosch, dat er een principiëel verschil bestaat tussen de „bekrachtiging” van art. 1929 en de afstand van het recht tot nietigverklaring, doch m.i. ten onrechte, daar immers (zie § 13 nt. 6) de bekrachtiging van een vernietigbare handeling (en ook de verwerking van het recht tot nietigverklaring. — § 13 nt. 5) slechts zijn specimina van het begrip „afstand van recht”; doch ook dit daargelaten, van afstand of verwerking van een recht tot nietigverklaring kan m.i. slechts sprake zijn, indien er inderdaad is een recht op nietigverklaring (gedacht als processuele rechtsbetrekking tussen 2 personen) hetgeen m.i. niet het geval is, indien een handeling volstrekt nietig is: wel kan men in zo'n geval, indien men er belang bij heeft, in rechten uitlokken een declaratoire uitspraak dat bedoelde handeling nietig is, maar deze bevoegdheid levert niet op een processuele rechtsbetrekking; wel kan men zich bij overeenkomst verbinden om zodanige declaratoire beslissing niet te zullen uitlokken, of ook om het recht, dat door de aantastbare handeling (schijnbaar) werd op zij gezet (i.e. het „recht van erfgenaamschap”), niet in enig geding te doen gelden, maar zodanige overeenkomst leidt m.i. niet tot niet ontvankelijkverklaring in de ondanks de afspraak toch ingestelde vordering of gevoerd verweer, maar lost zich, evenals alle overeenkomsten, waarbij een verbintenis om niet te doen in het leven werd geroepen, op in schadevergoeding; zie in dit verband H. R. 21.5.1943; 472; „'s Hofs beslissing, dat x stilzwijgend afstand heeft gedaan van ieder recht tot nietigverklaring der handeling komt hierop neer, dat x deze handeling achteraf heeft bekrachtigd”: waarom deze redenering, die op 't eerste gezicht overbodig lijkt en in strijd met het in § 13 nt. 6 genoemde arrest van 1938, waarin de H. R. om vast te stellen, wat tot het wezen van bekrachtiging behoort, zich beroept op het feit, dat bekrachtiging eigenlijk is „afstand van het recht tot nietigverklaring”? Is het gewaagd te veronderstellen dat de H. R. in 1943 inzag, dat, zoals ik zeide, afstand van een recht tot nietigverklaring ondenkbaar is, wanneer het gaat om een volstrekt nietige handeling?, zodat, wie men in zo'n geval spreken van „bekrachtiging”, men die zal moeten beschouwen als een rechtsfiguur sui generis, niet als een specimen van afstand van recht?

*willen*¹; ook de redenering, die de ratio der bepaling zoekt in beduchtheid voor captation of suggestion van de geesteszwakke erflater, die mogelijk in extremis testeerde², leidt tot de conclusie, dat de beschikking slechts ongeldig is, indien en voorzoverre zij door suggestion of captation en dus (mede) tengevolge van de kwaal tot stand is gekomen. Ook is de beperkte interpretatie in overeenstemming met de gedachte, die zowel door BIGOT-PRÉAUMEU³ als JAUBERT³ duidelijk naar voren wordt gebracht, nl. de hoge ideële waarde, die er voor de erflater in kan zijn gelegen; zijn goederen te vermaken, dáár heen, waar zij door hem het best op hun plaats worden geacht. Naar mijn overtuiging behoort deze grondgedachte van de testeervrijheid ook thans tot haar recht te komen en moet een interpretatie van art. 942, die tengevolge heeft, dat een beschikking van een geestelijk gestoorde nietig wordt verklaard, ook wanneer niet blijkt, dat hij zonder zijn kwaal niet of anders zou hebben beschikt, als onredelijk worden verworpen.

Wil men dan ook de bepaling beschouwen als toepassing van een regel geldende voor alle rechtshandelingen; dan kan ik mij daarmede verenigen, mits men deze regel opvat als zeggende, dat een rechtshandeling nietig is, indien en voorzover, ten gevolge van geestelijke gestoordheid de wil bij de handelende persoon ontbrak. Indien ik terecht aldus weergaf de heersende mening t.a.v. rechtshandelingen onder de levenden (zie § 5 ad nt. 11)⁴ dan is het niet meer dan consequent zich bij testamenten op hetzelfde standpunt te stellen. Ik ga zelfs verder: m.i. bestaat er bij eerst genoemde rechtshandelingen minder reden de vrijheid van de handelende persoon te beperken dan bij laatst genoemde. De rechtshandeling onder de levenden toch dient om een nieuwe rechtstoestand in het leven te roepen, blijft de handeling achterwege (of is zij nietig), dan blijft alles bij het oude: de rechtshandeling terzake des doods daarentegen wordt ver-

§ 21. ¹ BIGOT-PRÉAUMEU (FAVARD, Motifs IV 266) (verg. POTHIER, Tr. des don. test. ch. III, Sect. I, art. III § 1 pr.).

² JAUBERT (FAVARD Mot. IV, 327); PLANIOL I, 625.

³ FAVARD a. w. 257 resp. 326; onze wetgever deed op dit punt niet van zijn gevoelens blijken.

⁴ Zij het in haar gevolgen belangrijk besnoeid door het vertrouwensbeginsel.

richt niet om iets nieuws te scheppen, maar om een wijziging te brengen in de nieuwe rechtstoestand, die het verwachte overlijden zal brengen, blijft de rechtshandeling achterwege, dan gebeurt er (bij het overlijden) wel iets, nl. de vermogensrechtelijke gevolgen van dat overlijden treden in ⁵. En houdt men dit voor ogen, dan is het m.i. niet redelijk de geestelijk gestoorde, die nog voldoende oordeel des onderscheids heeft, méér te beperken in zijn testeebevoegdheid, dan het belang van de zaak vordert, òók niet met een beroep op de belangen der abintestaat erfgenamen — dit uiteraard nog te minder, naarmate zij tot de erflater in een verdere graad staan — of de Staat ⁶.

§ 22 Aan te bevelen is de wet zodanig te verduidelijken, dat het boven verdedigde beginsel tot zijn recht komt. — Zou daartoe niet voldoende zijn art. 942 te schrappen, in welk

⁵ Voorts wil ik er nog op wijzen, dat bij eerstgenoemde handelingen de wet door de curatele, met de daaraan verbonden vertegenwoordigingsbevoegdheid van de curator, voorziet in de eventuele onmogelijkheid van de geestelijk gestoorde om zelf te handelen, bij de laatst genoemde handelingen niet.

⁶ Men mene niet, dat bedoelde beperking pas aan het licht komt, indien ná het overlijden het testament wordt aangevochten, en dat de erflater zelf haar dus niet voelt: het tegendoel kan zeer licht het geval zijn, daar in de notariële handboeken de mening wel wordt verdedigd, dat een notaris ex art. 6 Not. W. („gegronde redenen”) zijn ministerium moet weigeren, indien hij meent, dat de te verlijden acte ten gevolge van de geestelijke toestand van de aspirant-testator ongeldig zou zijn; zie MOLL (bij SCHERMER, a. w. II, 207). Breda 21.9.1852 W. 1373; Almelo 17.6.1896 W. 8630; Arnhem 28.6.1880 W. 4560; hof Amsterdam 21.12.1920; 1921, 1055 (waarin ligt opgesloten de gedachte, dat de notaris, die het testament van een krankzinnige verlijdt, een blaam op zich zelf werpt); veel beperkter SCHERMER zelf (2^e dr., 137), SPRENGER VAN EYK-LIBOUREL (Wetg. o. h. Notarisambt, 4^e dr., 90) en MELIS (de Notariswet, 2^e dr., 200), welke laatste met MOLL medegaat in het geval, dat door zeer abnormaal gedrag de krankzinnigheid of dronkenschap blijkt; het is mij niet mogelijk nader in te gaan op deze quaestie, die trouwens niet beperkt is tot testamenten, noch tot geestelijk gestoorde, noch tot notarissen (de vraag kan zich voordoen t.a.v. alle openbare ambtenaren, die verplicht zijn op particulier initiatief te instrumenteren): wat het onderbavige punt betreft, indien de toestand van de testator zodanig is, dat hij zijn wil niet kan te kennen geven, dan kan de notaris zijn taak niet vervullen en kan dus van een verplichting zijnerzijds geen sprake zijn: buiten dat geval mag m.i. de notaris niet „dienst weigeren”.

geval art. 922 („hetgeen iemand *wil*") het verlangde resultaat zou opleveren, nl., dat het testament ongeldig is, indien en voorzoverre het tengevolge van geestelijke gestoordheid van de test. niet is „gewild"? Een bevestigende beantwoording schijnt *prima vista* door genoemde bepaling te worden geboden, doch wordt lang niet door alle gezaghebbende auteurs gegeven: zulks op grond, dat de akte is de rechtshandeling zelf en derhalve geen tegenbewijs lijdt¹. M. i. gaat echter de quaestie van de bewijskracht van testamenten en dergelijke acten langs onze quaestie heen: immers vraagt men naar de bewijskracht van een testament, dan moet eerst vaststaan, dat dit stuk, waarover men spreekt, inderdaad een testament is, en dit laatste is de vraag, die hier aan de orde is; dus niet de vraag: wat bewijst het testament, maar deze: is dit stuk een testament, hoewel het in werkelijkheid niet als zodanig door de erflater is gewild en dus niet voldoet aan art. 922? Zoals gezegd, acht ik ten deze genoemd artikel beslissend, wil echter ter nadere adstructie nog wijzen op art. 932 dat implicite hetzelfde antwoord geeft op deze vraag. Immers, indien wij vragen, mag men door interpretatie afwijken van de letter der beschikking?, dan is dat een tweeledige vraag nl.: 1^o mag datgene, wat de letter van het testament schijnt te bepalen, daar niet door de test. gewild, als krachteloos worden beschouwd, 2^o mag iets anders als wel van kracht zijnde worden beschouwd? De eerste vraag nu is in wezen geen andere, dan die hier aan de orde is; en dan komen wij terecht bij een andere vraag, nl.: „wanneer zijn de bewoordingen „duidelijk" in de zin van bedoelde bepaling?" Vroeger kwam de

§ 22. ¹ HAMAKER, Verspr. Geschr. V, 107; SCHOLTEN, W. P. N. R. 2067 (bewijs van simulatie uitgesloten); SUTLING I, 2 nrs. 435 en 454 („ieder, die zo'n akte ziet, moet aan het bestaan der akte geloven, zolang zij niet door onbekwaamheid en dergelijke nietig is") en VI nr. 166 (slechts als er een verschoonbare vergissing is, mag de beschikking, zoals en indien zij is neergeschreven buiten toepassing blijven). In dezelfde zin Prov. Hof N.-H. 21. 5. 1863, W. 2489 (simulatie wordt in de wet niet genoemd als grond van nietigheid mag dus niet als zodanig worden aangenomen en zij zou ook niet, als niet voor waarneming vatbaar, bewezen kunnen worden): anders: EGGENS bij LAND 76: ook testamenten zijn partij-akten, en zijn, voorzover zij ten behoeve van een bepaald persoon bv. testamentair bevoordeelden dwingend bewijs hebben, vatbaar voor tegenbewijs.

gangbare mening hierop neer, dat duidelijk is, wat grammaticaal duidelijk is ²; allengs won veld de mening dat men ook moet letten op de overige inhoud van het testament ³, ja zelfs, op omstandigheden, die niet uit het testament blijken ⁴; zulks in overeenstemming met de gedachten, die onze wetgever van de jaren 1816—1833 koesterde omtrent interpretatie in het algemeen ⁵ en, die geïnspireerd waren door „l'ancienne législation” ⁶. Ook art. 932 laat dan m.i. toe datgene, wat de (schijnbaar) duidelijke letter van het testament zegt, maar niet door de erflater is gewild, als krachteloos te beschouwen en de bepaling bevestigt in zoverre de vermelde lezing van art. 922, n.l. dat door deze bepaling het testament krachteloos is, indien en voorzoverre het in werkelijkheid niet berust op de wil van de erflater, bv., in-

² ASSER, Verg., 468; OPZOOMER IV, 2e dr., 203; DIEPHUIS VIII 218; LAND III 52; KLAASSEN Huwg. en erfr., 2e dr., 147; VEEGENS OPPENHEIM II, 2e dr. 311.

³ ASSER-MELJERS, 2e dr. 84.

⁴ LEVYSSOHN Themis 1845, 381; SCHOLTEN, W. P. N. R. 2058; BOLTJES, W. P. N. R. 3078; LANGEMEIJER N. J. Bl. 1931, 348; KLAASSEN-EGGENS, 43; SUYLING I, 1 (2e dr.) nrs. 248 en 250; SUYLING-DUBOIS, nr. 161 (echter in nr. 159 uitsluitend het bewijs van een niet toerekenbare afwijking tussen wil en verklaring toelatende); Haarlem 30.1.1940; 1084 (uit art. 933 blijkt, dat bewoordingen niet reeds als duidelijk moeten worden aangemerkt, zodra maar aan die bewoordingen een „letterlijke” zin kan worden gehecht); zie ook Hof den Haag 11.2.1929 aan bepaalde bewoordingen in een testament gevende een andere betekenis dan die zij „op zich zelve en letterlijk beschouwd” hadden: de H. R. bekrachtigde het arrest (9.5.1930; 1373) overwegende dat de vraag, of een beschikking „duidelijk” is, er één van feitelijke aard is, hiermede (zie nt. E. M. M.) een reeds vroeger herhaaldelijk gegeven beslissing getrouw blijvende (anders EGGENS in zijn aantekening op het arrest in W. P. N. R. 3182, betogende dat de H. R. hier verworpen heeft de opvatting, dat feiten buiten het testament niet in aanmerking mogen komen voor de vaststelling van de betekenis ener beschikking, indien de woorden daarvan op zichzelf duidelijk zijn).

⁵ Zie ontw. 1816 artt. 54, 55, 1911, 2106 en 2672; ontw. 1820 artt. 47, 1681, 1838, 2349; KEMPER bij VOORDUIN I, 1, 567 e.v.v..

⁶ BARTHÉLÉMY, bij VOORDUIN V, 67; zie de plaatsen uit DOMAT's, Les lois civiles, aangehaald door A. G. LEDERBOER in zijn conclusie tot H. R. 14.3.1924 W. 11250, waaruit blijkt, dat ook vlg. DOMAT de interpretatiereg, dat men niet mag gaan uitleggen, indien de bewoordingen duidelijk zijn, niet verhindert, dat de bedoeling der partijen praevaleert boven de letter der rechtshandeling; POTHIER, Oblig. nr. 91; HOUWING, Rechtsk. Opstellen, 342; LOSBEAAT VERMEER, diss. 31; HOFMANN, a. w. 247; SUYLING II, 1, 267.

dien deze tengevolge van geestelijke gestoordheid niet geacht kan worden enig rechtsgevolg beoogd te hebben.

Is dit echter voldoende of moet men verder gaan en open stellen (houden) de mogelijkheid een beschikking aan te tasten op grond, dat, de testator, hoezeer verklaard hebbende, wat hij wilde, tot zijn wilsbesluit kwam door onjuiste of inadaequate motieven, zulks uitsluitend of mede ten gevolge van de kwaal⁷? — Waken tegen dit euvel de bepalingen omtrent dwaling (art. 937) en bedrog (940) niet voldoende? — Weliswaar zijn deze rechtsmiddelen hier o.a. in zoverre gemakkelijker dan in het overeenkomstenrecht, dat hier niet behoeft te blijken, dat de onjuiste mening verschoonbaar was, maar hier tegenover staat, dat, voor wat betreft een beroep op dwaling, het vereiste, dat het onware motief deel der rechtshandeling zij⁸, door art. 937 zodanig is toegespitst, dat uit de beschikking moet blijken, dat de erflater zonder dat motief anders (of in 't geheel niet) beschikt zou hebben⁹. Bovendien bestrijken dwaling en bedrog slechts de gevallen, waarin de testator handelde tengevolge van een onjuist motief, niet die, waarin hij handelde met open ogen, echter tengevolge van zijn kwaal niet in staat zijnde het pro en contra van de overwogen wordende handelingen op de — naar normale maatstaven gemeten — juiste waarde te schatten, bv., indien hij met onterving zijner echtgenote een willekeurige vreemde wegens het bewijzen van een onbelangrijke dienst tot universeel erfgenaam zou instellen. Moet in een dergelijk geval de nietigheid der beschikking kunnen worden ingeroepen?, of verzotten het respect voor de testeervrijheid en de eisen der rechtszekerheid zich daar tegen? Na ampele overweging, meen ik, dat bedoelde mogelijkheid moet worden opgesteld, mits, mede ter wille van de rechtszekerheid, aan de testator de mogelijkheid wordt gegeven zijn beschikking

⁷ Welke laatste vraag ik t.a.v. handelingen onder de levenden passeerde op grond, dat zij tengevolge van het vertrouwensbeginsel praktisch van weinig belang is (zie § 16, 2e al.)

⁸ Zie § 15 ad nt. 2.

⁹ STYLING-DUBOIS nr. 165 meent, dat, indien aan gemeld vereiste niet voldaan is, en dus de dwaling niet tot nietigheid der beschikking leidt, aangenomen mag worden, dat door de dwaling de beschikking „onduidelijk” is en dus ex art. 933 mag worden uitgelegd in de geest, waarin de testator beschikt zou hebben, hadde hij niet in dwaling verkeerd.

tegen betwisting veilig te stellen door haar door de rechter te doen bekrachtigen¹⁰. Ik zou dus willen voorstellen art. 942 te doen opschuiven naar de eerste afdeling¹¹ en te redigeren ongeveer aldus: „Ook afgezien van het hoger bepaalde kan de geldigheid ener beschikking worden betwist op grond, dat zij is tot stand gekomen ten gevolge van een toestand van geestelijke gestoordheid, waarin de erflater zich bij het tot stand komen der beschikking bevond¹². Niettemin kan op bedoelde grond de nietigheid niet worden ingeroepen, indien de rechtbank op daartoe strekkend verzoekschrift door of namens de erflater ingediend de beschikking heeft goedgekeurd.¹³” Deze bepaling zou dan mede van toepassing kunnen worden verklaard op curandi.

§ 23 Ook t.a.v. het *huwelijk* werd van oudsher ingeval van krankzinnigheid of andere geestesstoornissen, indien diengevolge toestemming had ontbroken, nietigheid aangenomen: aldus in het C. I.¹ het O. Fr. R.², het O. N. R.³.

¹⁰ Zie § 20 sub. 6°.

¹¹ Waar immers ook de andere wilsgebreken behandeld worden.

¹² Aldus geredigeerd zou de bepaling omvatten de gevallen, dat de erflater: 1° in werkelijkheid niet de wil tot testeren had, 2° handelde ten gevolge van onware motieven, 3° handelde tengevolge van — naar normale maatstaven gemeten — onvoldoende motieven; (wat sub. 1° betreft, zou zij als *locus spei*, derogeren aan art. 922, zoals ik dat art. lees).

¹³ Ook ware wenselijk de nietigheid op grond van het voorgestelde artikel vatbaar te maken voor bekrachtiging en het beroep op die nietigheid aan een bepaalde termijn te binden, doch dit geldt evenzeer voor andere wilsgebreken, raakt dus niet speciaal de geestelijk gestoorden.

§ 23. ¹ Dig. 23.2.16; „*Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est*”, etc.

² LEDOUX 62, aanh. Livre de Jost. et de Pl. de esposailles et de mariage; POTHIER. Tr. du mariage nr. 92, tenzij in dilucido intervallo (hetgeen door andere auteurs betwist schijnt te zijn — zie LEDOUX, 63) of, wanneer het betrof monomanie (en deze op de handeling niet van invloed was geweest).

³ FOCKEMA ANDREAE II, 148 aanh. een keur van LANGEWOLD van 1250 (geen huwelijk, wanneer één der partijen zo „krank sy, dat he synen wille niet berichten noch belien en moeghe”); de GROOT: Inleydinge I, 5, 4; HUBER, Hedend. R. I, 5, 37 (nietigheid bij „overstallige dronkenschap, waardoor de wille en het consent belet worden” (voldoende is echter, dat partijen, hoezeer „eenvoudig en niet in staet een huisgezin te regeeren, tamelijk haer sinnen machtig zijn en in de dagelijken handel en wandel voor wijze mensen mogen gaen.”).

