



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het bestaansrecht van de legitieme

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2021). Het bestaansrecht van de legitieme. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2021(7334), 570-577. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3247913>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3247913>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het bestaansrecht van de legitieme

1. Inleiding

Op de vraag wat hij toch gedaan had met het door hem verdiende geld, antwoordde de aan lagerwal geraakte Noord-Ierse voetballer George Best (1946-2005):

“Ik heb veel geld besteed aan drank, vrouwen en snelle auto's. De rest heb ik over de balk gesmeten.”

Aan eenieder komt de vrijheid toe zijn vermogen op deze wijze te besteden. Wanneer iemand met kinderen echter besluit om zijn gehele vermogen te schenken aan het Rode Kruis, loopt hij (naar Nederlands recht) aan tegen de legitieme. De schenking is en blijft weliswaar geldig, maar de kinderen kunnen na de dood van de schenker een vordering op het Rode Kruis verkrijgen ter grootte van hun legitieme porties. Een met de letters J.M. ondertekenende auteur verwoordde dit in *W.N.R.* 903 als volgt:

“Niemand is verplicht te sparen, maar wie gespaard heeft, mag over zijn spaarpot niet beschikken.”¹

Dit roept vragen op.

Ook kan men zich afvragen waarom een kind met wie het contact al decennia verbroken is, niet ontferd zou kunnen worden zonder dat het de mogelijkheid heeft om aanspraak te maken op een deel van de waarde van het vermogen van de ouder.

Er bestaan krachtige argumenten tegen de legitieme.

De medaille heeft echter ook een andere zijde. Hoe te denken over het geval waarin een vader zijn zoon ontferft, nadat deze te kennen heeft gegeven dat hij homofiel is?² En is het wenselijk dat een vermogende moeder de absolute vrijheid heeft bij testament te bepalen dat één van haar drie kinderen de gehele nalatenschap verkrijgt en de twee andere niets?

Hieronder in § 3 wordt – mede naar aanleiding van een recent uitgebracht rapport³ – op zoek gegaan naar de bestaansgronden van de legitieme portie.

Om de discussie over de wenselijkheid van de legitieme in het juiste perspectief te plaatsen, is het ook van belang stil te staan bij de metamorfose die de legitieme in 2003 bij invoering van het huidige erfrecht heeft ondergaan. Veel van de bezwaren die tegen de ‘oude’ legitieme konden worden aangevoerd, zijn hiermee ondervangen. Hierop wordt ingegaan in § 2.



Mr. P.C. van Es*

Voorafgaand aan de conclusie over het bestaansrecht van de legitieme, gaat in § 4 de aandacht uit naar een aantal (ongewenste) implicaties van de eventuele afschaffing van de legitieme.

2. De metamorfose van de legitieme in 2003; tegemoetkoming aan vele bezwaren

De wetgever heeft de legitieme in 2003 op ingrijpende wijze van gedaante doen veranderen. Aan vele terecht bestaande bezwaren tegen de ‘oude’ legitieme is tegemoetgekomen.

2.1 Van recht op goederen als erfgenaam naar schuldeiser van de nalatenschap

Naar oud recht verkreeg de ontferde legitimaris die zich op zijn legitieme beriep de status van erfgenaam. Dit erfgenaamschap vormde de sleutel tot de voldoening van de legitieme portie in

* Universitair hoofddocent notarieel recht, Universiteit Leiden, vaste medewerker van het WPNR. (p.c.vanes@law.leidenuniv.nl)

1. Zie A. Pitlo, ‘De legitieme portie in het Nederlandse recht’, in: *De legitieme portie*, Preadvies BCN 1954 (hierna: Pitlo, *Preadvies* 1954), p. 8.
2. Wanneer deze beweegreden niet expliciet in de uiterste wil wordt vermeld, is eventuele nietigheid op grond van strijd met de goede zeden niet aan de orde. Zie art. 4:44 lid 2 BW.
3. Freek Schols & Lucienne van der Geld (Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit en Netwerk Notarissen), *Rapport Legitieme portie* 2020 (hierna: *Rapport Legitieme portie* 2020).

