

De actualitieti van een traditioneel vraagstuk

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1995). De actualitieti van een traditioneel vraagstuk: een enkele gedachte bij de afschaffing van de legitieme portie van ascendenten; wetsvoorstel 24237. In *Het actuele recht 2* (pp. 35-38). Koninklijke Vermande.

Document status and date:

Published: 01/01/1995

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

8 DE ACTUALITEIT VAN EEN TRADITIONEEL VRAAGSTUK Een enkele gedachte bij de afschaffing van de legitieme portie van ascendenten

Wetsvoorstel 24237

J.M. Smits

Eén der meest actuele vraagstukken van het burgerlijk recht betreft de vormgeving van het nieuwe erfrecht. Gelijk bekend bevindt Boek 4 van het nieuwe BW zich nog altijd in de fase van parlementaire behandeling en zijn met name de positie van de langstlevende echtgenoot en de al dan niet afschaffing van de zogenaamde legitieme portie de hete hangijzers in een discussie die nu reeds decennia wordt gevoerd.¹ Het is in dat verband opmerkelijk dat heel onlangs overeenstemming lijkt te zijn bereikt omtrent in elk geval één erfrechtelijke kwestie, namelijk die van de eliminatie van de legitieme portie der ascendenten. Deze bijdrage beoogt bij die afschaffing enige kanttekeningen te plaatsen vanuit met name systematisch standpunt. Vooreerst is het echter zaak enige achtergrondinformatie te verschaffen omtrent de legitieme (met bijzondere aandacht voor die van ascendenten).

De legitieme portie: een traditioneel vraagstuk

Het erfrecht heeft zich bij het grote publiek altijd in wat meer aandacht mogen verheugen dan andere onderdelen van het vermogensrecht. In hoeverre de invloed van Engelse detectives (de meeste van Agatha Christies boeken hadden ook 'avonturen ener erflater' kunnen heten) daaraan debet is, kan hier in het midden blijven maar zeker is dat ook niet-juristen een instituut als de legitieme portie (overigens in Engeland juist weer niet voorkomend) kennen. Wel doen verschillende indianenverhalen rondom deze rechtsfiguur de ronde, reden om haar eerst meer specifiek uiteen te zetten.

De wil van de individueel handelende persoon — in het contractenrecht reeds lang verlaten als enige grondslag der gebondenheid — speelt in het erfrecht nog altijd een primordiale rol: in beginsel mag de erflater zelf bepalen wat met zijn vermogen na overlijden zal gebeuren. Maakt men een uiterste wilsbeschikking, dan treedt daarmee immers het testamentair erfrecht in de plaats van het algemeen geldende versterferfrecht. De kern van de legitieme portie ligt nu daarin dat deze doorkruising door partijwil niet altijd volledig effect heeft. Aan sommige bloedverwanten is namelijk

1 Minister van Justitie Sorgdrager wil blijkens een brief aan de Tweede Kamer van 28 maart 1995 (Kamerstukken II 1994-1995, 17141, nr. 18, p. 1) nu een 'werkelijke voortgang' bewerkstelligen. Een recent overzicht van de problemen t.a.v. de legitieme vindt men bij H.M. Sasse, De legitieme van afstammelingen, WPNR 6171 (1995), p. 166 v.

een zogenaamd 'wettelijk erfdeel' toegekend.² Beschikt de erflater in weerwil van deze legitieme portie over zijn vermogen, dan kan na zijn dood de gerechtigde *legitimaris* een beroep doen op art. 4:960 en zo aanspraak maken op een breukdeel van het erfdeel bij versterf.³ Onterven van kinderen is dus wel degelijk mogelijk: de legitieme geldt niet van rechtswege.⁴ Overigens zal de erflater nooit weten of de legitieme al dan niet wordt opgeëist: een afstand van recht vóór overlijden heeft geen werking (art. 4:921 lid 2 BW).

Naar huidig BW hebben nu zowel de kinderen van de erflater en hun afstammelingen (de descendentes) als de bloedverwanten in de opgaande rechte lijn (de ascendenten) recht op een legitieme.⁵ Men zou hier de ratio van instandhouding van het familiebezit in kunnen lezen: het gaat niet aan dat het volledige vermogen van de erflater naar diens echtgenoot, (getrouwde) broers en zussen of zelfs andere familieleden gaat nu daarmee het familievermogen in verschillende handen en dus versnipperd raakt. Het is een rechtsopvatting waarin de bloedband heilig is en die doet denken aan een anekdote van Pitlo omtrent een boerenfamilie in Twente. Toen de moeder des huizes, met wie vader vijftig jaar getrouwd was geweest en die hem drie zonen had geschonken, overleed, sprak vader tot zijn kinderen: 'Zo jongens, nu zijn we weer onder elkaar'.