Hetzelfde is vlg. de C. C. het geval ⁴ zij het, dat de doctrine en de jurisprudentie hun mening op een verschillend artikel gronden, nl. de auteurs op art. 146 C. C. ⁵ (verg. art. 85 B. W.) de jurisprudentie op art. 180 C. C. ⁶ (verg. art. 142 B. W.); diensgevolge komen de eerste hier tot een mariage inexistant, een eigenschap die door iedereen kan worden ingeroepen, de tweede tot een vernietigbaarheid, alleen in te roepen door de in art. 180 C. C. genoemde echtgenoot.

a) De ontww. 1816 en 1820 bepaalden (resp. artt. 133 en 122) dat een huwelijk niet kon worden aangegaan, door wie uit hoofde van gebrek aan verstandelijke vermogens zich niet kon verbinden ⁶, noemden gebrek aan verstandelijke vermogens als grond voor stuiting (resp. artt. 176, 3^o en 163, 3^o) ⁶ en voor nietigverklaring (resp. artt. 418, 3^o en 200, 2^o) ⁶, dat van 1820 bovendien (art. 200, 3^o) als zodanig het ontbroken hebben van vrije toestemming. b) Bij de behandeling van de huwelijksvereisten in de kamer werd verlangd wederopneming van een bepaling conform art. 146 C. C., daar men vond, dat de voorgestelde bepaling ten onrechte enger was dan genoemd art. 146 C. C., dat ook omvatte dwang en dwaling, terwijl de wet elk gemis aan toestemming, waardoor ook veroorzaakt, behoorde te noemen, aan welk verlangen gevolg werd gegeven in art. 86 wetb. 1830 ⁷.

⁴ BAUDRY-LAC-HOUQUES-FOURCADE II, nr. 1445 zondert uitdrukkelijk uit het diluc. interv. (evenzo PLANIOL Tr. El. I, 8^e ed., nr. 709) en de monomanie.

⁵ Het eigenaardige is hierbij dat de — zeer verwarde — geschiedenis van deze beide bepalingen aan geen van beide opvattingen steun geeft: uit die geschiedenis blijkt nl. dat art. 180 gedacht is als een uitwerking van art. 146, terwijl laatstgenoemde bepaling in zijn oorspronkelijke redactie alleen betrekking had op een toestemming, die onvrij was geweest tengevolge van geweld en dwaling (aan de krankzinnigheid was een andere bepaling gewijd) terwijl bedoelde redactie op aandringen van Napoleon gewijzigd werd (FAVARD. Conf. II, 12) niet om ook de geestelijk gestoorde onder de bepaling te brengen, maar om duidelijk te doen uitkomen, dat er in de veronderstelde gevallen niet was vernietigbaarheid maar algehele nietigheid („Il n'y a pas de mariage" etc.); een poging van dezelfde bij de beraadslagingen over art. 180 C. C. uit dat art. te elimineren die vorm van dwang, die algehele nietigheid meebracht, mislukte (FAVARD R. W. 64).

⁶ Dit alles, onverschillig, of curatele was aangevraagd, of uitgesproken.

⁷ VOERDUIN II, 142; NOORDZIEK, 1820/21, I, 677 (in 1832 werd de tegenwoordige redactie vastgesteld, zonder dat blijkt, dat men hiermede

c) Tevens werd het verleend of aangevraagd zijn van curatele wegens gebrek aan verstandelijke vermogens ingevoerd als een grond voor stuiting, evenals het niet voldoen van een der partijen aan de vereisten van de eerste afdeling, terwijl daarentegen het gebrek aan verstandelijke vermogens (los van curatele) als aparte grond voor stuiting verdween (art. 118, 3^o en 4^o Wetb. 1830), d) ook bij de nietigverklaring (art. 145) verdween het gebrek aan verstandelijke vermogens zonder curatele en werd de curatele als grond opgenomen.

Uit dit alles (zie ook nt. 10 i.f.) moet m.i. geconcludeerd worden, dat art. 85 B. W. mede als onbekwaam tot het huwelijk beschouwt personen, die uit hoofde van geestelijke stoornis niet in staat zijn toestemming te geven⁸. Hieruit volgt, dat, indien men i. h. a. de ambtenaar van de burgerlijke stand bevoegd acht bij de voltrekking van het huw. zijn diensten te weigeren, indien hem enig beletsel blijkt⁹, deze bevoegdheid ook in het bedoelde geval moet worden aangenomen¹⁰. Voorts meen ik, dat uit het gezegde sub a en c niet mag worden afgeleid, dat men geestelijke gestoordheid zonder aangevraagde of verleende curatele als grond voor stuiting of nietigverklaring heeft willen verwijderen, maar integendeel dit geval onder de artt. 116 4^o (het niet voldoen aan de vereisten)¹¹ en art. 142 („geen vrije toestem-

een wezenlijke verandering beoogde; misschien dat men door deze wijziging de gedachte van „*mariage inexistant*”, die door de redactie van artt. 146 C. C. en 86 wetb. 1830 („*Er is geen huwelijk*” etc.) als 't ware werd uitgelokt, wilde elimineren?).

⁸ Aldus: OPZOOMER bij OPZOOMER-GRUNEBaum-GOUDEKET I, 209 nt. 2 (zie echter onder); LAND I, 2^o dr. 91 en 127 nt. 2; WAS, De toestemming der partijen bij het huwelijk, diss. Leiden 1873, 13; DIEPHUIS IV, 2^o dr., 22; VEEGENS-OPPENHEIM, I, 3^o dr., 67; ASSER-SCHOLTEN I, 1, 7^o dr., 47; *contra*: OPZOOMER-GR.-GOUDEKET I, 204 (zie echter boven), Staatscommissie 1880 (M. v. T. ontwerp 1886, 41: „art. 84 omvat alleen dwang”) en STAR-BUSMANN bij LAND, 91 nt. 3.

⁹ Aldus PLANIOL a. w., nr. 801; LAND-STAR-BUSMANN, 104; VEEGENS-OPPENH. a. w., 67; ASSER-SCHOLTEN a. w., 83 met een beroep op o.a. artt. 41 B.W. en 379 lid 2 Sr..

¹⁰ Zie ook opmerking bij NOORDZIEK a. w., 677 („in verband met de overneming van art. 146 C. C. ware te voorzien in de onmogelijkheid van de ambtenaar v. d. b. st. zich van de geestelijke toestand van partijen te vergewissen”).

¹¹ OPZOOMER a. w., 209, nt. 2; ASSER-SCHOLTEN a. w. 47; Rotterdam

ming")¹² begrepen heeft geacht. — Voor de beantwoording van de vraag, welke de invloed van de kwaal zal hebben of moet hebben gehad, wil het besproken beroep met vrucht kunnen worden gedaan, moet men zich realiseren, dat voor geestelijk gezonden" de mogelijkheid in deze materie, zich wegens het ontbreken van de wil, aan het gegeven „ja”-woord te onttrekken, beperkter is dan bij rechtshandelingen i.h.a., zulks tengevolge van het feit, dat art. 140 voor de nietigheid van het huwelijk eist een rechterlijke uitspraak^{13, 14}, en de gronden, waarop zulks kan geschieden limitatief worden opgesomd. Dientengevolge is verdedigbaar — en m.i. als juist te aanvaarden — de mening, dat de toestemming bindend is (ook bij kwade trouw van de wederpartij), zelfs al had degene, die zijn „ja”-woord gaf, geen idee, waarin hij eigenlijk toestemde¹⁵, onverschillig ook, of hij hem aanwezig was de reservatio mentalis, dat hij in werkelijkheid de wederpartij niet als echtgenoot wenste te aan-

18. 10. 1926 en 27. 12. 1926; 1927 resp. 1463 en 1464; Almelo 28. 5. 1930 W. 12213, Amsterdam 4. 2. 1937, 269, *contra*: DIEPHUIS a. w., 63; GOUDEKET t.a.p. op grond dat dan nr. 3 van art. 116 overbodig zou zijn (hier blijkbaar van mening zijnde, dat curatele of de aanvraag daarvan noodzakelijk impliceert een onmogelijkheid tot het geven van toestemming, een mening, die ik wel niet zal behoeven te weerleggen).

¹² ASSER-SCHOLTEN t.a.p.; VERGINS-OPPENHEIM a. w., 100 en 102; SUTLING I. I, 107.; PETIT, aangeh. praeadv. 219; *contra*: OPZOOMER-GOUDEKET a. w. 216; DIEPHUIS, a. w., 123 en STAR-BUSMANN t.a.p.; voorts een aantal auteurs die door deze opvatting zich gedrongen voelen in ons geval een „niet bestaand huwelijk” aan te nemen: LAND- t.a.p.; WAS, a. w. 16; FRILINCK, Themis 1874, 8; ASSER-V. HEUSDE-ASSER I, 3^e dr. 193 (zie tegen bedoeld begrip i.h.a.: OPZOOMER-GOUDEKET blz. 205; STAR-B. t.a.p.; Amsterdam 9.11.1941; 1942; 183; Rotterdam 13.5.1948, 657; zie echter ook Rotterdam 28.5.1934, 842 vern. door hof Amsterdam vermeld in nt. 17).

¹³ Afgezien van enkele uitzonderingen, die hier niet terzake doen.

¹⁴ Een beginsel, dat door onze rechterlijke macht zelfs voor in het buitenland gesloten huwelijken wordt toegepast (zie diverse uitspraken in het kaartregister op artt. 140-152).

¹⁵ Zie H. G. H. Batavia 17.10.1935 Ind. T. v. h. R. 142, 681, dat ik in het kaatr. N. J. vond vermeld als beslissende, dat een Chinees, die voor de daartoe aangewezen ambtenaar het „ja”-woord had gegeven, daaraan gebonden was, ondanks zijn bewering, dat hij dacht een verklaring van adoptie af te leggen.

vaarden¹⁶,¹⁷, zodat een beroep op het ontbreken van handlings-, duidings- of rechtswil hier niet terzake dienende is. De betekenis van art. 142 zou dan, voor wat geestelijke gestoordheid betreft, gezocht kunnen worden hiër in, dat het openstelt het beroep op het ontbreken van één der drie „willen” tengevolge van de kwaal, terwijl echter hier, evenmin als bij rechtshandelingen i.h.a. het beroep op inadequate motieven openstaat. En in verband daarmee en op grond van het hoger vermelde omtrent de historie van de betrokken bepalingen zou men kunnen zeggen, dat ook de beantwoording van de vraag of een a.s. echtgenoot voldoet aan het vereiste van art. 85 en of een stuiting, gegrond op art. 116, 4^e, terecht is gedaan, slechts afhankelijk is van de al-of niet aannemelijkheid, dat door de kwaal één van genoemde „willen” zal ontbreken¹⁸.

§ 24 M.i. behoort dit systeem, waardoor wordt voorkomen, dat de geestelijk gestoorde in een zo gewichtige aangelegenheid het slachtoffer van zijn kwaal wordt, gehandhaafd te blijven; gezien echter het feit, dat, zoals boven bleek, er geenszins een communis opinio is, dat genoemd systeem inderdaad dat der wet is, lijkt aan te raden de tekst der wet dienovereenkomstig te wijzigen.

Wat het publiekrechtelijk aspect van het vraagstuk betreft, is in de eerste plaats te denken aan de kans, dat de geestelijke gestoorde het poel van het gezin zal drukken, zijn kinderen niet behoorlijk zal kunnen opvoeden, etc., kortom, dat het te stichten gezin zal gaan behoren tot de asociale met alle ellende daaraan zowel voor dat gezin als voor de maatschappij verbonden. Dit punt is echter zó

¹⁶ Zie SUYLING I, 1, 266, zie ook diës-rede LOSEGAAT VERMEER, waar dit punt (blz. 22) uitdrukkelijk wordt „daargelaten”; *contra*: DONDEBS, N. J. Bl. 1928, 343.

¹⁷ A fortiori doet hier, evenmin als elders, (afgezien van dwaling e.d.) terzake, wáárom men de rechtshandeling wenst aan te gaan: zie Hof den Haag 29.11.1934; 1935, 402; geheel anders het Kath. huwelijksrecht: zie RETZBACH-KAYENBERGH, 332, waar de reservatio mentalis onder bepaalde voorwaarden als grond voor nietigheid wordt genoemd.

¹⁸ De in noot 11 genoemde uitspraken legden als criterium aan, of partijen besef hadden van de verplichtingen, die het huwelijk oplegt; m.i. is voldoende dat partijen beseften met een lid van de andere sekse deel te nemen aan die handeling, waaraan de wet als rechtsgevolg verbindt de vereniging tot duurzame levensgemeenschap (verg. ASSER-SCHOLTEN a. w., 42).

verweven in een groter geheel, dat ik het hier moet laten rusten. In de tweede plaats is er het punt, dat reeds door VERKOUTEREN in zijn praeadvies voor onze vereniging¹ werd besproken, doch dat toen niet in discussie werd gebracht; vlg. VERKOUTEREN nl. behoort t. a. v. geesteszieken, met het oog op het hereditaire karakter van hun kwaal, het huwelijk te worden verboden; ook door de Staatscommissie 1880 wordt zulks wenselijk geacht²; de vraag viel buiten de doelstelling van de in § 1 nt. 3 genoemde commissie. Hoewel bedoeld punt niet speciaal betrekking heeft op geestelijk gestoorden, daar ook sommige andere kwalen voortplanting ongewenst maken en dus een bespreking méér doeltreffend zou zijn, indien plaats vindend in een ruimer verband, wil ik toch, in het kort, er op ingaan.

Het belang der gemeenschap bij een geestelijk gezond nageslacht zal ik wel niet behoeven te adstrueren: ik breng slechts in herinnering de neiging van geestelijk gestoorden tot criminaliteit³, prostitutie, alcoholisme, de vermindering van arbeidskracht en de staatsuitgaven voor het onderwijs, onderhoud en verpleging van geestelijk gestoorden. Hier-tegenover staat, dat een huwelijksverbod ingrijpt in de persoonlijke vrijheid (een punt, dat m.i. óók het algemeen belang raakt) en misschien oorzaak zal zijn, dat de geestelijk gestoorde een middel tot verzachting van zijn leed, misschien zelfs tot genezing van zijn kwaal, althans tot beteugeling van de symptomen daarvan⁴, wordt onthouden. De be-

§ 24. ¹ 1906 over zgn. grensgevallen, minder toorekenbaren etc. (straff. onderw., 62).

² Ontw. 1886, I, 64, verwijzend naar het Belg. avantprojet du C. C. van LAURENT, I, 397.

³ Men zie omtrent de hoge frequentie van geestelijke abnormaliteit bij de personen, die voor vrijheidsbeneming door de strafrochter in aanmerking kwamen: FEBER, a. w. 80 e.v.; WIERSMA, Leidse Straff. en Crimin. Onderzoekingen X, p. 10; E. J. VERDENIUS-DE JONG SAAKES, Wangedrag van debele minderjarigen, diss. Groningen 1947: deze diss. geeft behalve cijfers t.a.v. genoemd punt, ook cijfers over de invloed der heredititeit: wat eerstgenoemde cijfers betreft, wordt er op gewezen, dat zij niet een betrouwbaar beeld geven, daar de geestelijk debiele delinquent gemakkelijker betrapt wordt dan de geestelijk normale.

⁴ Vlg. een bepaalde berekening weergegeven door v. D. ESCH (praeadv. aan te halen in § 34 nt. 5, blz. 33) is de kans op krankzinnig worden voor personen tussen de 30 en 50 jaar voor ongetrouwden 4 à 5 maal zo groot als voor gehuwden; daar bedoelde cijfers echter betrekking hebben op

slissing in dezen is te moeilijker, doordat het probleem in hoofdzaak betrekking heeft op grensgevallen (nl. hen, wier kwaal niet zo ernstig is, dat de maatregel van curatele wegens krankzinnigheid of plaatsing in een krankzinnigen-gesticht op rechterlijk bevel⁵ is toegepast) t.o.v. wie m.i. de beperking van de persoonlijke vrijheid een punt van ernstige overweging behoort uit te maken en dwingt tot de conclusie, dat een verbod als bedoeld, slechts mag omvatten hen, die vertonen die geestelijke afwijkingen, op grond waarvan medisch met nagenoeg absolute zekerheid het onwenselijke der voortplanting vaststaat⁶. Is deze beperking niet te realiseren, en zou dus de mogelijkheid bestaan, dat toepassing van het verbod een individu zou treffen, zonder dat de belangen der maatschappij en van het nakroost zulks zouden eisen dan behoort m.i. een verbod niet te worden opgenomen. In het tegengestelde geval meen ik tot een bevestigende beantwoording van de vraag te moeten komen, evenwel, zolang een bredere bespreking als bovenbedoeld niet heeft plaats gevonden, mij beperkende tot hen, wier geestelijke gestoordheid reeds in de een of andere vorm openlijk aan het licht is getreden, bv. tot hen, t.a.v. wie de strafrechter de artt. 37 of 37a lid 2 Sr. heeft toegepast en tot hen, die verpleegd zijn geweest of worden, in gestichten voor krankzinnigen of geestelijk onvolwaardigen⁷. Bedoeld verbod zou dan kunnen worden uitgewerkt in deze vorm, dat iedere bloed- of aanverwant der bedoelde trouwlustigen

krankzinnigen, die in een gesticht terechtkomen, is de vergelijking niet zuiver: een echtgenoot van een krankzinnige zal misschien minder spoedig de patiënt doen opnemen dan een bloedverwant zulks zou doen met een patiënt van de genoemde leeftijd; t.a.p. wordt er eveneens terecht op gewezen, dat prae- psychotische en psychotische individuen minder huwen dan normale personen.

⁵ Waardoor immers met de mogelijkheid van een alsnog huwen practisch geen rekening behoeft te worden gehouden.

⁶ Bedoelde beperking wordt niet gemaakt door het ontwerp 1886, dat stuiting van een huwelijk wegens krankzinnigheid steeds toestaat (art. 101); uit bedoelde beperking volgt, dat het besproken verbod geen toepassing vindt, indien vaststaat, dat het te sluiten huwelijk zonder nakroost zal blijven (zodat de geestelijk gestoorde door zich te laten sterilizeren — waarbij, in tegenstelling tot castreren, de potestas coeundi bestaan blijft — zich aan het verbod kan onttrekken).

⁷ Zie VERKOUTEREN a. w., 80.

en het O. M. de bevoegdheid krijgen: a) het voorgenomen huwelijk te stuiten op grond, dat één der partijen lijdt aan een geestesziekte, die voortplanting met het oog op de geestelijke gezondheid der nakomelingschap onwenselijk maakt. b) op dezelfde grond de nietigverklaring van het huwelijk uit te lokken ⁸ — een en ander dus ongeacht, of door de kwaal de mogelijkheid tot het geven van „vrije toestemming” verhinderd zal worden of werd — Met deze summiere aanduiding en oplossing van het sociale aspect der quaestie moge ik volstaan ⁹.

Tevens zou ik in overweging willen geven art. 506 lid 2 zodanig te wijzigen, dat de daar genoemde machtiging aan zwakzinnigen slechts mag worden verleend, indien blijkt, dat tegen de voortplanting met het oog op de geestelijke gezondheid der nakomelingschap geen bezwaren bestaan.

§ 25 In 't O. Fr. R. miste de geestelijk gestoorde de *persona standi in iudicio*¹; duidelijk is op dit punt BEAUMANOIR²: wordt een gedaagde tijdens het geding krankzinnig, dan kan de tegenpartij benoeming van een vertegenwoordiger vragen, echter slechts, indien „il ne savroit son plet maintenir”. De Fr. noch de Ned. wetgever lieten zich met de vraag in ³. Uit DEMOGUE⁴ krijg ik de indruk, dat men in Frankrijk thans algemeen de krankzinnige processueel onbekwaam acht⁵ om als eiser op te treden, maar dat niettemin exploiten rechtsgeldig tegen hem kunnen worden uitgebracht en vonnissen, tegen hem persoonlijk gewezen, van kracht zijn.

⁸ Het ontw. 1886 beperkte zich tot een uitbreiding der stuiting (I, 64) laat nietigverklaring op grond van krankzinnigheid slechts toe, indien curatele is uitgesproken.

⁹ Beseffende met het bovenstaande geenszins te hebben voldaan aan de verlangens door VAN HAMMEL (praeadv. N.J.V. 1906, 238) geuit, mij voor het overige beperkende tot de wens, dat het in uitzicht gestelde wetsontwerp op de onmaatschappelijke gezinnen (zie N.J.Bl. bijv. nr. 526, blz. 42) spoedig het licht moge zien.