goederen. De legitimaris was bevoegd om in te korten op makingen en schenkingen, hetgeen tot gevolg had dat de vermaakte of geschonken goederen terugkeerden naar de boedel.⁴ Als erfgenaam kon de legitimaris hierop dan vervolgens aanspraak maken. Het gegeven dat de legitimaris *als erfgenaam* recht had op goederen, betekende ook dat hij geen genoegen behoefde te nemen met een legaat van goederen (of van geld).⁵ Ook een ten laste van een erfgenaam/legitimaris komend legaat van alle goederen van de nalatenschap tegen inbreng van de waarde was aantastbaar omdat dit het recht van de legitimaris op goederen in natura schond.⁶ Een belangrijke uitzondering op de regel dat een legitimaris recht had op goederen in natura gold wanneer de erflater gebruik had gemaakt van de ouderlijke boedelverdeling als bedoeld in art. 1167 BW (oud).⁷

Inkorting op giften kwam – evenals in het huidige recht – pas aan de orde als de legitimaris zijn legitieme niet kon verkrijgen uit het gedeelte van de nalatenschap waarover niet beschikt was (oneigenlijke inkorting) of door inkorting op makingen. Inkorting op giften had volgens art. 975 BW (oud) tot gevolg dat de geschonken goederen terugkeerden naar de boedel, “vrij van beperkte rechten die daarop sinds de uitvoering van de gift zijn gevestigd”. Inkorting van een gift werkte in beginsel ook tegen derde-verkrijgers van een geschonken goed die zich niet op de reguliere derdenbeschermingsbepalingen konden beroepen. Art. 976 lid 2 BW (oud) kwam deze derde-verkrijgers echter tegemoet door te bepalen dat inkorting jegens hen alleen werkte als de legitieme niet voldaan kon worden uit andere in de gift begrepen goederen of uit de persoonlijke goederen van de begiftigde. Het recht van de legitimaris op goederen vormde onder meer een hindernis bij het opzetten van bedrijfsopvolgingsregelingen. Daarnaast had het erfgenaamschap dat de ontferde legitimaris onder het oude recht verkreeg, tot gevolg dat de legitimaris ook betrokken moest worden bij de verdeling van de nalatenschap. Dit was geen ideale situatie aangezien de verhoudingen tussen de erfgenamen vaak verstoord waren in een nalatenschap waarin een beroep werd gedaan op de legitieme.

In 2003 heeft de wetgever radicaal gebroken met het oude systeem. In het huidige systeem heeft de legitimaris slechts recht op een vordering in geld op hetzij de gezamenlijke erfgenamen (of bij het van toepassing zijn van de wettelijke verdeling van art. 4:13 BW: de langstlevende echtgenoot), hetzij de begiftigden.⁸ Dit is een aanzienlijke vereenvoudiging en verbetering van de regeling van de legitieme portie.

2.2 Legitimaris moet wijken voor de langstlevende echtgenoot

Een groot bezwaar dat onder het oude recht gevoeld werd tegen de legitieme portie, betrof het feit dat het inroepen hiervan verstrekkende gevolgen kon hebben voor de langstlevende echtgenoot. Wanneer een erflater zijn echtgenoot tot enig erfgenaam had benoemd teneinde hem of haar de mogelijkheid te geven de echtelijke woning te blijven bewonen, dan kon de legitieme roet in het eten gooien. Door het inroepen van de legitieme werden de kinderen deelgenoot in de nalatenschap en het was niet ondenkbaar dat de echtelijke woning in het kader van de verdeling verkocht moest worden. Hierbij moet worden opgemerkt dat in de praktijk oplossingen voor dit probleem werden gevonden door gebruik te maken van het feit dat de Hoge Raad in het *De Visser/Harms*-arrest (HR 30 november 1945, NJ 1946/62) de door de erflater gevoelde plicht om zijn echtgenoot verzorgd achter te laten, heeft aangemerkt als een natuurlijke verbintenis.