Ieder rechtstelsel zal nu een juiste afweging van enerzijds de keuzevrijheid, anderzijds andere argumenten als die van instandhouding van het familievermogen en de gezinsband en het creëren van een verzorgingsaanspraak moeten maken.⁶ Het is met name de discussie over het wegen van die twee waarden die thans in alle hevigheid wordt gevoerd.⁷ Tot een snelle consensus zal het hoogstwaarschijnlijk niet komen: in de loop der tijden heeft de weging der beide tegengestelde waarden steeds verschillend plaats gevonden. Dat maakt de vraag naar de legitieme portie tot een traditioneel vraagstuk. Thans moet tot een nieuw compromis worden gekomen dat recht doet aan de veranderde maatschappelijke verhoudingen.

De legitieme van ascendenten: een actuele vraag?

Welke argumenten ook gewicht in de schaal der afschaffing leggen ten aanzien van de legitieme portie in het algemeen, het is juist het argument van de instandhouding

2 Zie art. 4:960 BW: het is 'een gedeelte der goederen, hetwelk aan de bij de wet geroepene erfgenamen in de rechte lijn wordt toegekend, en waarover de overledene, noch bij gifte onder de levenden, noch bij uitersten wil, heeft mogen beschikken'. Zie voor het nieuw BW afdeling 4.3.3. Helderder vind ik de omschrijving in art. 701 van het Ontwerp-BW 1808: 'Ouders zijn verplicht aan hunne kinderen en kinderen, zonder nakroost stervende, zijn verplicht aan hunne ouders dat gedeelte der nalatenschap te maken hetwelk men gewoon is de legitieme portie te noemen'.

3 Op de precieze berekeningswijze kan hier niet worden ingegaan. Zie bijv., ook algemeen over de rechtsfiguur, M.J.A. van Mourik, *Erfrecht*, 5de dr., Zwolle 1995, p. 116 v. en Asser-Meijers-Van der Ploeg, *Erfrecht*, 11de dr., Zwolle 1992, met name no. 195 v.

4 Vgl. Van Mourik, o.c., p. 117.

5 Zie art. 4:961 en 962 BW.

6 Zie over de wenselijkheid van de legitieme portie, alwaar ook verdere literatuur wordt genoemd, Van Mourik, o.c., p. 121 v.

7 Vgl. het literatuuroverzicht bij Sasse, o.c., p. 166 v.

van het familievermogen dat voor de legitieme portie van ascendenten zou pleiten. En dat argument is volgens de wetgever niet meer van deze tijd. In art. 4.3.3.1 van het ontwerp-nieuw BW is de legitieme van ascendenten daarom ook afgeschaft.⁸ Volgens de wetgever wordt algemeen als juist ervaren dat het onterven van afstammelingen moet worden tegengegaan; eenzelfde activiteit ten aanzien van ouders stuit echter niet op morele bezwaren.

De reden dat deze bijdrage in een bundel gewijd aan het actuele recht kan verschijnen, is nu dat deze dertig jaar geleden bereikte consensus ten aanzien van de nieuw BW-regeling bij wijze van 'voortrein' zal worden ingevoerd in het huidige BW.⁹ Aldus wordt natuurlijk niet veel recht gedaan aan de codificatiegedachte (waarbij immers ter voorkoming van rechtsonzekerheid zoveel mogelijk op één moment een nieuw stelsel wordt ingevoerd), maar duidelijkheid is in elk geval op één punt verkregen.

Waarom nu deze plotselinge afschaffing? In het algemeen heeft de kwestie weinig praktisch belang: het komt immers niet vaak voor dat een kind zonder echtgenoot of kinderen overlijdt, nog een of beide ouders in leven is en bovendien een aanzienlijk vermogen heeft nagelaten. Alleen in dat geval immers zal de ascendent aanspraak kunnen maken op een erfdeel: art. 4:962 BW zegt het in moeilijker bewoordingen. Het lijkt er op alsof hier eerder een principe-kwestie aan de orde is: de legitieme van ascendenten leidt namelijk tot een achterstelling van de ongehuwde (en dus van de ongehuwd samenwonende) bij de gehuwde erflater. Waar de gehuwde geen legitieme portie behoeft af te staan aan zijn ouders, moet de ongehuwde kinderloze erflater dat wel. Een redenering die goed past in de ratio van handhaving van het familievermogen, maar die in een maatschappij van individuen niet langer op gaat.¹⁰ Is de wet eenmaal ingevoerd, dan zal zij leiden tot een 'gewone' opvolging naar versterferf-recht, waardoor bijvoorbeeld broers en zussen van de erflater in een betere positie komen te verkeren dan thans het geval is.