§ 25. ¹ LÉDOUTX, 63: verwijzend naar Livre de Jost, et de Plet.

² Cout. de Beauv., nr. 118.

³ De ontworpen tot wijziging van het W. v. B. Rv. volgden dit voorbeeld; anders de Ontw. B. W. 1816 en 1820 (artt. 3883/4 resp. 3191/2), duidelijk doende uitkomen, dat processueel onbekwaam slechts zijn zij, die onder beheer van anderen staan.

⁴ A. w. II, 383/4.

⁵ En dan soms ook de regel „contra non valentem non currit praescriptio” op hem van toepassing acht; cf. BRISSAUD, 304 nt. 5; POTHEIER, Obl. nr. 682 en Prescription, nr. 22.

A. Ten onzent praevaleert in de litteratuur de, ook wel in de rechtspraak tot uiting komende, mening, dat de geestelijk gestoorde noch als eiser noch als gedaagde formele procespartij kan zijn of gerechtelijke processuele handelingen ⁶ kan verrichten, waarbij soms niet ⁷ soms wel ⁸ uitdrukkelijk als criterium wordt gesteld dat de kwaal een belemmerende invloed op de wilsbepaling vormt, terwijl die onbekwaamheid, voorzover daarvoor argumenten worden aangevoerd, geargumenteed wordt met de stelling, dat de geestelijk gestoorde ook buiten het proces handelingsonbekwaam is.

Aldus wordt op dit punt de geestelijk gestoorde procesueel onderworpen aan dezelfde regels als gehuwde vrouwen, minderjarigen, curandi en krankzinnigen die op rechterlijk bevel in een krankzinnigengesticht zijn geplaatst ⁹. Over dit ingewikkelde probleem ter oriëntering het volgende:

1^e. Algemeen wordt aangenomen, dat processuele onbekwaamheid leidt tot niet-ontvankelijkheid van de vordering, terwijl echter, indien de onbekwame eiser is, die niet-ontvankelijkheid wordt uitgesproken, zonder dat eerst tegen de onbekwame verstek is verleend, terwijl in het omgekeerde geval soms zodanige verstekverlening wel plaats vindt ¹⁰;

2^e. Vrij algemeen wordt aangenomen, dat niet alleen de onbekwame zelf, maar ook de wederpartij — teneinde, reeds nu, zich te onttrekken aan een procedure, waarin misschien straks de onbekwame alsnog datzelfde middel

⁶ Deze term gebruikt in tegenstelling tot de niet-gerechtelijke processuele handelingen (zoals het contracteren over kracht of gebruik van bewijsmiddelen, acte van compromis, berusting in een vs.), waarbij het gerechtelijk apparaat in geen enkel opzicht een rol speelt.

⁷ Ktg. Appingedam, Ned. Pasier. 1872, III, 97; Amsterdam 14.1.1863 (R. Bijbl. 15. 1865, 360) en 25.3.1927 (1928, 68).

⁸ STAB BUSMANN, Hoofdstukken, I § 134; DE GAAFF FORTMANN N. J. B. 1928, 253; DONDEERS N. J. B. 1928, 344; Utrecht 18.3.1914, 805; Rotterdam 26.6.1916; 1917, 101; Hof Amsterdam 12.11.1947, 1948, 120.

⁹ Cf. SCHOLTEN bij H. R. 21.3.1941; 756.

¹⁰ Ktg. Appingedam en Rb. Amsterdam (1863) (beide aangeh. in nt. 7); 2 vs., van dezelfde rb. van 19.3.1928, 446 resp. 448 (bij het laatstgenoemde vs. werd tevens overwogen, dat, indien verstek verlening niet heeft plaats gevonden, de partij tijdens het geding handelingsbekwaam is geworden, hij desaveu moet instellen); aldus ook DONDEERS a. w. 346, terwijl de GAAFF FORTMANN (a. w., 254) de vraag wel stelt, maar niet beantwoordt.

zal opwerpen — tot de niet-ontvankelijkheid kan concluderen¹¹, zelfs, dat de rechter haar ambtshalve moet uitspreken¹²;

3^e. moet inderdaad ook de processuele onbekwaamheid van de geestelijk gestoorde beschouwd worden als te behoren tot de openbare orde, dan heeft dit ten gevolge, dat het beroep op die onbekwaamheid niet is een exceptie in de zin van artt. 141 Rv. en dus in iedere stand van het geding kan worden ingeroepen; ambtshalve toepassing zal zelden voorkomen¹³; zelden zal dan ook als cassatiemiddel met succes kunnen worden gesteld: schending van art. 48 Rv. wegens verzuim van ambtshalve niet-ontvankelijkverklaring, immers, in ander verband schijnt de mening van de H. R. te zijn, dat ambtshalve niet-ontvankelijkverklaring wegens het ontbreken van processuele bevoegdheid slechts mag worden uitgesproken, indien vaststaat, dat iedere theoretische mogelijkheid voor wél bevoegdheid niet is verwezenlijkt¹⁴, terwijl de appèlrechter niet ambtshalve een onderzoek naar de bekwaamheid tijdens de vorige instantie heeft in te stellen¹⁵.

4^e. onbekwaam worden in de loop van het geding geeft

¹¹ DIEPHUIS IV, 219; BONEVAL FAURE, (3^e dr.) V, 327; SCHOLTEN in zijn nt. 12 te noemen noot; Hof den Haag 24. 2. 1933; 1244 *contra*: Hof Z.-Holland, 25. 3. 1867 W. 2903 (wederpartij kan slechts vragen schorsing) daarbij m.i. over het hoofd ziende, dat de wet schorsing slechts toestaat bij veranderingen in bekwaamheid tijdens het geding.

¹² STAR BUSMANN, Hoofdst. II § 26; Hof A'dam 27. 5. 21 W. 10756; Almelo 3. 10. 1923 W. 11141; P. G. BERGER in zijn conclusie tot- en SCHOLTEN in zijn nt. bij H. R. 16. 6. 1939; 1043, beide verwijzend naar H. R. 15. 11. 1912; 1913, 11 en W. 9425 (zie ook H. R. 3. 11. 1910 W. 9085 en Hof Amsterdam 12. 11. 1947; 1948, 120); *contra*: BON. FAURE I, 177.

¹³ Denkbaar is echter, dat de geestelijk gestoorde, nà in het ongelijk te zijn gesteld, in verzet of appèl betoogt, dat de tegen hem ingestelde eis niet-ontvankelijk had moeten zijn verklaard, wegens zijn eigen processuele onbekwaamheid; in dat geval kan de situatie zó liggen dat de rechter, die over het rechtsmiddel oordeelt, van mening is, dat die onbekwaamheid ook thans bestaat; in dat geval zal hij ambtshalve de geestelijk gestoorde in het door hem aangewende rechtsmiddel niet ontvankelijk moeten verklaren (verg. het geval berecht bij H. R. 15.12. 1933; 1934, 803).

¹⁴ 9.4.1914 W. 9645; N. J. 1914, 666 (verg. ook 21.1.1944 en 4.2. 1944 (resp 176 en 199), waarbij op ander gebied eenzelfde beperking van art. 48 Rv. wordt aangenomen).

¹⁵ H. R. 28.8.1939; 964.

geen grond tot niet ontvankelijk verklaring; wél kan op die grond het geding geschorst worden, mits zulks gevraagd wordt ¹⁶;

5^e. verdwijnt de processuele onbekwaamheid niet terugwerkende kracht tijdens het geding, dan kan de wederpartij op de vroegere onbekwaamheid niet meer een beroep doen ¹⁷;

6^e. wél kan van de zijde van de (thans) bekwame — mits terstond — een beroep op zijn vroegere onbekwaamheid worden gedaan, bv.: was de aanvankelijk onbekwame in prima gedaagde, dan kan in verzet of appél alsnog niet-ontvankelijkverklaring worden gevraagd wegens onbekwaamheid in prima ¹⁸;

8^e. minderjarigen, curandi ¹⁹ en krankzinnigen op rechterlijk bevel in een krankzinnigengesticht geplaatst ²⁰ genieten een bijzondere bescherming, door het hen in art. 383 Rv. gegeven middel van request-civiel, welk rechtsmiddel, althans vlgs. verschillende schrijvers, door of namens hen kan worden gebezigd, indien zij zelf in het geding zijn geweest; de H. R. (zie nt. 20) besliste dat deze bepaling niet met behulp van art. 501 B. W. mag worden uitgebreid tot krankzinnigen, die pas na het vonnis onder curatele werden gesteld ²¹. De mening, dat art. 383 ook zou gelden voor krankzinnigen, die ook niet achteraf onder curatele of op rechterlijk bevel in een krankzinnigen gesticht worden geplaatst, wordt, naar ik meen, door niemand verdedigd;

9^e. van belang is in dit verband echter, dat door verschillende auteurs en enkele rechterlijke uitspraken wordt aangenomen, dat i.h.a. een vonnis gewezen in een geding,

¹⁶ artt. 254, 2^o jo 256 Rv.; cf. STAR BUSMANN III § 348.

¹⁷ H. R. 16.6.1939; 1043 en de rechtspr. en litt. aangeh. door P. G. BERGER in zijn concl. tot dit arrest; H. R. 25. 2. 1949, 266; aldus ook SCHOLTEN in zijn nt. tot het arr. van 1939; DIEPHUIS IV, 220.

¹⁸ SCHOLTEN, nt. bij H. R. 15.10.1933; 1934, 805; STAR NAUTA CARSTEN in W. P. N. R. 3421;

¹⁹ Zie de auteurs en rechtspr., genoemd in de concl. van P. G. BERGER tot het arr. te noemen in nt. 20.

²⁰ SCHOLTEN in zijn nt. bij H. R. 21.3.1941; 756.

²¹ SCHOLTEN in zijn nt. wijst er op, dat de H. R. hier geenszins uitsluit, dat door krankzinnigen verrichte proceshandelingen onder art. 501 B. W. vallen. M.i. zal zulks niet mogen worden aangenomen, voorzover zulks in strijd zou zijn met het processuele beginsel, dat een wijziging in processuele bekwaamheid slechts werkt, voorzover op die grond schorsing van het geding heeft plaats gevonden (zie de tekst sub 4^e).

waarin een processueel onbekwame partij is geweest, tegen die onbekwame niet van kracht is²². DIEPHUIS trekt daartoe een parallel met de onverbindendheid van rechtshandelingen door bedoelde personen verricht, terwijl STAR NAUTA CARSTEN DIEPHUIS bijvalt door te zeggen, dat deze mening niet in strijd komt met de algemeen erkende regel, dat vonnissen niet van rechtswege nietig zijn, maar bestaan blijven, zolang ze niet naar aanleiding van de in de wet aangewezen rechtsmiddelen zijn vernietigd, daar er volgens hem een principiëel verschil bestaat tussen enerzijds het onthouden van gezag van gewijsde (en daarmee van executoriale kracht) aan een vonnis, op grond, dat het gezag van gewijsde tegen de onbekwame alleen geldt, indien het — i.h.a. gesproken — is gewezen tegen zijn wettelijke vertegenwoordiger en anderszijds de vernietiging van een vonnis, tengevolge van gegrondbevinding van een rechtsmiddel²³.

²² DIEPHUIS IV, 221; PETIT, Rechtstoestand gehuwde vrouw, 69; STAR NAUTA CARSTEN, W. P. N. R. 3422; STAR B. I, nr. 134 a; H. G. H. Ned. Indië 17.8.1933; Ind. T.v.h.R. 140, 456; Hof Arnhem 10.10.1922 W. 11086; *contra*: LAND-STAR B. I, 166, nt. 1.

²³ Het is niet duidelijk, wat hier verstaan wordt onder „vernietiging”: immers vernietiging tengevolge van een rechtsmiddel is ook slechts het ondoen van rechtsgevolgen aan het vonnis; het vonnis zelf blijft bestaan; bovendien wordt voorbijgezien, dat met onthouding van gezag van gewijsde de overige gevolgen van een vonnis (executoriale kracht en de werking van een constitutief vonnis) intact blijven; deze staan immers geheel los van het gezag van gewijsde, hetgeen bv. t.a.v. de exec. kr. blijkt uit de feiten, dat alleen vonnissen gezag van gewijsde hebben, terwijl executoriale kracht (historisch ook langs andere weg ontstaan) toekomt aan de grosse van iedere authentieke akte, en dat een vonnis in beginsel executoriale kracht krijgt op de tijdstippen aangewezen door de artt. 80 en 342 lid 2 Rv., terwijl verschillend wordt gedacht over de vraag, op welk tijdstip zulks het geval is met het gezag van gewijsde (zie ASSER-ANEMA, 2^o dr. 333; VAN ROSSEM- Cl. I, blz. 551 kl. 1. 2^o al.; SUTLING I, 2 (2^o dr.), 276 nt. 1; H. R. 7.5.1926; 1057 en 3.1.1941, 416); vandaar, dat hij die — tenzij in verschoonbare onwetendheid — deed executeren een vonnis, dat, bij voorraad uitvoerbaar zijnde, nog openstond voor een gewoon rechtsmiddel, schadelijkt is wegens aantasting van een subjectief recht van de geëxecuteerde, indien achteraf dat vonnis wordt vernietigd, doch de executerende deurwaarder en degene, die op de executoriale verkoop kocht, veilig zijn, (immers ondanks de vernietiging heeft het vonnis tevoren executoriale kracht gehad); ook de subjectieve werking van de bedoelde rechtsgevolgen van een vonnis is geenszins gelijk:

Het sub 1—9 vermelde doet voldoende blijken dat onthouding aan de geestelijk gestoorde van de persona standi in iudicio ook voor de wederpartij van groot gewicht is en voor hem een ernstig nadeel kan betekenen; zoals ik hoger (§ 9) meedeelde is m.i. buiten het proces de geestelijk gestoorde niet handelingsonbekwaam, zodat ik geen grond aanwezig acht hem in het proces dat wèl te achten. Ook de H. R. (genoemd in nt. 20) ²⁴ overwoog, dat krankzinnigheid de bevoegdheid om in rechten te verschijnen niet doet verloren gaan, zij het, dat bedoeld arrest niet rechtstreeks betrekking had op het punt in geschil (zie sub 8^o).

B) Doch, indien er geen processuele onbekwaamheid van geestelijk gestoorde bestaat, moet men dan niet aan nemen, dat door hen verrichte gerechtelijke processuele handelingen evenals rechtshandelingen, i.h.a. (§ 10), nietig kunnen zijn wegens het ontbreken van wil (doch dan eventueel toch geldig kunnen zijn ten behoeve van een wederpartij te goeder trouw)?

Veelal wordt echter aangenomen, dat het civiele proces, zo het al een relatie tussen de partijen schept ²⁵, zulks in ieder geval óók doet tussen de partijen den de rechter ²⁶ zodat hier een (deels) publiekrechtelijke verhouding bestaat en het m.i. niet aangaat hier, (afgezien van de vraag of niet bv. bepaalde bewijsmiddelen een privaatrechtelijk karakter hebben) de regels van het privaatrecht toe te passen; al gebeurt zulks in de praktijk, althans in feite, wèl (zie

zo werken het gezag van gewijsde en de constitutionele kracht wèl tegen de faillissements-curator, de executoriale kracht niet; ik laat nog daar, dat het aan geen termijn gebonden beroep op de onverbindendheid een ernstige inbreuk vormt op de rechtszekerheid, ter bescherming waarvan juist art. 1954 B. W. dient (ASSER-ANEMA, 322, SUYLING a. w. nr. 516), en uit dien hoofde méér kwaad zou stichten dan het kwaad, dat men met het opstellen van bedoelde theorie beoogt te voorkomen; ook loopt het bewuste stelsel vast, t.a.v. vonnissen, die een uitspraak omtrent de processuele (on) bekwaamheid geven: heeft bv. de rechter het beroep op de onbekwaamheid verworpen, dan zou de beweerdelijk onbekwame steeds kunnen beweren, dat hij aan die uitspraak niet is gebonden, daar hij processueel onbekwaam was!

²⁴ Evenzo Amsterdam 14. 3. 1924 W.11196; SUYLING, I, 1, (2^e dr.) nr. 87; HALKEMA: De procespartij in het burgerlijk geding, diss. Leiden 1936, 39.

²⁵ Zoals wordt aangenomen door EGGENS bij LAND V, 4.

²⁶ EGGENS t.a.p.; SUYLING I, 2, nr. 318.

§ 13 nt. 8 i.f.). Node moet ik er van afzien op dit punt verder in te gaan.

C) Wel nog iets over een ander punt, dat — in tegenstelling tot het sub A. en B. gezegde — slechts ter sprake komt bij die gedingen, waarvoor het beginsel der verplichte vertegenwoordiging door een procureur geldt²⁷, nl. het instituut van het desaveu, waardoor een partij betwist, dat de voor hem optredende procureur daartoe van hem volmacht heeft²⁸ (art. 272 Rv.) en dat zich van de betwisting van de aanwezigheid van een gewone volmacht onderscheidt o.a. doordat de bewijslast van het niet-bestaan der volmacht hier rust op de vertegenwoordigde en gegrondbevinding leidt tot nietigheid der gedesavoueerde handeling, ongeacht, of de wederpartij te goeder trouw of te kwader trouw was²⁹. Vlg. STAR BUSMANN³⁰ bestrijkt art. 272 Rv. de betwisting zowel van het bestaan der volmacht als van haar geldigheid, welke opvatting door de bewoordingen van het artikel wordt gedekt, indien men het woord „opdragt” leest als „geldige opdracht”. In deze opvatting is m.i. desaveu (zelfs tegen een reeds uitgesproken (mits nog niet ten uitvoer gelegd), vonnis (art. 269 Rv.) mogelijk op grond, dat de door de partij, door of namens wie het desaveu wordt gedaan, gegeven volmacht nietig was wegens geestelijke gestoordheid³¹. Dat de H. R. art. 272 thans ook aldus interpreteert, lijkt twijfelachtig; dit college stelde immers bij arrest van 16.10.1947; 652 tegenover elkaar de „ontkenning van het bestaan van een volmacht” en dat „verweer, dat ondanks de overlegging van een volmacht evenzeer had kunnen zijn gevoerd”, daarbij kennelijk van oordeel zijnde, dat alleen in het eerste geval desaveu op zijn plaats

²⁷ Verg. VAN ROSS.-CL. aant. 4 op art. 264.

²⁸ Ik laat kortheidshalve buiten beschouwing het desaveu betrekkelijk tot speciale proceshandelingen genoemd in art. 263 Rv.

²⁹ Zie ook de eigenaardigheid, dat ondanks art. 1855 lid 2 B.W. het geding doorgaat bij overlijden of verandering van staat van een partij, tenzij schorsing plaats vindt (art. 256 Rv.)

³⁰ Hoofdst. III nr. 253, aanhalend Hof den Haag 28.3.1927 W. 11715 en Amsterdam 30.11.1927 W. 11752.

³¹ SUYLING I, I nr. 87; verg. ook STAR NAUTA CARSTEN t.a.p. en Rotterdam 19.3.1928; 447.

is ³²: het beroep nu op nietigheid wegens geestelijke gestoordheid kan ongetwijfeld ook ondanks de overlegging van een volmacht worden gevoerd en kan dus in deze beperkte opvatting van desaveu daaronder niet worden gebracht. Of de partij dan tenminste door voeging of tussenkomsst zich in het proces kan dringen, teneinde alsdan de mogelijkheid te krijgen de bevoegdheid van zijn procureur aan te tasten en/of hij door derden-verzet ex. art. 376 Rv. het vonnis kan doen vernietigen, lijkt twijfelachtig, daar immers hem dan zou kunnen worden tegengeworpen, dat hij „partij” is, zodat hij ten onrechte stelt „derde” te zijn. Wel zal in bepaalde gevallen request-civil kunnen worden ingesteld, b.v. op grond van gepleegd „bedrog” welke uitdrukking ruim mag worden uitgelegd ³³, mits het betreft een verstekvonnis of een vonnis in hoogste feitelijk ressort gewezen en mits het bedrog pas ontdekt zij na de uitspraak ³⁴. Op de

³² Bij arr. van 3.11.1910 W. 9085 werd gezegd dat het bij desaveu steeds gaat om de vraag, of en in hoeverre er een opdracht is (een uitdrukking, die ook in het systeem S.B. past), terwijl dat van 20.11.1925; 1926, 38 onder desaveu uitdrukkelijk mede schijnt te willen begrijpen betwisting van de rechtsgeldigheid der opdracht (zie de op 3 na laatste rechtsoverweging i.f.), in welke zin dit arrest ook wordt geïnterpreteerd door VEEGENS in zijn nt. onder het in de tekst genoemde arrest met welks formulering hij zich verenigt; VAN OVEN (N.J.B1. 1926, 389) en VAN MEEUWEN (Rechtsk. Opst. a.a. Prof. MELJERS, 373, waar hij opmerkt, dat het desaveu juist is ontstaan, omdat de procureur op zijn woord wordt geloofd) schijnen het desaveu te willen beperken tot het geval, dat de geloofwaardigheid van de procureur wordt aangetast (hetgeen op het punt in quaestie tot hetzelfde resultaat als het in de tekst genoemde arr. zou voeren); maar dit zij onder reserve gezegd, daar deze auteurs (evenals trouwens alle 3 genoemde arresten) niet rechtsstreeks handelen over onze vraag, maar over die of de wederpartij de bevoegdheid van de procureur van de andere mag ontkennen op grond, dat degene, van wie deze de opdracht kreeg, daartoe niet bevoegd was, bij de bespreking van welke vraag evenwel meestal (althans door de genoemde 3 arresten) wordt uitgegaan van de stelling, dat aan de wederpartij niet vrijstaat op dit punt een verweer te voeren, dat door de betrokken partij zelve middels desaveu kan worden gevoerd, hetgeen noopt tot vaststelling van de omvang van dit middel: zie het vervolg van de tekst.

³³ v. Ross. Cl. aant. 5 op art. 382; bv. indien de wederpartij de krankzinnige partij heeft overgehaald tot het tekenen van een volmacht aan de procureur, hoedanig misbruik speciaal in echtscheidingsprocedure's nog wel eens schijnt voor te komen.

³⁴ Een beperking, die bij verstekvonnissen minder onereus is dan bij vonnis op tegenspraak gewezen.

vraag, of, zijn ook de vereisten voor request-civiel niet voorhanden, de geestelijk gestoorde een actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad jegens de wederpartij en/of diens en/of zijn eigen procureur kan instellen, zal ik niet ingaan ³⁵.

Neemt men aan, dat nietigheid van de processuele volmacht niet kan worden ingeroepen middels desaveu, dan is daarmee een beletsel voor een bevestigende beantwoording van de vraag, of de wederpartij dat beroep kan doen, vervallen, òók voor hen, die ³⁶ menen, dat de wederpartij zich niet kan beroepen op feiten, die de grondslag voor desaveu voor de betrokken partij zelve zouden kunnen vormen, zodat bedoelde bevestigende beantwoording thans wel communis opinio schijnt te zijn ³⁷, waaruit dan volgt, dat de wederpartij — gesteld, hij heeft daarbij een belang — bevoegd is de (eventuele) nietigheid van de processuele volmacht wegens geestelijke gestoordheid van de ander in te roepen ³⁸.

Conclusie: wèlk ook de juiste oplossing t.a.v. de punten sub A, B en C zij, geen der vermelde oplossingen is m.i. bevredigend: immers, zij doen de schaal overslaan, òf geheel ten gunste van de wederpartij, òf geheel ten gunste van de geestelijk gestoorde, in welk geval aan de wederpartij, misschien, nadat hij te goeder trouw een geding in verschillende instanties heeft gevoerd, voor de voeten wordt geworpen, dat de andere geestelijk gestoord is (zodat een uitspraak over het geschil niet kan worden gegeven) misschien zelfs, dat de reeds gegeven uitspraak niet bindend is; tertium non datur.

§ 26 Een nadere regeling van ons onderwerp is dus zeer zeker gewenst, doch uit hetgeen ik — juist mede daarom — boven mededeelde blijkt, dat het niet gemakkelijk is een regeling te treffen, die aan alle betrokken belangen recht doet wederbaren en die — ondanks de oneindige variatie waarin de bewuste rechtsfiguren zich kunnen voordoen — een slui-

³⁵ Door VAN ROSS.-CL. aant. 4 op art. 382 ontkennend beantwoord.

³⁶ Anders dan v. ROSS.-CL. aant. 2 op art. 272 en STAR BUSMANN a. w. nr. 254.

³⁷ Aldus de H. R. in het arr. van 1947 en de in nt. 32 en 36 genoemde auteurs, van wie St. B. aanneemt, dat de rechter ook ambtshalve heeft te onderzoeken of de procureur behoorlijk gemachtigd is.

³⁸ VAN OVEN a. w., 392.

tend geheel vormt. Ik wil mij bepalen mijn desiderata in enkele hoofdpunten neer te leggen:

a) de geestelijk gestoorde is bekwaam om als procespartij op te treden en als zodanig handelingen¹ te verrichten en gerechtelijke mededelingen² te ontvangen;

b) de door hem verrichte handelingen sub a genoemd kunnen niet bestreden worden wegens gebrek in de wil of het ontbreken van wil;

c) de rechter is bevoegd ambtshalve of op verzoek van één der partijen het geding te schorsen, indien hem blijkt, dat een partij ten gevolge van geestelijke gestoordheid in ernstige mate het normale inzicht in de betekenis van het geding mist³;

d) zodanige schorsing kan ook worden gevraagd door degenen, die krachtens art. 488 bevoegd zijn de curatele t.a.v. de betrokken partij aan te vragen en door de bewindvoerder genoemd in art. 495 B. W. en wel

e) door middel van een verzoekschrift aan de rechter⁴, waarbij op straffe van niet-ontvankelijkheid moet worden overgelegd een bewijsstuk, dat de curatele van de bedoelde partij of een bevel tot plaatsing in een krankzinnigengeesticht is aangevraagd;

f) in het vonnis, waarbij de schorsing wordt uitgesproken, wordt vastgesteld een dag, waarop de bewuste partij in raadkamer zal worden gehoord en een dag, waarop de zaak weder ter rolle zal worden afgeroepen;

g) op de alsdan dienende dag wordt de schorsing opgeheven met hetzij bevel aan partijen om voort te procederen hetzij benoeming van een bewindvoerder, die de processuele positie van de bewuste partij overneemt en deze functie behoudt totdat aan het bewuste geschil door definitief gewijsde een einde is gemaakt;

§ 26. ¹ Dit met inbegrip van het geven van een volmacht aan de gemachtigde van art. 99 Rv. en aan de procureur of advocaat.

² Dus exploiten, conclusies etc.

³ Bij verstekprocedure's zal dit voor de praktijk wel van weinig betekenis zijn.

⁴ Uiteraard zal dit nog nader uitgewerkt moeten worden o.a. voor wat betreft het horen van de procederende partijen en de rechtsmiddelen tegen een toe- of afwijzende beschikking: welke rechtsmiddelen ik met karige hand zou willen toemeten.

h) ook buiten geding kunnen de sub e genoemde personen op de wijze en onder de voorwaarden genoemd sub f voor een geestelijk gestoorde vragen benoeming van een bijzonder vertegenwoordiger teneinde namens de geestelijk gestoorde een bepaald geding te voeren ⁵ en terzake de nodige handelingen ⁶ te verrichten;

i) hij, die als procespartij desbewust misbruik maakt van geestelijk gestoordheid van de wederpartij is tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade, ook de niet op geld waardeerbare, jegens de geestelijk gestoorde gehouden; voorzover de desbetreffende vordering gegrond is op het niet, anders of wel bestaan van rechten of rechtsverhoudingen, waaromtrent in het geding waarin bedoeld misbruik is gepleegd een bindende beslissing is gegeven, kan t.a.v. die rechten of rechtsverhoudingen in het geding betrekkelijk tot genoemde schadevergoeding het aan genoemde beslissingen toekomende gezag van gewijsde niet worden ingeroepen ⁷;

j) voor wat betreft berusting, zou ik mij willen houden aan hetgeen ik in § 13 als geldend recht meende te mogen beschouwen;

k) art. 383 lid 2: zij, die tijdens de uitspraak van een vonnis of het in kracht van gewijsde gaan daarvan in zodanige mate geestelijk gestoord waren, dat zij geacht moeten worden het gewicht van het vonnis en/of van het in kracht van gewijsde gaan daarvan niet te hebben beseft, zullen daarenboven tot het verzoeken van zodanige herroeping ontvankelijk zijn (en zulks ook t.a.v. vonnissen in eerste aanleg op tegenspraak gewezen) indien, hetzij:

1° het in art. 382 sub I bedoelde bedrog door hen reeds ontdekt was tijdens het geding, maar aannemelijk is, dat zij tengevolge van hun kwaal het belang van dat bedrog voor de uitslag van het geding niet beseften, hetzij

⁵ Hieronder mede te verstaan het aanwenden van rechtsmiddelen; ik laat buiten beschouwing, of langs deze weg de mogelijkheid tot het aanspannen van een geding door „buitonstaanders” ook behoort op en te staan in zaken, waarbij ideële belangen van de geestelijk gestoorde ten nauwste zijn betrokken.

⁶ Bv. het opdragen aan een deurwaarder een dagvaarding uit te brengen, aan gemachtigden en proc. om zich te stellen en het geding te voeren etc.

⁷ Verg. VAN ROSS.-CL. aant. 4, 1^o alinea i.f. ad art. 382 en MEIJERS in W. P. N. R. 2880, 140, sub 2b.

2º t.a.v. het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis aan de wederpartij bedrog of arglist kan worden verweten⁸;

l) 383 lid 3 de vernietiging van een vonnis op grond van in het voorgaande lid bepaalde kan niet strekken ten nadele van vermogensrechten van derden, die te goeder trouw de in (door) het vonnis vastgestelde, (in het leven geroepen) rechtsbetrekkingen als uitgangspunt voor eigen handeling hebben genomen;

m) 273 lid 4 de vordering bedoeld in het 2º lid voormeld kan niet worden ingesteld na verloop van 3 maanden sinds over de geestelijk gestoorde werd aangesteld een curator of een bewindvoerder als bedoeld in art. 32 der krankzinnigenwet⁹.

§ 27 De oorsprong van art. 501 B. W. is via art. 503 C. C. terug te voeren op het rechtskarakter, dat de onder curatelestelling of de interdictie naar O. Fr. R. had¹: oorzaak van de nietigheid ener handeling door de curandus vereicht was niet de curatele of de interdictie maar de gepraesumeerde krankzinnigheid, zodat ook na curatele of interdictie bewijs van *dilucidum intervallum* vrijstond²: de curatele of interdictie was ingesteld om de moeilijkheid van het bewijs van de kwaal t.a.v. iedere behandeling te onderwerpen³, in welke constructie er geen principiëel bezwaar in kon worden gezien aan die constatering terugwerkende kracht toe te kennen⁴. Toen in de C. C. de curatele werd niet een declaratoir, maar een constitutief vonnis, had men er zich rekenschap van moeten geven, dat een formulering van art. 503 C. C. overeenkomstig het vroegere recht een dubium zou scheppen, immers in dat oudere recht handelde zoals gezegd, de bepaling over nietigheid wegens krankzinnigheid, terwijl in het nieuwe recht ruimte kwam voor de opvatting,

⁸ Ik denk hier aan manipulaties van de wederpartij bij de betekening van het verstekvonnis, het achterhouden van brieven van de proc., het door misleiding brengen tot berusting enz.

⁹ Uitteraard vervalt de vordering ook, evenals iedere vordering door afstand.

§ 27. ¹ Zie § 2 nt. 6.

² POTHIER, Tr. des Obl. nr. 49; De Maleville a. w. ad art. 489 (alwaar oudere litteratuur).

³ BRISSAUD, 194 nt 3.

⁴ Zij het, dat het Châtelet de Paris vigs. BRISSAUD, 195 nt. 6 (onder verwijzing naar BOURJON I, 6, 4, 1) zich in dit opzicht terughoudend toonde.

dat de bepaling (evenals die over de curatele, waaraan zij werd gekoppeld) handelde over nietigheid tengevolge van curatele; hetgeen echter de Fr. wetgever verzuimde. Van daar, dat getwist wordt over de vraag, of de artt. 503 C. C. en 501 B. W. handelen over ongeldigheid wegens handelingenonbekwaamheid⁵ of wegens krankzinnigheid⁶. Dit uitgangspunt is van belang voor de vraag, of de rechter de nietigheid mag uitspreken, ook al zou blijken, dat de handeling in dilucido intervallo is verricht, hetgeen dan ook door de in nt. 5 genoemde schrijvers wordt aangenomen⁷.

Andere twistpunten omtrent de bepaling zijn: 1^o of „alle” mede omvat het huwelijk⁸, het testament⁹, gerechtelijk processuele handelingen¹⁰; 2^o of het woordje „kunnen” de rechter de bevoegdheid geeft nietigverklaring te weigeren bv. ten behoeve van een wederpartij te goeder trouw¹¹;

⁵ LOSECAAT VERMEER, diss., 180; ASSER-MELJERS, 79, waartoe dicht nadert die v. FREJLMOCK, Themis 1874, 6; H. R. (8.1.1925; 302): „het gaat hier om het bestaan van een gedurende staat van onnoozelheid” etc. (zij het bij arrest van 21.3.1941; 756 de terugwerkende kracht in het artikel neergelegd beperkt houdende tot handelingen door de krankzinnige verricht; dit in tegenstelling tot SUYLING I, 1, 109, nt. 5, P. G. BERGER (aangeh. arr.), die voor handelingen tegen de krankzinnige verricht analogische toepassing van art. 501 bepleiten); in dezelfde geest Rb. Middelburg, 30.3.1921; 1922, 669.

⁶ DIEPHUIS, II, 85; LAND-ST. B. I, 686 nt. 1; ASSER-VAN GOUDOEVER, 317. VEEGENS-OPPENHEIM I, 3^e dr., 378; HOFMANN, Verb. I, 4e dr. 212; SUYLING I, 1, 2e dr. nr. 88; Rotterdam 8.3.1897 W. 7036; Groningen 18.2.1938; 1940, 227 (eisende, dat blijkt, dat de krankzinnigheid op de handeling van invloed is geweest).

⁷ ASSER-SCHOLTEN, 514 stelt de vraag zonder haar te beantwoorden.

⁸ Ontkennend DIEPHUIS IV, 123.

⁹ Ontkennend o.a. Hof den Bosch 21.11.1893 W. 6422; Leeuwarden 6.11.1947; 1948, 663; ASSER-SCHOLTEN a. w. 514 (op grond dat ook een test. na cur. verleden niet ipso facto ongeldig is; a. w. 510) in tegenstelling tot o.a.: Breda 12.4.1892 W. 6182; H. R. 2.11.1894 W. 6572; Middelburg 10.3.1921; 1922, 668; SCHERMEER-MOLL II, 1; ASSER-MELJERS, 79.

¹⁰ Cf. aent. SCHOLTEN bij H. R. 21.3.1941 nr. 756, hierboven geciteerd in § 25 nt. 21 en de daartoe betrekkelijke tekst.

¹¹ Zoals wordt ontkend o.a. door ASSER-SCHOLTEN, 514; HOFMANN, t.a.p.; zie ook Amsterdam 10.11.1905 W. 9053 betogende, dat de rechter niet ten behoeve van derden te goeder trouw de gevolgen der nietigheid kan beperken; in tegenstelling tot o.a. DIEPHUIS II, 86; FREJLMOCK, t.a.p.; J. H(OUWING) onder Hof den Haag 21.12.1909, W. P. N. R. 2112; ASSER-V. GOUDOEVER t.a.p..

3° wat te verstaan is onder „blijkbaar”¹². Dat „tijdstip” betekent „tijdvak” wordt vrij algemeen aangenomen¹³, evenals het feit, dat art. 501 leidt niet tot absolute nietigheid maar tot vernietigbaarheid. Het schijnt mij de moeite niet lonend op al deze controversen in te gaan noch om na te gaan, of uit H. R. 8.1.1925; 302 moet worden afgeleid, dat, indien de situatie, waarop art. 501 het oog heeft, zich verwezenlijkt, een beroep op de nietigheid ener handeling slechts kan worden gegrond op art. 501 (dus niet meer op de bepalingen van het gemene recht: *lex specialis derogat etc.*), noch, in hoeverre art. 501 iets afneemt van of toevoegt aan de rechtsgevolgen, die het gemene recht aan krankzinnigheid toekent. Is men met mij van mening, dat deze zijn, of behoren te worden vastgesteld, zoals ik boven (§§ 9—18) aangaf, dan is niet in te zien, welke redelijk nut het heeft, die gevolgen te beperken of uit te breiden, indien de bewuste persoon achteraf onder curatele wordt gesteld, ook al blijkt, dat zulks ten tijde van de aangevochten handeling ook reeds had kunnen geschieden. Gaarne veronig ik mij met het voorstel van de Commissie 1880¹⁴ om de bepaling — én het daarmee verband houdende gedeelte van art. 502 — te doen verdwijnen.

Wat het overige deel van art. 502¹⁵ betreft, sta ik tegenover handhaving daarvan neutraal, al sta ik a priori sympathiek tegenover bepalingen, die tot bevordering van de rechtszekerheid strekken.

¹² H. R. 18.6.1897 W. 6984 en — belangrijk beperkter — 8.1.1925; 303: „duidelijk waarneembaar voor loken, zodat ieder, die met de betrokken persoon handelde, gelegenheid heeft, hetzij door eigen waarneming, hetzij door het inwinnen van inlichtingen, van die „gedurige staat” kennis te bekomen”, dus niet „duidelijk waarneembaar, voor wie hem slechts één oogenblik zag”; ongeveer evenzo o.a. ASSER-SCHOLTEN t.a.p.; Hofmann-van Opstall, Verb. I, 299; zie ook Utrecht 2.2.1921 W. 11106; Groningen 18.2.1938 (1940, 227); Hof den Haag 21.10.1946 (1947, 413) en 24.1.1947; Leeuwarden, 6.11.1947; 1948, 663; CORBERGH en VAN MOURIK (1948, 449); W. P. N. R. 3349 resp. 3455; geheel afwijkend Hofmann Verb. I, I, 212.

¹³ Een punt, dat trouwens van weinig belang is, voor wie aanneemt, dat 't gaat om bewijs van „gedurige” staat (zie boven nt. 5): bestaat deze in het „tijdvak” dan zal zij ook bestaan op het „tijdstip”, al zou er op dat tijdstip een diluo. interv. zijn.

¹⁴ dl. II, 258.

¹⁵ dat bedoeld is als straf tegen de verwanten, die verzuimd hebben tijdens het leven curatele aan te vragen (de MALEVILLE a. w. ad art. 504).

§ 28 Thans nog een enkel woord over de rol, die geestelijke gestoordheid kan spelen voor de beoordeling niet, of bij de verklarende persoon rechtswil aanwezig was maar, of bij hem goede of kwade trouw (in ruime zin) aanwezig was.

Zoals bekend, zijn er talrijke gevallen, waarin de aanwezigheid van goede trouw een bepaald gebrek in een rechtshandeling kan verhelpen, zodat de handeling ondanks dat gebrek haar beoogd gevolg heeft. Verschillende auteurs¹ nu, hebben er op gewezen, dat men deze gevallen kan onderscheiden, al naar gelang voor het beroep op goede trouw vereist is, zgn. concrete goede trouw, d. w. z., dat men gehandeld heeft in de positieve overtuiging, dat de werkelijkheid was, zoals zij scheen² of dat die concrete goede trouw niet vereist is³.

A) Kan nu aan de geestelijk gestoorde, die, waar dit vereist is, stelt in concreet goed vertrouwen te hebben gehandeld, eventueel worden tegengeworpen, dat dit beroep niet opgaat, daar hij tengevolge van zijn kwaal niet vatbaar was voor enige inwerking van de getoonde schijn, doordat hij (b.v. i.v.m. een beroep op art. 1422 B. W.) dermate geestelijk verward was, dat hij zich onmogelijk enige voorstelling van de strekking van de hem getoonde acte van cessie kan hebben gevormd?

B) Omgekeerd, steeds waar men beroep op de goede trouw toestaat, wordt dat beroep geweigerd o.a. indien de gene, die goede trouw inroept, subjectief te kwader trouw was, wist, dat de schijn vals was. Kan de geestelijk gestoorde, aan wie zulke subjectieve kwade trouw wordt verweten, — eventueel — zeggen: „door mijn geestelijke toestand wist ik niet”?