Aldus is wetsvoorstel 24237 vooral (mij overigens sympathieke) *Prinzipienreiterei* van het Paarse Kabinet. Een Minister voor Familiezaken behoeven wij voorlopig niet te vrezen. Echt actueel is een en ander alleen voor zover de wetgever nu blijk geeft van de wens verouderd ethisch gedachtengoed in te ruilen voor een op nieuwe beginselen geënt erfrecht. Maar welke zijn die beginselen? Mijns inziens moet de wetgever eerst die vraag beantwoorden alvorens in staat te zijn tot praktische maatregelen over te gaan.

8 Zie Kamerstukken II 1964-1965, 3771, nr. 8, p. 25-26 en nr. 9, p. 14.

9 Op initiatief van de vaste commissie voor Justitie (brief van 6 april 1995; Kamerstukken II 1994-1995, 17141, nr. 19, p. 2), leidend tot wetsvoorstel 24237 (Kamerstukken II 1994-1995, 24237, nr. 1-3), thans nog in fase behandeling. De wetstechnische realisering vindt plaats door toevoeging van het woord 'nederdalende' in art. 4:960 BW en enkele kleinere wijzigingen (art. 962 wordt geschrapt).

10 Vgl. overigens T.J. Mellema-Kranenburg, *De legitieme portie*, diss. Leiden 1988, Deventer 1988, p. 17.

Profiteert het erfrecht van algemene inzichten?

De in het kader van de instandhouding van de legitieme portie te wegen belangen (het belang van keuzevrijheid tegenover dat om vermogen, familieband of verzorgingsaanspraak in stand te houden) zijn exact dezelfde als die bij de vormgeving van het erfrecht in het algemeen spelen. Mag de erflater volkomen vrij over zijn vermogen beschikken of wordt hij beperkt door aanspraken van (doorgaans behoeftige) derden als de langstlevende echtgenoot, kinderen of zelfs de huishoudster die hem of haar veertig jaar verzorgde? Een vraag die een meer principiële beantwoording behoeft dan de wetgever het in bovenstaand wetsvoorstel deed voorkomen.

Het is dan wel een goede zaak dat van 'absoluut' toe te kennen aanspraken wordt afgezien: het erfrecht lijkt hier te kunnen leren van het algemene verbintenissenrecht waar immers het instrumentarium van de rechter alle ruimte laat voor het bereiken van een rechtvaardig resultaat in een concreet geval. Het is in dat verband opmerkelijk dat een dogma als dat van de wilsvrijheid in het erfrecht eerder werd gerelativeerd dan in het contractenrecht: dat het belang van derden bij verkrijging van de erfenis groter kan zijn dan het belang van autonomie der erflater, begrepen reeds de Romeinen.¹¹ Maar inmiddels lijkt het contractenrecht met haar genuanceerde rechtvaardigheidscorrecties beter te zijn toegerust voor de moderne tijd dan het nog altijd vrij strikte erfrecht.

Een op 'nieuwe' beginselen gebaseerd erfrecht zou van het algemeen verbintenissenrecht kunnen leren dat van geval tot geval moet worden bepaald in hoeverre de gemaakte wilskeuze van de erflater al dan niet in overeenstemming is met de gerechtigheid, met ander woorden: wat de erflater *moet* willen. Zoals wij bijvoorbeeld in het ontslagrecht niet snel aannemen dat iemand daadwerkelijk vrijwillig zijn baan opzegt, zo dienen wij evenmin snel aan te nemen dat iemand daadwerkelijk bepaalde personen heeft willen onterven. In een dergelijke visie is testeervrijheid een groot goed, doch nooit zo groot dat het ten koste gaat van de belangen van anderen. Niet ten koste van de *descendenten*, maar ook niet ten koste van de *ascendenten*, indien hun belang dat eist. Uiteraard is een nadere concretisering van die gedachte in deelregels nodig, maar het is juist *dat* wat actueel recht zo fascinerend maakt: het laat zien hoe oude problemen steeds weer tot een nieuwe oplossing kunnen worden gebracht aan de hand van vaak even oude beginselen.

¹¹ Zie voor de legitieme portie in de Romeinse tijd bijv. kort R. Feenstra, Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht, 4de dr., Leiden 1984, no. 410 en vgl. de curieuze W.M. d'Ablaing, Recht en rechtswetenschap, oratie Leiden 1882, p. 37.