§ 28. ¹ THIEL, aangeh. diss., 46; HOEFINK, W. P. N. R. 3685 e.v.v. (blzz. 344, 351, 364); PETIT: Praeadvies, 215.

² Bv. wie zich op art. 1422 B. W. beroept, moet m.i. stellen, dat hij dacht aan de werkelijke crediteur te betalen; wie handelde met een onbevoegde vertegenwoordiger moet gedacht hebben met een bevoegd vertegenwoordiger te handelen.

³ Hieronder worden door de in nt. 1 genoemde auteurs gebracht de gevallen, waarin krachtens de wet de onjuistheid van een publicatie aan derden te goeder trouw niet kan worden tegengeworpen: alsdan kan die derde op een gepubliceerd — doch onwaar — feit een beroep doen. ook al wist hij niet, dat dat feit was gepubliceerd en ook al heeft hij met dat feit destijds geen rekening gehouden.

C) En zal hij eventueel een dergelijk verweer kunnen voeren, in die gevallen waarin de wet een overeenkomst, voldoende aan de vereisten van een normale overeenkomst, ongeldig acht, omdat de subjectieve kwade trouw van één of beide partijen, op een door de wet gewraakte omstandigheid was gericht, (men denke zich het geval, dat beweerd wordt, dat de overeenkomst door bedrog of geweld gepleegd door de geestelijk gestoorde tot stand is gekomen)?

Zo zijn tal van gevallen denkbaar op het gebied der rechtshandeling dat ondanks het tegenwoordige streven naar de objectivering van wil, vertrouwen, wetenschap, opzet en schuld ⁴ een beroep op subjectieve geestelijke gesteldheid denkbaar is ⁵ en wij dus voor de vraag worden gesteld, in hoeverre de geestelijke gestoordheid een bijzondere behandeling rechtvaardigt. In de praktijk zal zulks weliswaar niet veel voorkomen, daar, in de veronderstelde gevallen dikwijls de rechtshandeling nietig zal zijn wegens de geestelijke stoornis, maar noodzakelijk is dit toch niet. Bovendien denke men aan de mogelijkheid, dat de handeling werd verricht door een vertegenwoordiger van de geestelijk gestoorde, in verband met de opvatting, dat bij een optreden door een vertegenwoordiger de goede of kwade trouw etc. niet alleen van de vertegenwoordiger, maar ook van de vertegenwoordigde rechtens relevant kan zijn ⁶.

M. i. zullen in alle bedoelde gevallen aan de geestelijke gestoordheid die feitelijke gevolgen moeten worden toegekend, die zij in werkelijkheid gehad heeft; zodat ik tot een bevestigende beantwoording van de met A, B en C aangegeven vragen kom. Redenen terzake een nadere voorziening te treffen, zie ik niet.

Ondertussen zijn wij met deze vragen genaderd tot een ander gebied, nl. dat der zgn. blote rechtsfeiten. Bij talloze daarvan kan de geestelijke gesteldheid van de daarbij betrokkenen een rol spelen. Ik zal mij beperken tot enkele.

⁴ Een uitvoerige uiteenzetting (en bestrijding) geven ROES en FRANSSEN, Praeadvies 1935 voor de Ver. tot het bevorderen van de beoefening der wetensch. onder de Katholieken in Nederland.

⁵ Zo moet bv. voor de beoordeling van de kracht, die van het geweld uitging een subjectieve maatstaf worden aangelegd (art. 1360 lid 2) etc.

⁶ Verg. aant. MEIJERS bij H. R. 2.1.1930, 1255, i.f..

HOOFDSTUK II

Blote rechtsfeiten

§ 29 BRUINS¹ wijst er op, dat de Germaanse rechtsopvatting van aansprakelijkheid tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad van kinderen en krankzinnigen ook na de receptie van het R. R. in tal van wetgevingen niet geheel verdrongen is door de Romanistische strengere doorvoering van het schuldbegrip en de daaraan vastgeknoopte uitsluiting van aansprakelijkheid van bedoelde personen. Anderzijds staat wel vast, dat in het O. Fr. R. laatstgenoemde gedachte de overheersende is geweest² evenals in het O. N. R.³ en ook is aannemelijk dat zowel de Franse wetgever⁴ als de onze⁵ die gedachte hebben willen continueren. Nochtans wordt zowel in Fr. als ten onzent in de litteratuur⁶ — met tamelijk grote frequentie — en in de

§ 29. ¹ „Een onderzoek naar de rechtsgrond der schadevergoeding” diss. Leiden 1906, 21 e.v.v.

² Verg. BEAUMANOIR, nr. 1575 (althans naar mijn mening handelt deze tekst zowel over de strafactie, als over die tot vergoeding der schade); PLANIOL, Tr. El. II, 8^e dr., nr. 878, — de iure constituendo aanhanger van de tegenovergestelde opvatting — spreekt hier over een „tradition française”; LEDOUX, 176; zie echter het door BAUDRY-LAC.-BARDE XIII, nr. 2857 vermelde art. van het Parijse Hof van 1883; dat POTHELIER (Obl. nr. 118) kinderen, die het oordeel des onderscheids hebben, vatbaar acht voor „malignité” en voor aansprakelijkheid deswege, kan niet als inbreuk op het gestelde beginsel worden opgevat.

³ Zie HUBER, HEDEND. R. VI, 1, 17/8.

⁴ Immers uit niets blijkt, dat hij ten deze op een principiële punt van het oude recht wenste af te wijken; zie LEDOUX, 178, echter o.a. MERLIN als ten deze afwijkend vermeldende.

⁵ BRUINS, a.w., 178; SIMONS, Themis 1902, 11; WOLFSBERGEN O.D., 133.

⁶ Ik moge te dezen opzichte verwijzen naar WOLFSBERGEN: Onrechtmatige daad biz. 136 e.v.v. (on diens opstel in W. P. N. R. 3077, nt. 17—21), die zelf het begrip van de ontoerekenbaarheid in de onderhavige materie verwerpt (als uitzondering accepteert hij het geval, dat „de in de persoon des daders gelegen oorzaak overmacht oplevert, dus t.a.v. de dader zelf abnormaal is” bv. wanneer de dader door een attaque was getroffen en daardoor schade berokkende); als zijn medestander kan nog vermeld worden ANTEN in W. P. N. R. 3207, als tegenstanders SIMONS (Themis 1902.11), VAN GELDEREN (W. 12792 en 12804), VICELIUS (MEIJERS-bundel, 830) en PIRLO (Verb. r. 252-t.a.v. zeer jonge kinderen en krankzinnigen, die niet weten, wat zij doen).

rechtspraak⁷ — sporadisch — de tegenovergestelde opvatting verkondigd, zulks, als ik het goed zie⁸, voornamelijk op de gronden, dat bedoelde wetgevers zich ten deze ten onrechte lieten leiden door gedachten, die slechts in het strafrecht thuis behoren, dat de tendenz van de objectivering van het schuldbegrip bij art. 1401 als consequentie medebrengt, dat met het begrip van de subjectieve schuld — de onbehoorlijkheid of laakbaarheid, zoals b.v. VAN WOLFSBERGEN⁹, haar noemt — ook het begrip van de toerekenbaarheid verdwijnt en eindelijk, dat onze wetgever in art. 1483 B. W. en in — de vroegere — regeling van de vordering van de civiele partij in het strafgeding van een tegenovergestelde opvatting heeft doen blijken. Op deze gronden, wordt dan dus gezegd, dat een beroep op geestelijke gestoordheid niet meer terzake doet, indien alle (overige)

⁷ Amsterdam 19.3.1928; 446 in tegenstelling tot Hof Arnhem 24.3.1908 W. 8709; Amsterdam 15.4.1908 W. 8709; Alkmaar 9.12.1926; 1927, 1037 en 20.10.1927; 1928, 613; Den Haag 13.1.1931; 991 (naar algemene rechtsbeginselen, bv. uit art. 1280 B. W., blijkt, dat ook buiten art. 501 beroep op ontoerekenbaarheid is toegelaten); (t.a.v. die *leges speciales* van art. 1401, waardoor iem. aansprakelijk wordt gesteld voor de daden van een ander, komen in de litt. en rechtspr. tot uiting tegengestelde opvattingen omtrent de vraag, of niet-toerekenbaarheid van de onmiddellijke dader relevant is: de beantwoording van die vraag is echter ten dele geïnspireerd door overwegingen, die i.h. bijzonder op die *leges speciales* betrekking hebben, zodat ik gemeend heb — afgezien van § 30 nt. 13 — die *leges speciales* op dit punt buiten beschouwing te mogen laten); in dezelfde geest schijnt ook de Fr. jurisprudentie te zijn; zie PLANCHOL II, nr. 378 (noemende o.a. een geval, dat een vrouw, die met vitriool wierp, uit hoofde van krankzinnigheid niet aansprakelijk werd geacht) en BAUDR.-LAC.-B. t.a.p., beide als uitzonderingen vermeldende gevallen, waarin de dader zijn toestand aan zichzelf te wijten had, bv. dronkenschap, losbandigheid.

⁸ De desbetroffende literatuur is zo omvangrijk, dat ik haar slechts voor een klein gedeelte kon raadplegen, en (voor een nog veel kleiner gedeelte) verwerken.

⁹ O. D., 133, 134, 136; dat echter het stellen van een objectief schuldver-eiste (het zich anders gedragen dan een normaal voorzichtig mens zou gedaan hebben) de quaestie van de „laakbaarheid” niet noodzakelijk uitsluit, zie bv. BEKKHUIS (Rechterlijke matiging bij de actie tot schadevergoeding uit onr. d., inaug. r. Groningen 1939, 11), vlg. wie de grondslag van bedoelde aansprakelijkheid wordt gezocht in een „laakbare gedraging” maar niettemin voldoende acht (nt. 2) dat de dader in zijn gedrag is afgeweken van dat van een normaal zorgvuldig mens.

vereisten voor het ontstaan van een vordering uit art. 1401 vast staan.

Allereerst zij vastgesteld, dat dus buiten geding zijn de gevallen, waarin door geestelijke gestoordheid één der (overige) vereisten ontbreekt: b.v. als tengevolge van de kwaal een „gewilde” handeling (in de betekenis van spierbeweging) niet aanwezig is, of — als gesteld wordt één van die onrechtmatige daden, die slechts met subjectieve schuld kunnen worden gepleegd — de casus zó ligt, dat tengevolge van de kwaal bij de dader dat subjectieve element en dus één der voorwaarden nodig voor het ontstaan van des daders verbintenis ontbreekt. Dit kan het geval zijn bij o.a.: de artt. 1408—1412 („oogmerk”: met de H. R. opgevat in subjectieve betekenis¹⁰), art. 43 Octrooiwet („desbewust”)¹¹ en de gevallen waarin volgens de rechtspraak van de H. R. bedoeld subjectief element aanwezig moet zijn, wil de geïncrimineerde handeling in strijd zijn met goede zeden of de in acht te nemen zorgvuldigheid, zoals: misbruik van recht¹², het publiceren van — ware — mededelingen¹³, handelingen waardoor men zich rechtstreeks ten koste van een derde verkrijgt, doch die op die grond slechts onrechtmatig worden geoordeeld, indien zij *met het doel* van verrijking worden verricht¹⁴; en zo zal het bij enig zoeken, wellicht mogelijk zijn nog andere voorbeelden te vinden¹⁵ waar geestelijke gestoordheid reeds op zuiver feitelijke gronden in een gegeven geval kan leiden tot een afwijzing van een vordering uit onrechtmatige daad, in welk geval de vraag naar de toe-

¹⁰ Cf. behalve de litteratuur en rechtspraak aangehaald bij v. WOLFSBERGEN (O. D., 184, nt. 8) en HOFMANN Verb. I, (4^e dr.), 326) — die beide de andere mening zijn toegedaan — concl. A. G. WILNVELDT bij H. R. 17.12.1948; 1949, 79.

¹¹ Verg. H. R. 23.5.1941, 828; 10.5.1946, 404.

¹² („om aan een ander hinder toe te brengen”): zie de arresten aangehaald door P.-G. BESIER en SCHOLTEN in hun conclusie tot respectievelijk noot bij H. R. 13.3.1936, 415.

¹³ Vlg. arr. 28.11.1941; 1942, 190: niet zonder meer onrechtmatig, indien niet blijkt van de *bedoeling* tot benadeling (zie ook 16.5.1946; 564).

¹⁴ Zie het arrest inz. de Staat-Degens (3.5.1946, 323); ook aan de bekende arresten omtrent de zgn. opzetcontracten ligt deze gedachte — zij het verscholen — ten grondslag;

¹⁵ Zie ook HOUWING, diés-rede Rotterdam 1948, 13 ten betoge, dat uit onrechtmatige daad eerder aansprakelijk is hij, die opzettelijk onwaarheid sprak, dan hij, die zulks slechts door lichtvaardigheid deed, verwijzende naar aant. bij H. R. 11.3.1938; 1939, 128 en 28.11.1947; 1948, 185;

rekenbaarheid niet gesteld behoeft (kan) worden (cf. § 1).

Het argument uit art. 1483 B. W. nu, werd reeds door LAND¹⁶ weerlegd en m.i. terecht: deze bepaling zegt slechts, dat, indien er ten laste van de daargenoemde personen een verbintenis uit misdrijf of schadetoebrengende daad is ontstaan, deze niet met de ter plaatse geregelde vordering tot nietigverklaring kan worden bestreden, doch zegt niets over de voorwaarden voor het ontstaan van bedoelde verbintenis. En, wat de regeling van de civiele actie in het strafproces betreft: ik weet niet, in hoeverre de desbetreffende tekst van ons vroegere W. v. Sv. steun gaf aan de mening, door de Amsterdamse Rechtbank in haar vonnis van 1928 (zie nt. 7) gehuldigd, nl. dat voor toewijzing van de civiele vordering voldoende was het bewijs van het ten laste gelegde feit (dus ongeacht of een strafrechtelijke veroordeling plaats vond), maar de H. R.¹⁷ leidde uit de M. v. T. op art. 47 der Wet van 18 April 1827 (Stbl. nr. 20) af, dat toewijzing van de civiele vordering slechts kon plaats vinden, indien terzake van het ten laste gelegde een veroordeling plaats vond; het tegenwoordige Wetb. v. Sv. heeft deze opvatting gesanctionneerd, door het huidige art. 337; weliswaar spreekt die bepaling ook over het geval, dat aan de verdachte een „maatregel” wordt opgelegd, doch hieronder mag — in weerwil van art. 13 Sr. — blijkens de historie niet worden verstaan de maatregel van art. 37 lid 2 Sr.¹⁸

Wat de eerstgenoemde argumenten betreft: stelt men zich, gelijk ikzelf doe,¹⁹ op het standpunt, dat, indien de wil van de wetgever om een bepaalde belangenconflict op een bepaalde wijze op te lossen duidelijk blijkt, de interpretator, i.h.a. niet op leerstellige gronden van die wil mag afwijken, dan komt aan bedoelde argumenten voor de vraag van de wetsuitlegging ten deze slechts een beperkte waarde toe; beknoptheidshalve zal ik ze dan ook slechts i.v.m. het ius constituendum bespreken, mij voor het geldend recht

¹⁶ IV, 315, nt. 1.

¹⁷ 24.10.1910, W. 9074.

¹⁸ BLOK-BESTIER II, 120.

¹⁹ Daartoe steun zoekende bij o.a. BREGSTEIN, inaug. r. Amsterdam 1939, CLEVERINGA, R. M. Themis 1939, 60, DE GROOTH, inaug. r. Leiden 1947; HOUWING, diës. r. Ned. Ec. H. school 1947 (de laatste met instemming besproken in R. M. Themis 1948, 370 door VISSER VAN IJZENDOORN); v. D. GRINTEN R. M. Themis 1940, 412 (allen handelende over het alg. aspect, dus niet over art. 1401).

op het standpunt stellende, dat geestelijke gestoordheid in bepaalde gevallen tot niet-aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan leiden.

Welke zijn deze? M. i. kunnen dezelfde criteria die ik in § 1 i. v. m. art. 37 Sr. noemde in de onderhavige materie m. m. dienst doen. Wat de practische toepassing betreft, schijnt het geven van een bevredigend overzicht, gezien de talrijke meningsverschillen, die, vooral sinds het befaamde arr. van 1919, zich in de litteratuur hebben ontwikkeld t. a. v. de vragen zowel, welke de elementen van art. 1401 zijn, als die welke als zodanig door de rechtspraak worden beschouwd, in het toegestane bestek niet wel mogelijk. Ik moge volstaan met het noemen van enkele rubrieken, waarin m. i. de niet-toerekenbaarheid tot niet-aansprakelijkheid voert:

1^e. indien de dader tengevolge van zijn kwaal zich niet bewust was noch kon zijn in strijd met het subjectieve recht van de benadeelde of eigen rechtsplicht te handelen of jegens die ander onbehoorlijk te handelen, w. o. begrepen het geval, dat hij tengevolge van zijn kwaal verkeerde in rechtsdwaling of in feitelijke dwaling, ook al zou deze laatste voor een „normaal” persoon niet verschoonbaar zijn geweest.

2^e. handelingen verricht in dwangpsychose e. d.

Daarentegen meen ik, dat in al deze gevallen wel de normale aansprakelijkheid behoort te worden aangenomen, wanneer de geestelijke gestoordheid door de dader zelf veroorzaakt is (b. v. misbruik van alcohol of andere verdovende middelen) onder zodanige omstandigheden, dat hem verweten kan worden, dat hij zulks met het oog op de gelaedeerde belangen had moeten nalaten en dus, door zich wel te bedrinken etc., tegenover die belangen niet de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid heeft in acht genomen ²⁰.

Denkbaar is voorts, dat de benadeelde derde, voorzover hij ter zake van de geleden schade tegen de dader, tengevolge van diens ontoerekenbaarheid geen vordering heeft, zich kan verhalen op een ander, die naast de geestelijk gestoorde als veroorzaker van de schade kan worden aangemerkt, of rechtstreeks door de wet voor die schade aansprakelijk wordt gesteld (artt. 1403 lid 2-5 en art. 25 M. en R. wet, misschien ook art. 321 lid 2 en 536 K.). Wat het eerste

²⁰ Verg. § 827 D. B. G. B. en art. 54 Schw. Obl. R.

punt betreft volgt de mogelijkheid van bedoelde aansprakelijkheid uit de talrijke uitspraken van de H. R., waarbij aansprakelijkheid van iemand voor zijn daad wordt aangenomen, ook al vindt na die daad een daad van een ander plaats, mits maar laatstgenoemde daad het (naar ervaringsregelen) te verwachten gevolg van de eerstgenoemde is ²¹).

Dezelfde redenering is van toepassing (de meeste van de genoemde arresten gingen trouwens over „eigen schuld” van benadeelde), indien iemand tegenover een geestelijk gestoorde een onrechtmatige daad pleegt: hij kan zich dan dus tot afwering van een eis tot schadevergoeding niet beroepen op eigen „schuld” van de benadeelde, indien hij rekening had behoren te houden met de mogelijkheid, dat die benadeelde tengevolge van zijn kwaal zichzelf de bewuste schade zou toebrengen, terwijl zelfs dit laatste punt niet terzake doet, indien de dader de schade opzettelijk toebreacht ²².

§ 30 **HIJMANS**¹ kenschetste de toepasselijkheid van de leer der strafrechtelijke toerekeningsvatbaarheid op het civiele onrecht als een „ongehoorde aanmatiging van het strafrecht”, daar het begrip uit haar aard slechts past, dáár waar sprake is van straf, terwijl bij de onrechtmatige daad volgens tegenwoordige begrippen niet straf, slechts schadevergoeding door de wetgever beoogd wordt; dat, ook de schadevergoeding vergelding en voldoening bewerkt en een afschrikkende werking beoogt, is — vlgs. **HIJMANS** slechts — een reflexwerking, waaraan ten dezen geen consequenties mogen worden vastgeknoot. Bij de beraadslagingen nam **SIMONS**² het op voor zijn reeds eerder ³ verdedigde stelling, dat de actie uit art. 1401 ook thans nog is een civiele delicts.

²¹ 3.2.1927; 637; 4.4.1929, 1444; 29.1.1932, 330; 22.5.1933, 1513 (strafkamer); 23.4.1942, 392; 21.7.1944, 466; 28.11.1947, 1948, 135; 19.12.1947; 1948, 456; zie ook **WOLFSBERGEN** O. D. 143 en 216.

²² H. R. 11.3.1938; 1939, 128; nt. **HOUWING** bij H. R. 28.11.1947; 1948* 135; **HOFFMANN**, Verb. r. I (4^e dr.), 285.

§ 30. ¹ **Hand.** N. J. V. 1913, I, 210; zie ook **BESIER** in Gedenkboek B. W., 678.

² **Hand.** II, 71.

³ **Themis** 1902, 12; zie ook **SCHOLTEN**, W. P. N. R. 2352, en **VIGELIUS**, **MEIJERS**-bundel, 830, welke laatste, langs dezelfde weg als **SIMONS** redenerend, komt tot de conclusie, dat de schuld- en toerekenbaarheidsvragen t.a.v. art. 1401 moeten worden opgelost, zoals zulks in het strafrecht geschiedt.

actie. Tot een stemming over dit punt kwam het niet, kon het ook niet komen: immers, wil men van uit de tegenstelling strafrecht-civilrecht de bewuste vraag oplossen, dan zal men eerst tot overeenstemming moeten zijn gekomen aangaande de rechtvaardiging van de niet-toerekenbaarheid als strafuitsluitingsgrond en hiertoe bood de gedachtenwisseling over het door H. behandelde civielr. onderwerp geen gelegenheid. Maar, wat zou het resultaat van zo'n gedachtenwisseling zijn geweest? Naar alle waarschijnlijkheid dit: genoemde ontoerekenbaarheid is een specifiek strafrechtelijk begrip, immers staat in onmiddellijk verband met de rechtsgrond van het strafrecht (zie boven § 1 ad nt. 8 en 9), zodat het inderdaad niet aangaat dat strafrechtelijk begrip van niet-toerekenbaarheid op het civilrecht van toepassing te achten; maar niet zou dan automatisch zijn komen vast te staan, dat een analoog civilrechtelijk begrip in geen geval in aanmerking mag komen, wanneer door middel van een civilrechtelijke vordering aan iemand wegens overtreding van een norm een leed — zij het beperkt tot het beloop van de schade, door degene ter bescherming van wie de overtreden norm is opgesteld, geleden — wordt aangedaan, dit te minder nu ook het strafrecht de functie van schadevergoeding niet geheel vreemd is ⁴ en anderzijds de vordering uit art. 1401 volstrekt niet steeds in de eerste plaats gericht op het herstel van wat onrechtmatig geschiedde, maar dikwijls ⁵ slechts beoogt herhaling van het gecrimineerde feit voor de toekomst ⁶, waaraan dan, sinds 1932, door middel van de — ongetwijfeld van poenale aard zijnde — dwangsom kracht kan worden bijgezet (art. 611 a Rv.). Ook meen ik, dat het feit, dat een contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid voor opzettelijk onrechtmatige daden in strijd met de openbare orde wordt geacht ⁷, bewijst dat art. 1401 mede het alge-

⁴ Zie art. 14 e lid 1 Sr. toelatende, dat bij een voorwaardelijke veroordeling als voorwaarde wordt gesteld, dat de veroordeelde de door het strafbare feit veroorzaakte schade vergoedt.

⁵ Men denke ook aan de enorme uitbreiding van de practijk om door middel van het référé een verbod voor de toekomst te krijgen.

⁶ DEMOGUE en WERTHEIM, aangeh. bij WOLFSBERGEN (O. D., 4) menen, dat de generale preventie één van de doelstellingen van de vergoedingsplicht is.

⁷ BEEKHUIS, Aansprakelijkheid van rechtspersonen etc., diss. Leiden, 1934, 43; zie ook ASSER-LOS: VERMEER, 266 over de overeenkomstige vraag t.a.v. doloze wanpraestatie.

meen belang raakt. En bovendien — hiermede ben ik genaderd tot het tweede in de vorige § genoemde punt — indien men werkelijk met recht kan stellen, dat de toerekeningsvatbaarheid een natuurlijk — en dus noodzakelijk — complement is van het tegenwoordige op subjectieve schuld gegronde strafrecht⁸, volgt daaruit dan noodzakelijk, dat het begrip onmogelijk, zij het dan op andere gronden dan in het strafrecht, toepassing kan vinden bij die rechtsinstellingen, die niet berusten op subjectieve schuld? Mijn twijfel op dit punt wordt versterkt, indien ik zie, dat van de Franse auteurs, die het eerst verdedigden aansprakelijkheid op grond van gevaarzetting — dus n.b. ieder schuldvereiste, ook het objectieve, lieten vallen — enkele voor die aansprakelijkheid als vereiste stelden, dat de gevaarzettende daad uitging „d'un individu capable de responsabilité”⁹. Kan dat hetzelfde niet te eerder worden geëist voor het geval, dat — zoals ten onzent t.a.v. art. 1401 de heersende mening is — de aansprakelijkheid berust op „schuld”, die dan weliswaar objectief van inhoud is¹⁰, maar waarbij dan toch vlgs. sommigen¹¹ rekening moet worden gehouden met de ontwikkeling van de maatschappelijke groep, tot welke de dader behoort¹². M. i. bestaat tegen genoemde eis geen theoretisch bezwaar en moet de zaak worden gezien uit deze gezichtshoek: op verschillende gronden, (zowel in algemeen als in het particulier belang) regelt de wet of het recht de casuspositie, waarin A schade lijdt in verband met een handeling van B, aldus, dat A die schade op B kan verhalen; al naar gelang de behoeften en de rechtsovertuiging kan zij die vordering aan meer of minder strenge eisen binden en daaronder dan niet of wel opnemen de negatieve eis, dat de schade niet zij toegebracht door een dader, aan wie die handeling niet op grond van zijn psychische gesteldheid kan worden toegerekend; naarmate die eisen minder

⁸ Dat trouwens vlgs. BEEKHUIS (inaug. r., 11 nt. 2) ook al neiging tot objectivering van het schuldvereiste vertoont.

⁹ N.L. SALEILLES en TESSEIRE, in deze zin aangeh. door LEBDOUX, 186.

¹⁰ Dus bv. het niet in acht nemen van de normale voorzichtigheid levert schuld op, ongeacht, of de dader over minder doorzicht of kennis beschikte

¹¹ SUTLING II, 2 (2e dr.), nr. 536.

¹² Ook VAN DER GRINTEN in Themis 1940, 424 meent, dat de door hem aldaar behandelde vraag van schuld en onrechtmatigheid slechts zijdelings verband houdt met die van de aansprakelijkheid van kinderen en krankzinnigen.

streng gesteld worden en zich verder verwijderen van het begrip subjectieve schuld¹³ en/of onrechtmatigheid zal de wetgever er minder spoedig toe overgaan bedoelde eis op te nemen, niet alleen tengevolge van aprioristische instelling, — immers zich reeds ten dele losgemaakt hebbende van subjectieve eigenschappen van de dader — maar ook, omdat in dezelfde mate waarin bedoelde eisen minder streng (en dus de aansprakelijkheid ruimer) gesteld worden, de feitelijke gevolgen van die negatieve eis voor de practijk van het rechtsleven van meer gewicht worden en de afstand tussen aansprakelijkheid van normale en die van geestelijk gestoorde personen groter wordt¹⁴.

Aldus bezien is het dus een quaestie louter van practische en ideële motieven¹⁵; hetgeen de beslissing niet gemakkelijker maakt, doch misschien ook een verklaring geeft van het feit, dat de verschillende modernere wetgevingen het punt sterk afwijkend hebben geregeld¹⁶. Een poging in de Fr. wetgeving de wél-aansprakelijkheid neer te leggen mislukte¹⁷, terwijl een Belgisch ontwerp een uitsluiting van aansprakelijkheid te hebben bevat¹⁸, gelijk ten onzent het ontwerp-REGOUT deed¹⁹; in het voorlopig Verslag werd hiertegen bezwaar gemaakt op grond zowel, dat het ontwerp hiermede buiten zijn grenzen (verruiming van het begrip „onrechtmatigheid”) ging, als, dat verschillende leden zich

¹³ In dit verband zij er op gewezen, dat rechtspraak van de H. R. t.a.v. sommige bepalingen, die berusten op een vermoeden van schuld, gaat in deze richting, dat voor disculpatie niet geëist wordt een van buitenkomende oorzaak, maar voldoende is, dat wordt aangetoond, dat men zich heeft gedragen als een „goed automobilist” etc., waardoor dus ook voor die bepp. aan het schuld vereiste (zij het dan wellicht in objectieve zin) wordt vastgehouden: zie 16.4.1937; 490 (art. 25 Motor- en R. wet) 21.7.1944; 466 (art. 1404); 26.11.1948; 1949, 149 (art. 1403 lid 2).

¹⁴ Zoals ook in ons huidige recht onze vraag voor het strafrecht minder gevallen dan in het civiele recht tot ontheffing van aansprakelijkheid leidt en dus in het strafrecht bedoeld begrip voor de practijk van minder belang is dan in het civiele recht; in dit verband wijs ik er bovendien op, dat de strafrechter tot niet-toerekenbaarheid besluitende een der maatregelen van art. 37 lid 2 of 3 kan toepassen: in het civiele recht is het „alles of niets.”

¹⁵ Verg. DONKER in W. P. N. R. 2953.

¹⁶ Zie BRUNS a. w., 23—26, *PLANIOL*, II, 288 nt. 2.

¹⁷ LAND-SAVORNIN LOHMANN IV, 315 nt. 1; BRUNS a. w., 25 nt. 2.

¹⁸ *PLANIOL* t.a.p.

¹⁹ Zie art. 1405 in W. 9099.

met de principiële kant der zaak niet konden verenigen²⁰; het eerste bezwaar was aanleiding voor de minister om de bewuste bepalingen uit het ontwerp te lichten²¹. Dientengevolge kan uit de geschiedenis van bedoeld ontwerp niets geconcludeerd worden, omtrent het destijds bestaan van een uitgesproken behoefte of gevestigde rechtsovertuiging in de richting van wèl- of niet-aansprakelijkheid van geestelijk gestoorden en ook thans blijkt m.i. zodanige behoefte of rechtsovertuiging niet. Dit noopt mij de schaal te doen overslaan ten gunste van niet-aansprakelijkheid²²; wèl zijn wij gewend de wèl-aansprakelijkheid te beschouwen als de regel en de niet-aansprakelijkheid als de uitzondering, doch men kan — ik zinspeelde er boven reeds op — met evenveel recht de wèl-aansprakelijkstelling beschouwen als een uitzondering op het hoofdbeginsel, dat schaden worden gedragen door degene, die er door getroffen wordt²³, zodat dan iedere uitzondering op die uitzondering te beschouwen is als een toepassing van de hoofdregel.

Bevat de hier voorgestane gedachte een inconsequentie, inzoverre, dat door toepassing van de objectieve schuldleer een dader, die minder ontwikkeld is dan een normaal persoon, mits nog in die mate ontwikkeld, dat de daad hem nog wel kan worden toegerekend, aansprakelijkheid wordt opgelegd, indien hij minder voorzichtigheid heeft betracht dan die normale persoon, en dus schadevergoeding moet betalen, zonder dat hem moreel een verwijt treft, terwijl hij, indien in ontwikkeling zózeer tekort schietende, dat niet toerekenbaarheid moet worden aangenomen, vrij van

²⁰ W. 9312 § 2 en ad art. 1404/5.

²¹ W. 9459 § 2.

²² Hier dus andersom als ik (§ 17) verdedigde bij schijnbare wilsverklaringen van een geestelijk gestoorde afkomstig, waar juist de wederpartij beschermd wordt, terwijl deze daár — anders dan bij onrechtmatige daad — vrijwillig met de geestelijk gestoorde in contact trad: ginds echter is die bescherming slechts een reflex van het hoofddoel: bescherming van de rechtszekerheid en is zelfs „objectieve” schuld bij degene, te wiens koste die bescherming gaat, niet vereist (§ 11) en geeft de curatele aan een grote groep van geestelijk gestoorden de mogelijkheid dat nadeel te voorkomen.

²³ Zoals dan ook inderdaad in de overgrote meerderheid der gevallen geschiedt: het aantal der gevallen waarin ex. art. 1401 cum annexis recht op vergoeding van schade bestaat, verzinkt in het niet, als men het vergelijkt met dat der gevallen, waarin zodanig recht niet bestaat.

schade blijft? Ik meen van niet: in het eerste geval hebben wij te doen met iemand, van wie mag worden aangenomen, dat hij zich bewust kan zijn van het feit, dat van hem nu eenmaal geëist wordt, dat hij aan een bepaalde graad van zorgvuldigheid voldoet, kan dus de bedreiging van art. 1401 een zekere speciaal-preventieve werking hebben; heeft hij aan die graad van zorgvuldigheid niet voldaan, dan is hij — „normaal” geacht wordende — wel laakbaar; indien de geestestoestand van de dader een bepaalde graad van afwijking van het „normale” bereikt, dan geldt de dader niet meer als „normaal” en wordt de norm op hem niet toegepast. In dat geval verzet de billijkheid er zich tegen, dat de dader leed wordt toegebracht, daar hij niet — ook niet bij wege van wetsduiding — tekort is geschoten ²⁴.

Ben ik dan dus van oordeel dat in beginsel het lid ener rechtsgemeenschap in zoverre als betreft de materie geregeld in art. 1401 cum annexis als individu draagt het risico, dat zijn belangen geschaad worden door een geestelijk gestoorde en deze laatste ontheven wordt van het — door zijn geestelijke toestand abnormale — risico voor het toebrengen van schaden aan derden, zo zijn er nog enige punten, waar de vraag naar de billijkheid nadere aandacht vraagt. —

§ 829 van D. B. G. B. geeft een regeling, die in de practijk hierop neerkomt, dat een niet-toerekeningsvatbare, die als regel volgens dat wetboek niet aansprakelijk is, niettemin, indien de „aufsichtspflichtige Dritte” de schade niet kan vergoeden, aansprakelijk is, voorzover de billijkheid, i. v. m. de omstandigheden, zulks meebrengt, zodat bv. een niet-gefortuneerde dader vrij uit kan blijven gaan, waar een wel gefortuneerde aansprakelijk zou worden, zij het, dat deze laatste in ieder geval genoeg middelen moet overhouden om overeenkomstig zijn stand te leven etc. Voor overneming van deze bepaling die de materie laat beheersen door allerlei toevallige omstandigheden, kan ik weinig voelen.

Anders ligt m. i. de zaak in die gevallen, ressorterende onder 2^e in de vorige §, dus de handelingen in dwangpsychose

²⁴ In dit verband wijs ik er nog op, dat ook aanhangers van de principiële scheiding tussen strafrechtelijk civielrechtelijk onrecht bij dit laatste de vraag van al of niet schuldige neigingen een rol laten spelen: zie БЕРКХУИС, inaug. r., 25 „ons rechtsbewustzijn, dat eist, dat naarmate men schuldiger neigingen aan de dag heeft gelegd, strenger behandeld wordt.”

etc. verricht, indien komt vast te staan, dat de dader in het volle bewustzijn van het onmaatschappelijke van zijn gedrag, zijn daad heeft verricht, en hij dus desbewust zijn (onweerstaanbare) behoefte tot het bedrijven der daad heeft bevredigd ten koste van de gelaedeerde. In zo'n geval vordert m.i. de billijkheid dat de dader de door hem toegebrachte schade vergoedt, ook al zou hij zodoende voor de bevrediging zijner behoeften moeten betalen een bedrag, dat — gemeten naar normale maatstaven — niet in evenredigheid staat tot de door hem ondervonden sensatie van welbehagen. Voor deze gevallen ware m.i. een uitdrukkelijke aansprakelijkheidsstelling op haar plaats.

Tenslotte meen ik, dat, gezien de rechtspraak van de H. R., die art. 1403 beschouwt als limitatief t.a.v. de personen, voor wie iemand aansprakelijk is ²⁵, — een nadere regeling op dit punt wenselijk is, en wel in dier voege, dat voor schade toegebracht door een geestelijk gestoorde aansprakelijk wordt gesteld hij, die met het toezicht op de dader is belast, een en ander met toepasselijkverklaring van het 5^e lid van art. 1403 ²⁶. Mocht Uw vergadering onverhoopt van mening zijn, dat in de onderhavige materie voor het begrip ontoerekeningsvatbaarheid geen plaats is, dan moge ik U verzoeken aandacht te schenken aan de vraag, of het geen aanbeveling verdient bij art. 1401 cum annexis aan de rechter de bevoegdheid te geven op grond van gebleken geestelijke gestoordheid de verschuldigde vergoeding te matigen ²⁷; wellicht ware zodanige gedachte ook met het hoger verdedigde stelsel te verenigen, teneinde de rechter in de gelegenheid te stellen rekening te houden met „verminderde toerekeningsvatbaarheid.”

²⁵ HOFMANN Verb. I, 308.

²⁶ Zodat bv. een curator niet aansprakelijk is, indien hij het feitelijktoezicht op zodanige wijze aan een derde heeft overgedragen, dat hij gezegd kan worden als een goed curator te hebben gehandeld, (tenzij hij uit andere hoofde — bv. Art. 1403 lid 3 — voor de daden van die derde aansprakelijk is).

²⁷ Verg. MARX in W. 12404; DE JONG in MEIJERS-bundel, 512 (speciaal t.o.v. artt. 1406/7) en BEEKHUIS (aangeh. inaug. r.) over de vraag, in hoeverre de schuldgraad bij art. 1401 cum annexis op de hoegrootheid der vergoeding heeft, respectievelijk behoort te hebben (een vraag, die wel niet identiek met, maar wel nauw verwant is aan de onderhavige) en in tegengestelde zin o.a. PELS RIJCKEN in W. 12423 en v. WOLFSBERGEN O. D., 221.

Het zou mij te ver voeren de talrijke blote rechtsfeiten die, al dan niet verband houdende met de aan art. 1401 ten grondslag liggende kern — wering en ongedaan maken van onrecht —, aan een menselijke handeling het ontstaan van rechtsbetrekkingen vastknopen na te gaan, omvast te stellen, in hoeverre geestelijke gestoordheid op het ontstaan dier rechtsbetrekkingen van invloed is ²⁸ en/of behoort te zijn.

§ 31 Hetzelfde is het geval met die menselijke gedragingen, die ingrijpend in een reeds bestaande rechtsverhouding, aanleiding kunnen zijn tot een wijziging of beëindiging daarvan ¹. Wat het vermogensrecht betreft, wil ik mij beperken tot de wanpraestatie, en dan nog tot slechts enkele opmerkingen, daar het feit, dat ik hierover slechts één rechterlijke uitspraak vond, aannemelijk maakt, dat op dit punt ons onderwerp van vrijwel louter academisch belang is.

De zaak ligt hier anders dan bij art. 1401, door dat: 1^o ginds hoofdregel is, dat schade wordt gedragen door wie haar leed (blz.), terwijl hier de crediteur krachtens de reeds bestaande verbintenis in beginsel recht heeft op de bepaalde praestatie, of op wat daarvoor in de plaats komt, dus de niet-aansprakelijkheid van de debiteurde uitzondering is, 2^o hiër de Fr. wetgever doelbewust brak met de door de traditie overgeleverde culpaleer ², — al bleef hij (en ook de onze) spreken over de befaamde „goede huisvader” ³ —. Uit deze uitdrukking blijkt reeds dat de debiteur zich heeft

²⁸ Ik denk hier bv. aan de goede of kwade trouw, die de inhoud der revindicatie en van de bezitsacties, van de vorderingen genoemd in artt. 657—660, (misschien ook art. 661; „indien daartoe gronden zijn”); van de onverschuldigde betaling etc. kunnen beïnvloeden, aan de „wil”, die behartiging van andersmans belangen tot zaakwaarneming of overdracht van een zaak tot „onverschuldigde betaling” kan stempelen etc. etc..

§ 31. ¹ Bv. tot opzegging van een arbeidsovereenkomst of maatschap wegens dringende of gewichtige redenen, tot wijziging van alimentatieverplichtingen etc. tot toepassing van art. 1296.

² Zie HOFMANN Verb. I, 4^o dr., 30 e.v.v. en vooral de door deze geciteerde woorden van BIGOT DE PRÉAMENEU.

³ Art. 1743, het enige mij bekende geval, waarin de debiteur van een bepaalde zaak kan volstaan met de *diligentia quam suis rebus* en waarin dus van rechtswege rekening moet worden gehouden met persoonlijke eigenschappen bv. grenzeloze slordigheid tengevolge van psychische stoornissen, laat ik verder buiten beschouwing, evenals de wanpraestatie veroorzaakt door „arglist” (art. 1284).

te gedragen als een normaal behoorlijk schuldenaar, en ditzelfde blijkt uit art. 1281 („door overmacht of toeval verhinderd is geworden”). Hieruit is, i.v. ook met het feit, dat art. 1280 eist het bewijs van een „vreemde” oorzaak (waardoor m.i. te kennen is gegeven, dat o.a. wanneer de oorzaak der verhindering is gelegen in de persoon van de schuldenaar, er toerekenbare wanpraestatie is) af te leiden, dat de debiteur zich als regel niet kan beroepen op geestelijke gestoordheid⁴. Anders is m.j. te oordelen, wanneer de geestelijke gestoordheid ná het ontstaan van de verb. veroorzaakt is door een van buitenkomende omstandigheid, die daardoor te beschouwen is als iuridisch relevante oorzaak der wanpraestatie (bv. angstpsychose, eventueel door een derde opgewekt, of besmetting met een ziekte, die het hersenproces aantast). Ook in deze gevallen echter kan m.i. de rechter bij verbintenis uit overeenkomst niettemin op grond van art. 1374 lid 3 toerekenbare wanpraestatie

⁴ Tot dezelfde conclusie komen, langs andere weg, HOFMANN, Verb. I (4^e dr.), 29 nt. 1; SUYLING II, 1 (2^e dr.), 310 (w. litt.) HOFMANN-VAN OEFSTALL, 91; ASSER-LOSCAAT VERMEER, 257 meent, dat weliswaar bij praestaties, die niet door de debiteur persoonlijk behoeven te worden, ziekte i.h.a. geen overmacht oplevert, maar dat de Rb. Rotterdam (15. 3.1909 W. 8957) terecht aannam overmacht tot het betalen van huurpenningen, toen de huurster vlak voor de vervaldatum ziek (krankzinnig) werd, daar nl. „een toestand van volkomen toerekeningsvatbaarheid, waarin men plotseling geraakt, is een niet toe te rekenen onoverkomelijk beletsel voor de tijdige uitvoering der verbintenis”, zij het wellicht dit argument slechts als argument „pour besoin de la cause” gebruikende: immers aan deze overweging gaat vooraf een betoog, dat de cred. de overeenkomst in strijd met art. 1374 lid 3 uitvoerde, door de gegoede huurster (die in het contract afstand had gedaan van art. 1302 lid 2 en 3 — en dus ook van lid 4! —), toen zij (door een beroerte getroffen) in het ziekenhuis was gekomen, terstond te sommeren om de huur te betalen etc. (m.a.w. — want zo zal dit betoog wel opgevat moeten worden — dat de verhuurder, gezien de omstandigheden, in strijd met 1374 lid 3 handelde door overeenkomstig de letter van de overeenkomst te handelen); in § 29 nt. 7 noemde ik reeds het vonnis van rechtbank den Haag van 1931, waarin alle nadruk werd gelegd op de woorden in art. 1280; „die hem niet kan worden toegerekend” en blijkbaar deze woorden werden uitgelegd als speciaal betrekking hebbende op de eis van toerekenbaarheid uit hoofde van psychische gesteldheid (on de uitdrukking „vreemde” als niet geschreven werd beschouwd); ASSER-VAN GOUDOEVEER, 116 meent, dat geestelijke gestoordheid disculpeert, voorzover de debiteur het risico daarvoor niet op zich heeft genomen.

aannemen, indien de debiteur in zijn toestand van geestelijke gestoordheid zich door een positieve handeling in de onmogelijkheid heeft gesteld te praesteren en dientengevolge geacht moet worden in enig opzicht van zijn handeling profijt te hebben getrokken⁵. Op deze grond ben ik geneigd⁶ aan te nemen, dat in beginsel de erfenamen van de debiteur, die door zelfmoord in verstandsverbijstering gepleegd zich in de onmogelijkheid stelde een persoonlijk te verrichten praestatie te volvoeren, voor schadevergoeding aansprakelijk zijn.

Overigens erken ik gaarne, dat deze bespiegelingen slechts een betrekkelijke waarde hebben t.a.v. verbintenissen uit overeenkomsten, daar hierbij immers steeds de mogelijkheid bestaat, dat een partij in concreto i.v.m. de opvattingen van het verkeer geacht moet worden het risico voor bepaalde, i.h.a. niet te zijnen laste komende, omstandigheden te hebben aanvaard⁷. Om deze reden⁸ heeft het m.i. weinig zin de wenselijkheid ener wijziging der wet op dit punt te onderzoeken.

Thans nog iets over de invloed van geestelijke gestoordheid op enkele familierechtelijke verhoudingen.

§ 32 T.a.v. de ontzetting en ontheffing uit de ouderlijke macht bestond voor de invoering van het nieuwste kinderrecht een lacune in die gevallen, waarin de ouder door geestelijke gestoordheid ongeschikt of onmachtig was zijn taak van

⁵ Vgl. HOEFM.-v. OPSTALL t.a.p. en hetgeen ik in § 30 als wenselijk te kennen gaf.

⁶ Met KAMPUIZEN, maar in afwijking van VALKHOFF en VAN OS (N. J. Bl. 1942, 196 (nt. 2) resp. 255 en 328).

⁷ Op deze grond wordt de crediteur geacht t.a.v. door de debiteur persoonlijk te verrichten handelingen het risico voor ontoerekenbaar worden van de debiteur op zich te hebben genomen door SUTLING en HOEFM.-v. ORST.; aldus ook Ass.-Los. V. (alle drie t.a.p.) voor ziekte, die echter een uitzondering maakt voor het geval de ziekte bij het aangaan der overeenkomst (voor de debiteur) was te voorzien, hij daarvoor een abnormale vatbaarheid bezat, of die ziekte te wijten is aan gedragingen van de debiteur, die hem in zijn verhouding tot de crediteur als schuld zijn aan te rekenen.

⁸ Verg. VAN BRAKEL, Verb. I, 1, (1^e dr.) 117 nt. 2 ten betoge dat in de praktijk dikwijls eerst gekeken wordt, of niet „uit de bedoeling van partijen” een bepaalde regeling van het risico is af te leiden, vóórdat men zich afvraagt, hoe het nu eigenlijk van rechtswege zou zijn.

opvoeder naar behoren waar te nemen, (indien ook de andere door de een of andere oorzaak zijn taak niet kon overnemen). Immers werd ontzetting gevraagd op grond van „grove verwaarlozing” dan zou gezegd kunnen worden, dat deze grond volgens de wet impliceert, dat de betrokken ouder der t.a.v. de hem geïmputeerde feiten toerekenbaar moet zijn: niet alleen, omdat de genoemde term zulks uit haar zelf insluit, maar ook, omdat de bij de ontheffing gebruikte uitdrukking „ongeschikt of onmachtig” kennelijk wordt gebruikt in tegenstelling tot het begrip „verwaarlozing”¹. Werd daarentegen in datzelfde geval gevraagd ontheffing, dan was niet uitgesloten, dat de rechter zich zou afvragen, of deze ouder gezien zijn psychische toestand de betekenis van de gevraagde maatregel wel beseftte en zijn wil te dien opzichte kon bepalen en uiten en dus wel in staat was zich te „verzetten” (art. 3746 lid 3-oud) en, zo niet, de maatregel van ontheffing wel toepassing kon vinden². Wel werd aangevoerd, dat het tenslotte gaat om het belang van het kind, maar, dat zulks hier niet de doorslag mocht geven, blijkt m.i. juist uit het feit, dat de wetgever de ouder uitdrukkelijk de bevoegdheid gaf de ontheffing te verhinderen. In deze opvatting restten dan nog slechts mogelijkheden tot onder curatelestelling (mits er was „gedurige staat van” etc.) of benoeming van een tijdelijke voogd (art. 413 lid 2 oud = 391 lid 1 sub a-nieuw) en de in de praktijk wel toegepaste methode om ex artt. 373 l en 373 n het kind voor geruime tijd buiten het eigen gezin te doen opvoeden³. Het nieuwste kinderrecht (van 1947) opende (art. 3476 lid 2 sub a) uitdrukkelijk de mogelijkheid een krankzinnige ouder te ontheffen ongeacht, of hij zich verzet: ook dus aan een uitdrukkelijk gedaan verzet mag de rechter voorbijgaan,

§ 32. ¹ Verg. Rb. Rotterdam 22.11.1907 verl. door Hof Den Haag 13.1. 1908 (zie Toep. Kinderwetten II, 129); SUXLING I, 1 (2^o dr. 107); ASSER-SCHOLTEN, Familier. (7e dr.), 365; OVERWATER in N. J. Bl. 1936, 394; zie ook DE BIE, Kinderrecht I (1e dr.), 129.

² Aldus bv. Hof den Bosch 25.2.1913 W. 9444 (een zelfde gedachtengang ligt — t.a.v. art. 422 lid 2 Sv. — ten grondslag aan H. R. 19.5.1941; 62) *contra*: Hof Arnhem 1907 (Toep. Kinderw. II, 48) Rb. Rotterdam 11.2. 1922 W. 10884; OVERWATER a. w. 393; LAND-STAR BUSMANN I, 509; DE BIE I (1^o dr.), 125.

³ M. v. T. op de wet van 10.6.1947: bijv. N. J. B. nr. 174, 58.

indien hij van oordeel is,⁴ dat de bewuste ouder „krankzinnig” is. In verband met een uittaling in de M. v. T.⁵ zal men hieronder wel mogen verstaan alle gevallen, waarin aannemelijk is, dat de ouder, „door geestesstoornis (of gebrekkige ontwikkeling zijner geestvermogens) t.o.v. de gevraagde maatregel zijn wil niet redelijk kan bepalen”. Vereist is echter m.i., dat genoemde omstandigheid aanwezig is ten tijde, dat het „verzet” gedaan wordt, of (zo geen „verzet” is gedaan) de uitspraak wordt gegeven: geen ontheffing (en ook geen ontzetting) is dus mogelijk, indien de zich verzettende ouder door geestelijke gestoordheid niet in staat was zich van zijn taak te kwijten, doch ten tijde van het geding niet meer als geestelijk gestoorde is aan te merken, ook al is aannemelijk, dat dit herstel van voorbijgaande aard zal blijken. Hierin kan dan worden voorzien door toepassing van art. 374b lid 2 sub b (ontheffing na ondertoezichtstelling)⁶.

Bij de oudervoogdij was de situatie analoog als hoger aangegeven; hierin bracht de wet van 1947 geen wijziging: immers vlg. art. 423 lid 2 is art. 374b lid 2 sub a ten dezen niet van overeenkomstige toepassing, daarentegen wel art. 374b lid 1; m.i. kan dus (een argumentum e contrario uit art. 374 b lid 2 sub a schijnt geboden) de oudervoogd, die tijdens de behandeling van het verzoekschrift „krankzinnig” is, niet ontheven worden⁷ (tenzij dan na ondertoezichtstelling: art. 374 b lid 2 sub b is ten dezen immers wel van toepassing). Vroeger werd wel beweerd⁸, dat tengevolge

⁴ Welk oordeel met redenen omkleed moet worden (art. 909 Rv.), hetgeen echter niet impliceert, dat steeds een medische verklaring moet worden overgelegd.

⁵ A. w., 58.

⁶ Men bedenke dat de ontzetting en ontheffing behandeld worden door de rechtbank, de ondertoezichtstelling daarentegen door de kinderrechtter (art. 365): de rechtbank kan dus niet de ontzetting of ontheffing op voormelde gronden weigeren en dan toch de ondertoezichtstelling uitspreken: misschien, dat in de praktijk de mogelijkheid zal blijken een verzoek tot ontzetting subs. ontheffing en één tot ondertoezichtstelling gelijktijdig aanhangig te maken en te doen behandelen: de kinderrechtter neemt immers deel aan de behandeling van eerstgenoemd verzoek (art. 911 Rv.).

⁷ Zie ook het in de tekst nog te noemen omtrent de krankzinnige niet-ouder-voogd.

⁸ Zie OVERWATER a.w., 396 en M. v. T. ad art. 417 (nieuw) B. W.

van art. 436 (oud) B. W. de voogdij van rechtswege eindigde door krankzinnig worden van de voogd, zodat ontzetting of ontheffing niet nodig (en mogelijk) was; art. 417 (nieuw) verwerpt dit systeem, door in bedoeld geval te eisen een ontslag door de rechter. Helaas is die taak opgedragen aan de kantonrechter niet aan de rechtbank, zodat een verzoek daartoe niet kan worden toegevoegd aan een tot ontzetting of ontheffing⁹: resultaat dubbel werk voor de voogdijraden en de rechterlijke macht. Ook materieel is art. 417 niet bevredigend: wat is „krankzinnigheid“?; is beslissend de toestand tijdens het geding?; moet het ontslag worden uitgesproken, ook al vordert het belang van het kind de maatregel niet? M.i. is wenselijk in art. 417 de uitdrukking „krankzinnigen” te schrappen en in art. 423 lid 2 art. 374 b lid 2 sub a toepasselijk te verklaren. Alsdan zou ook afgesneden worden de twistvraag, of een niet-ouder-voogd, die tengevolge van geestelijke gestoordheid onbekwaam tot uitoefening van zijn taak is, ontzet kan worden ex art. 419, 2e, of dat voor het geval van krankzinnigheid art. 417 als *lex specialis* moet worden beschouwd.

§ 33 Ook bij de scheiding van tafel en bed en de echtscheiding kan het begrip geestelijke gestoordheid ter sprake komen; zo bv. kan bij het begrip „verzoening”, indien daaronder, met de H. R.¹, wordt verstaan „vergeving, medebrengende afstand van het recht echtscheiding te vragen”, soms de vraag moeten worden gesteld, of de „beledigde echtgenoot” inderdaad „afstand” heeft willen doen, terwijl de zaak in de praktijk nog wel eens verder gecompliceerd kan worden, indien men meent, dat verzoening slechts kan worden ontvangen, door wie zich bewust is zich misdragen te hebben, welke bewustheid juist bij een geestelijke gestoorde, o.a. doordat deze personen dikwijls hyper-egocentrisch zijn ingesteld, wel eens kan ontbreken. Van het meeste belang echter is ons begrip voor de beoordeling van de vraag, of

⁹ Ik ga voorbij aan de vraag, of gesteld dit geschiedt toch, de Rechtbank zich ambtshalve onbevoegd moet verklaren en aan die, wat rehtens is, indien zulks ten onrechte verzuimd is (cf. H. F. 15.11.1912 W. 9425 m.o. E. M. M. en RÖDER: Grondtrekken van het procesrecht der vrijwillige rechtspraak, diss. Leiden 1934, 67).

§ 33. ¹ 27.6.1947; 403.

een bepaalde gedraging oplevert één der in de wet genoemde gronden voor scheiding van t. en b. of echtscheiding, indien aannemelijk is, dat die gedraging op bepaalde wijze door de bewuste kwaal is beïnvloed ².

Een ontkennende beantwoording ligt voor de hand ³, wanneer door de kwaal de wil tot het verrichten van de handeling of de door de wet geëiste subj. schuld of opzet ontbraken. Is men van mening, dat de bijzondere gronden voor scheiding van t. e. b. een „ernstig grievend” karakter jegens de wederpartij moeten dragen ⁴ of althans, dat de gedraging van „zo ernstige aard is, dat zij het vorderen van de opheffing van de verplichting tot samenwoning rechtvaardigt” ⁵, dan volgt daaruit, dat de feitelijke rechter volle vrijheid heeft aan te nemen, dat bedoeld karakter niet aanwezig is, indien de „misdraging” geschiedde door iemand, die zich van de portée van zijn handeling geen voorstelling kon maken ⁶ of door een onweerstaanbare drang tot het verrichten van de handeling werd gedreven. In de rechtspraak komt men meestal echter tot hetzelfde resultaat langs een andere weg, nl. door de „toerekenbaarheid” als zelfstandig vereiste der door art. 288 lid 2 genoemde handelingen op te vatten ⁷.

² Ook het omgekeerde moet soms gevraagd worden: zie Rotterdam 16.2.1932; 1933, 863.

³ Om dezelfde reden, als waarom de gemeenschap gepleegd door de gehuwde vrouw tengevolge van verkrachting (DIEPHUIS IV, 507; VEEGENS-OFFENHEIM I, 3^e dr. 181) en door wie meende, dat zijn (haar) huwelijk reeds was ontbonden niet als overspel gelden; zie ook Hof Amsterdam 27.11.1908 W. 8828, m. i. echter ten onrechte er van uit gaande, dat bij een krankzinnige „opzet” nimmer aanwezig is.

⁴ Zie de rechtapr. geciteerd door VEEGENS-OFFENHEIM, a.w., 182 en ASSEB-SCHOLTEN, I, 1 (7^e dr.) 284; zie ook Hof den Haag 13.11.1936, 276, dat de mogelijkheid aannam, dat de „beledigde” echtgenoot achteraf de handeling niet meer als „ernstig” opvatte en dus niet meer kon ageren.

⁵ H. R. 23.12.1943; 1944, 140.

⁶ Cf. SUTLING I, 1, (2^e dr.), 107; v. WOLFSB. O. D., 185; Hof Amsterdam 11.4.1935 W. 12961.

⁷ B.v. Dordrecht 22.11.1899 W. 7426; Hof Amsterdam 4.4.1913; 1272 W. 9531; Utrecht 3.2.1926 W. 11600; Amsterdam 12.11.1926; 1927, 895; Hof den Haag 18.12.1947; 1948, 390; (zie ook Hof Arnhem 7.10.1924; 1925, 141, waarvan echter de principiële strekking twijfelachtig is); bij arrest van 18.11.1927; 1928, 151 overwoog de H. R., dat de beslissing „wel-toerekenbaar”, in cassatie niet kan worden onderzocht.

Is dezelfde redenering geoorloofd t.a.v. de gronden voor echtscheiding? Enkele rechterlijke uitspraken stellen principiëel als vereiste, dat overspel „toerekenbaar” moet zijn⁸; andere⁹ stellen als vereiste, dat de overgave „vrijwillig” zij geweest, of dat het overspel een „beledigend karakter” had¹⁰. Wel betrof het in de laatstgenoemde gevallen niet geestelijke gestoordheid, maar overspel door de andere echtgenoot uitgelokt, maar die uitspraken erkennen toch in beginsel de mogelijkheid van een beperkende omschrijving van het begrip overspel, en de geciteerde formuleringen laten toe, dat in bepaalde gevallen gemeenschap gepleegd door een gehuwde geestelijk gestoorde niet als overspel in de zin van art. 264 wordt beschouwd. De H. R. kreeg over laatstgenoemde vraag nog nimmer te beslissen, omschreef echter in het genoemde arrest van 1915 (nt. 10) overspel als toerekenbare schending der huwelijkstrouw¹¹ en kende in het arrest van 21.1.1941 (nr. 479) waarde toe aan de subjectieve gezindheid van de „daderes”, daarmede dus niet uitsluitende een onderzoek naar de geestelijke toestand van die persoon¹², terwijl in het arrest van 1946 (523) het criterium wordt gezocht in aan-of afwezigheid van schending van de verschuldigde huwelijkstrouw; over „toerekenbaarheid” werd toen dus niet meer gesproken, maar m.i. kan moeilijk worden aangenomen, dat deze weglating opzettelijk is geschied.

Wat hiervan zij: m.i. behoort te worden aangenomen, dat de wetgever de bevoegdheid van de „beledigde” echtgenoot om echtscheiding te vragen, bedoeld heeft als een

⁸ Amsterdam, 13.4.1939; 1940, 467; Groningen 7.3.1947; 1948, 25.

⁹ Bv. Rotterdam 30.10.1925 W. 11460; Hof den Haag 21.4.1944 (zie H. R. 16.5.1946, 523) en A.-G. WIJNVELDT in zijn conclusie tot genoemd arrest.

¹⁰ Hof den Haag genoemd in nt. 9; zie ook VREGENS in zijn nt. bij het in die nt. genoemde arr. H. R. en de Franse auteurs genoemd in de conclusie van A.-G. LEDBOERE tot H. R. 8.1.1915, 337 (W. 9777); zie ook Minister du Tour van BELLINCHAVE bij SMIDT, IV, 326 (er moet zijn een krenking van de andere).

¹¹ Cf. BAUDRY-LAC-CHAUVAUX-CHÉNAU, III (2^e dr.) nr. 22: „la volonté coupable de se soustraire à la fidélité conjugale”; NICOLAI (VOORDUIN II, 459) „violation de la foi donnée”.

¹² Zie ook A.-G. WIJNVELDT aangeh. in nt. 9.

straf voor misdragingen van de andere echtgenoot¹³ en van toepassing van deze straf kan m.i. geen sprake zijn bij ontoerekenbaarheid van die andere echtgenoot t.a.v. het geïmputeerde feit tengevolge van geestelijke gestoordheid. Zowel dus de vordering tot scheiding van t. e. b. als die tot echtscheiding moeten m.i. naar geldend recht onder de gestelde omstandigheid worden afgewezen¹⁴.

§ 34 Maar al is dit resultaat naar geldend recht juist, moet niet met het oog op de belangen van de andere echtgenoot en van de kinderen de mogelijkheid worden geopend, echtscheiding te vragen uit hoofde van krankzinnigheid? zoals vroeger wel het geval is geweest¹ en in talrijke landen nog (weer) is². Nu wordt wel gezegd³, dat er nog vele andere kwalen zijn, die óók tot ontwrichting van het huwelijk kunnen leiden, en dat het onbillijk is de geesteszieke in dit opzicht in een uitzonderingspositie te plaatsen. Dit argument schijnt mij niet houdbaar: is men er van overtuigd, dat de krankzinnigheid als grond voor echtscheiding moet worden ingevoerd, dan ware tegenover de belangen, op grond waarvan men tot die wenselijkheid concludeert, onverantwoord die invoering achterwege te laten enkel, omdat er, met het oog op wellicht diezelfde belangen, óók nog andere gronden behoren te worden aangenomen⁴.

¹³ In deze richting wijzen ook de artt. 277-280: vgl. Amsterdam 12.11. 1926; 1927, 895: „als de geïmputeerde feiten niet toegerekend kunnen worden, is er geen reden eiser te ontheffen van zijn verplichting in het onderhoud van ged. te voorzien” en van OVEN in N. J. Bl. 1947, 493: „recht op echtscheiding wegens overspel moet berusten op morele schuld.”

¹⁴ De vraag, in hoeverre zulks ook inderdaad in de praktijk geschiedt of moet geschieden, indien de geestelijk gestoorde ten processe vertegenwoordigd wordt door een curator, die de gestelde feiten gaaf erkent, laat ik in het midden.

§ 34. ¹ LEDOUX, 42 verwijzend naar (9^e eeuw) Imp. LEONIS NOVELLANE contit. 11, 112; Dig. 24.2.4 en 24, 3, 21 § § 7-8.

² WIJSMAN, secr. van de zgn. Commissie-DE JONGHE, N. J. Bl. 1947, 487 meent, dat zulks het geval is in bijna alle niet-latijnse landen; een opsomming geeft BRONGERSMA in N. J. Bl. 1948, 362.

³ O.a. door WOLFRING aangeh. door BRONGERSMA in N. J. Bl. 1948, 359.

⁴ Billijkheid is belangen-afweging: daarvan kan slechts sprake zijn, indien de betrokken belangen elkaar raken (de krankzinnige — de echtgenoot), niet, wanneer zulks niet het geval is (krankzinnige-andere zieken): in 't laatste geval kan er slechts sprake zijn van inconsequentie, niet van

Ten onzent is de vraag, of ingeval van geestelijke ge-
stoordheid een eis tot echtscheiding behoort te kunnen
worden toegewezen weer actueel geworden sinds de in noot
2 genoemde commissie haar rapport uitbracht.⁵ Dit rapport
komt tot de conclusie, dat *a.* als algemene echtscheidings-
grond behoort te worden ingevoerd „duurzame ontwich-
ting van het huwelijk”, en daarnaast *b.* als zelfstandige
grond zodanige krankzinnigheid gedurende 3 jaar, dat de
instandhouding van het huwelijk van de ander niet kan
worden gevergd en zonder dat redelijke kans op genezing
bestaat. De bedoeling schijnt te zijn, dat op grond *a.* de
vordering ook kan worden toegewezen, indien de ontwich-
ting haar grond vindt in krankzinnigheid; terwijl echter de
opneming van grond *b* noodzakelijk werd geacht met het
oog op de mogelijkheid, dat misschien de rechter van oor-
deel zou kunnen zijn, dat krankzinnigheid van één der echt-

onbillijkheid; handelt een crediteur, die aan één zijner debiteuren kwijt-
scheiding verleent, daarmee onbillijk tegenover zijn andere debiteuren?
RÜMKE, a. w. (zie nt. 5) 138 wijst er overigens op, dat de geestelijke ge-
stoordheid zich in zoverre onderscheidt van andere ziekten, dat tenge-
volge van de eerste ook iedere geestelijke gemeenschap tussen de
echtgenoten vaak zal zijn opgehouden.

⁵ Ter plaatse genoemd in noot 2 geeft WIJSMAN de in de commissie be-
sproken voorstellen tot wetswijziging; het rapport zelf werd in 1947
bij N. V. Tjeenk Willink te Zwolle, uitgegeven; een bespreking van het
rapport gaven in het N. J. Bl.: VAN OVEN 1947: 493, 699, 752; 1948: 441;
SMEETS (1947: 597); RAMBONNET (1947: 691); BRONGERSMA 1947: 696;
1948: 7, 217 en 357 — alwaar een uiteenzetting wordt gegeven van de
bezwaren tegen het uitspreken van echtscheiding tegen een geestelijk
gestoorde aangevoerd van medische zijde: deze zullen verderop in de
tekst worden besproken); KRAMER (1948: 8); VAN NISSEN TOT STYVENAAR
1948: 11); VAN RIESSEN 1948: 13); ZOETMULDER (1948: 117 en 314);
BRUCKMANN (1948: 119); BANNIER (1948: 164); zie ook de bespreking
in R. M. Themis 1947, 571 door DE BIE en die in Maandblad Wending,
Jrg. 2, 138 door RÜMKE; dat krankzinnigheid geen beletsel tegen toe-
wijzing der vordering behoort te zijn werd reeds betoogd door v. D. ESCH
en DE VRIEZE in hun prae-adviezen d.d. 2.10.1937 uitgebracht aan het
Psychiatrisch Jurudisch Gezelschap (Verslag nr. 15, blz. 27 en volg.),
terwijl van tegengestelde mening blijk gaven o.a. DE GAAY FORTMANN,
(inaug. rede Amsterdam 1947, 20) en RUTTEN (prae-advies Thymgenoot-
schap, 1948, 140), hoewel beide van mening, dat het schuldbeginfel
inzake echtscheiding behoort te worden uitgeschakeld.

genoten onder geen enkele voorwaarde (lees: recht op echtscheiding gevende) huwelijksontwrichting met zich kan brengen ⁶. Zonder hier zulks te motiveren sluit ik mij gaarne aan bij het beginsel, dat duurzame ontwrichting, ongeacht, of zij door schuld is veroorzaakt grond tot echtscheiding behoort te zijn; wil echter nog enige opmerkingen wijden aan de vraag, of zulks ook het geval behoort te worden aangenomen, indien die ontwrichting haar grond vindt in geestelijke gestoordheid ⁷.

Een belangrijk bezwaar scheen mij aanvankelijk het feit, dat men door te huwen op zich heeft genomen de wederkerige verplichting tot „getrouwheid, hulp en bijstand” (art. 158) ⁸, terwijl de geestelijk gestoorde juist tengevolge van zijn kwaal die hulp en bijstand bijzonder nodig heeft, misschien zelfs de kwaal van zodanige aard is, dat liefdevolle steun de genezing kan bevorderen ⁹: een punt, dat voorzover betreft de zuiver psychische steun, ook van belang is, indien de patiënt in een gesticht verblijft ¹⁰. Anderzijds: men kan zich gemakkelijk voorstellen, dat de kwaal van zodanige aard is, dat, ondanks de beste voornemens, de krachten tekort schieten om bij voortdurende te betrachten die toewijding, waarop de patiënt „recht” heeft en in zo’n geval zou het m.i. niet juist zijn de wederpartij wiens krachten te kort schieten, deswege een verwijt te maken ¹¹. Ook echter in de gevallen, waarin zulks wel geoorloofd is, dringt zich de vraag op, of de patiënt bij handhaving van het huwelijk gebaat zal zijn: immers, juist het feit, dat de wederpartij tot echtscheiding tracht te komen, bewijst, dat hij beseft niet (meer) bereid of in

⁶ blz. 26 van het rapport.

⁷ welke opmerkingen trouwens evenzeer gelden voor de krankzinnigheid als zelfstandige grond voor echtscheiding.

⁸ LEDOUX, 128, KRAMER, N. J. Bl. 1948, 9; RUTTEN praeadv., 140.

⁹ Zie ook § 24 ad nt. 4. het in die noot vermelde mag echter t.a.v. het echtscheidingsvraagstuk niet veel gewicht in de schaal leggen, daar wij hier slechts op het oog hebben patiënten, wier kwaal ondanks het huwelijk een zeer ernstige graad bereikt heeft.

¹⁰ *En (nog) onvankelijk is voor geestelijk contact!*

¹¹ Van belang kan hier ook zijn de vraag, in hoeverre de wederpartij bij het aangaan van het huwelijk met bijzondere mogelijkheden tot het ontstaan der kwaal bij de andere rekening heeft gehouden.

staat te zijn de patiënt steun deelachtig te doen worden; is aan te nemen, dat de wetenschap naar geldend recht voor goed gebonden te zijn, aan de ontwikkeling van genoemd besef in de weg staat, en/of omgekeerd, de wetenschap (naar toekomstig recht) zich vrij te kunnen maken, die ontwikkeling zal bevorderen? Ongetwijfeld zullen er wel zulke gevallen zijn, maar het lijkt mij, dat zij een te verwaarlozen minderheid zullen vormen, tegenover een meerderheid van gevallen, waarin juist wellicht het besef voor goed gebonden te zijn aan een persoon, met wie men niet het minste geestelijk contact meer heeft, gevoelens van afkeer¹² en/of haat en/of angst in het leven zal roepen of althans aanleiding kan zijn buitenshuis troost te zoeken, met als gevolg misschien het opwekken van jalouzie bij de geestelijk gestoorde. Is dus m.i. het belang van de geestelijk gestoorde bij handhaving¹³ van een „ontwricht” huwelijk i.h.a. niet hoog aan te slaan, te groter is het belang van de wederpartij en van eventuele minderjarige kinderen (en tenslotte van de gemeenschap: buitenechtelijk verkeer, verwekking van kinderen bij de geestelijk gestoorde¹⁴), dat het huwelijk ontbonden kan worden. Wat de wederpartij betreft, geldt hier, zoals bij ieder ontwricht huwelijk, de overweging, dat het niet verantwoord schijnt hem, aan wie onthouden wordt, wat het huwelijk behoort te geven, de weg naar eigen levensgeluk te versperren, terwijl voor het onderhavige geval daar nog bij komt, dat de samenleving met een geestelijk gestoorde, asociaal, egocentrisch, agressief, jaloers en prikkelbaar, als deze dikwijls zijn (paranoiden), het leven tot een hel kan maken, waartegen ook sterke naturen niet altijd opgewassen zijn, terwijl in andere gevallen (ernstige melancholie e.d.) diep gevoeld medeleven

¹² Misschien van blijvende aard: zie RÜMKE a. w., 139.

¹³ Hetgeen iets anders is dan de vraag of het feit van de scheiding op het verloop der psychose een ongunstige invloed zal hebben: (zie daarover ad. nt. 23).

¹⁴ Een punt, dat in hoofdzaak slechts van belang is, waar het geldt een ziekte met hereditair karakter (in welk geval de vraag gesteld kan worden, of niet de overheid de bevoegdheid behoort te krijgen ambtshalve tot ontbinding van het huwelijk op te treden, naar analogie met, doch ingrijpender dan, hetgeen ik in § 24 bepleitte t.a.v. stuiting en nietigverklaring van het huwelijk.)

met de geestelijk gestoorde voor de wederpartij een ondraagelijke last kan blijken. Wat de kinderen betreft, meent RUTTEN¹⁵, dat, weliswaar de krankzinnigheid van één der ouders van grote nadelige invloed kan zijn op de ontwikkeling der kinderen¹⁶, doch niet wél is in te zien, dat dit nadeel wordt weggenomen, indien het huwelijk wordt ontbonden door echtscheiding, terwijl integendeel in de meeste gevallen een tweede huwelijk van de wederpartij op de kinderen een nadelige invloed zal uitoefenen: RUTTEN noemt o.a. de mogelijkheid, dat de schaduw van de krankzinnige ouder zich zal plaatsen tussen de kinderen en de hertrouwde ouder¹⁷. Wat dit laatste punt betreft meen ik, dat, indien wij — zoals ik thans doe — spreken van een huwelijk dat tengevolge van geestelijke gestoordheid „ontwricht” is de situatie veelal aldus zal zijn¹⁸, dat er ook een geestelijke vervreemding tussen de geestelijk gestoorde en de kinderen is ontstaan¹⁹. Ook overigens lijkt mij, zij het daarbij in hoofdzaak varende op het kompas van ervaren kinderrechtspecialisten als DE JONGH en DE BIE, dat de echtscheiding i.h.a. aan de kinderen ten goede zal komen.

Voor- en nadelen tegen elkaar afwegende kom ik aldus tot de conclusie, dat geestelijke gestoordheid geleid hebbende tot duurzame²⁰ ontwrichting van het huwelijk in be-

¹⁵ A. w., 138.

¹⁶ Men zie een illustratief voorbeeld in arr. Hof Amsterdam 11.4.1935 W. 12961 (een vrouw, die uit haat tegen haar man, de kinderen her en der liet trekken).

¹⁷ Ook WOLTRING (aangeh. in N. J. Bl. 1948, 362) wijst op deze mogelijkheid, spreekt echter tevens over de onherstelbare schade, die aan kinderen in de prille jeugd of in de puberteitsjaren door het verblijf in een ontwricht gezin kan worden toegebracht.

¹⁸ Ook R. spreekt t.a.p. over een opgehouden zijn van iedere geestelijke gemeenschap tussen de echtgenoten.

¹⁹ Zie v. WALSEM aangeh. in N. J. Bl. 1948, 359: „als een primair verschijnsel constateren wij toch dadelijk bij onze schizophrene patiënten de affectieve verkillung voor de buitenwereld”; QUERIDO a. w., 247 nt. 1: „iedere geestesziekte is in de grond vereenzaming”.

²⁰ VAN WALSEM t.a.p.; zie ook § I. Hetgeen impliceert, dat genoegzaam is gebleken (althans het tegendeel niet is gebleken), dat een redelijke kans op genezing niet bestaat; hier ligt een element van onzekerheid (ook met het oog op naderhand intredende verbetering der geneesmethoden: zie RUTTEN a. w., 139): ik misken deze bezwaren niet, doch meen, dat

ginsel tot ontbinding van het laatste behoort te kunnen leiden ²¹. Een uitzondering ware wellicht aan te nemen voor het door WOLTRING ²² besproken geval, nl., dat de geestelijke gestoordheid van de gedaagde haar oorzaak vindt bij de eiser: althans — m.i. —, indien er opzet in het spel is; is er slechts schuld dan moet met de strafsanctie van de artt. 308 jo. 82 lid 2 Sr. worden volstaan.

Ik heb mij nog de vraag gesteld, of gevolg mag worden gegeven aan de wens van RUTTEN ²³, nl. dat de eis moet worden afgewezen, indien blijkt, dat het uitspreken der echtscheiding op de psyche van de patiënt een nadelige invloed zal uitoefenen; dat zodanige invloed in een niet gering aantal te vrezen is, wordt inderdaad in medische kringen wel verdedigd ²⁴: ware hiermede bedoeld, dat door de uitspraak de genezing wordt belemmerd, dan zou ik bedoelde beperking aanvaarden, maar dan kan niet bedoeld zijn, want wij spreken immers slechts over patiënten t.a.v. wie een redelijke kans op genezing niet bestaat; bedoeld moet dus zijn, dat mogelijkerwijze een vermindering der kwaal wordt tegengehouden, of een verergering bevorderd ²⁵, maar dan meen ik, behoudens nadere voorlichting, dat het belang van de wederpartij en van de minderjarige kinderen behoort te praevaleren.

Naschrift: Meent men, dat de eis, dat de ontwrichting van het huwelijk „duurzaam” zij, een te zware bewijslast op de eiser legt, en dat volstaan kan worden met aan

het gevaar, dat in een enkel geval zal worden misgetast, niet teveel gewicht in de schaal mag leggen; RÜMKE (a. w. 138) meent, dat dit zéér, zéér grote uitzonderingen zullen zijn, terwijl v. D. ESCH (aangeh. praeadv., 31) berekent, dat na een 3-jarig verblijf in een gesticht de kans op genezing slechts 8 % bedraagt en na 5 jaar daalt tot 6 %.

²¹ Het practisch belang van de vraag laat zich moeilijk schatten: v. D. ESCH kwam in zijn voordracht voor de in § 1 nt. 3 genoemde vereniging gehouden (28 2.1949) op grond van statistische vergelijkingen met Engeland en Schotland tot de conclusie, dat bij invoering van krankzinnigheid als grond voor echtscheiding daarvan ten onzent jaarlijks in $\pm$ 75 gevallen gebruik zal worden gemaakt.

²² aangehaald in N. J. Bl. 1948, 359.

²³ A. w., 140.

²⁴ Zie N. J. Bl. 1948, 361.

²⁵ dat de kans op genezing bij gehuwden groter is dan bij ongehuwden wordt met cijfers aangetoond door v. D. ESCH (aangeh. praeadv. 35).

te tonen „grondige” ontwrichting, dan behoort m. i. tevens bepaald te worden, dat ingeval de ontwrichting haar grond vindt in geestelijke gestoordheid van de gedaagde, de eis niet kan worden toegewezen, indien wordt aangetoond redelijke kans op genezing: wordt deze beperking niet gemaakt, dan zouden m. i. de boven weerlegde bezwaren in doorslaggevende mate aan kracht winnen.

INHOUDSOPGAVE

§ 1 : *Inleiding*; Art. 37. Sr.

HOOFDSTUK I : *Rechtshandelingen*: § 2 Geschiedenis (R. R., O. Fr. R., O. Ned. R.); § 3 Code Civil; § 4 Geschiedenis B. W.; § 5 B. W. — auteurs; § 6 B. W. — rechtspraak; § 7 Aard der nietigheid; §§ 8 en 9 Onbekwaamheid?; § 10 Wanneer geen toestemming? § 11 Vertrouwenstheorie (vereisten); § 12 — (ook niet-obligatoire overeenkomsten?); § 13 — (ook onvolmaakt eenzijdige rechtshandelingen?); § 14 — (ook zuiver eenzijdige rechtshandelingen?); § 15 Dwaling, bedrog en art. 1401 als bescherming van geestelijk gestoorden; § 16 Bezwaren tegen afschaffing vertrouwenstheorie; § 17 Bezwaren tegen vertrouwenstheorie aangevoerd. Conclusie; § 18 Subsidiare wenselijkheden; § 19 Testament (R. R., O. Fr. R., O. Ned. R.); § 20 — (B. W.: litteratuur, rechtspraak) § 21 — (eigen opvatting); § 22 — (wenselijkheden); § 23 Huwelijk (geldend recht); § 24 — (wenselijkheden); § 25 Gerechtelijke processuele handelingen (geldend recht); § 26 — (wenselijkheden); § 27 Artt. 501/2); § 28 Invloed geestelijke gestoordheid op subjectieve eigenschappen niet bestaande in het hebben van een rechtswil.

HOOFDSTUK II: *Blote rechtsfeiten*: § 29 Onrechtmatige daad (geldend recht); § 30 — (wenselijkheden) § 31 Wanpraestatie; § 32 Ontzetting en ontheffing uit ouderlijke macht en voogdij; § 33 Echtscheiding (geldend recht); § 34 — (wenselijkheden).