Naar huidig recht heeft de wetgever de principiële keuze gemaakt dat de belangen van de langstlevende vóór die van de legitimarissen gaan. Deze keuze komt op verschillende plaatsen in de wet tot uitdrukking, waarbij allereerst gewezen kan worden op de wettelijke verdeling van art. 4:13 BW. Deze regeling is van toepassing wanneer de erflater een echtgenoot⁹ en een of meer kinderen als erfgenamen achterlaat, en hij niet bij uiterste wilsbeschikking heeft bepaald dat zij buiten toepassing blijft. De wettelijke verdeling houdt kort gezegd in dat de langstlevende alle goederen van de nalatenschap

4. Vgl. art. 967 lid 1 BW (oud).

5. Zie bijvoorbeeld Asser-Meijers-Van der Ploeg, *Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992/187.

6. Zie Asser-Meijers-Van der Ploeg, *Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992/187 en Klaassen-Eggens-Luijten, *Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 123-124.

7. Zie HR 12 mei 1972, NJ 1973/53 (*Meerzicht*).

8. Zie art. 4:79 BW.

9. Waaronder begrepen een geregistreerd partner (art. 4:8 BW).

verkrijgt. De kinderen moeten – ook al zijn zij legitimaris – genoeg nemen met een onderbedelingsvordering die in beginsel pas opeisbaar is na de dood van de langstlevende.

Als de erflater ervoor kiest om de langstlevende op andere wijze te bevoordelen dan door gebruikmaking van de wettelijke verdeling, dan is art. 4:82 BW van belang. Op grond van deze bepaling kan een erflater aan een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot de voorwaarde verbinden dat de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot, pas opeisbaar is na diens overlijden. De bepaling is ook van toepassing op de geregistreerde partner (art. 4:8 BW), alsmede op een ‘andere levensgezel’, indien deze met de erflater een gemeenschappelijke huishouding voert en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is aangegaan. De bepaling is voor deze laatste categorie levenspartners van bijzonder belang omdat zij van de wettelijke verdeling geen gebruik kunnen maken.

Gebruikmaking van de regeling van art. 4:82 BW zorgt ervoor dat de langstlevende partner niets te vrezen heeft van legitimarissen.

De positie van de langstlevende echtgenoot is ook sterker dan die van de legitimarissen in het geval waarin een erflater zijn echtgenoot heeft onderfd. Een onderfde echtgenoot kan onder bepaalde voorwaarden aanspraak maken op het verzorgingsvruchtgebruik van art. 4:29 en 4:30 BW. Wanneer er in deze situatie ook nog een legitimaris in het spel is omdat de erflater eveneens zijn enig kind heeft onderfd, dan heeft deze legitimaris een vordering op de erfgena(a)m(en). Zolang het vruchtgebruik van art. 4:29 en 4:30 BW bestaat, kan op grond van art. 4:81 lid 5 BW van een erfgenaam slechts dat deel van de legitimaire vordering worden opgeëist ‘dat overeenkomt met het gedeelte dat zijn aandeel in de niet met vruchtgebruik belaste goederen van de nalatenschap uitmaakt van de goederen van de nalatenschap’. Dit betekent dat de legitimaire vordering in zijn geheel niet opeisbaar is in het geval waarin alle goederen van de nalatenschap zijn onderworpen aan het verzorgingsvruchtgebruik. De belangen van de onderfde echtgenoot worden hoger aangeslagen dan die van de onderfde legitimaris.

2.3 Bewind en bedrijfsopvolging

In beginsel had en heeft een legitimaris er recht op zijn legitieme vrij en onbezwaard te ontvangen. Wanneer een legitimaris naar oud recht een making verkreeg die onder bewind was gesteld, dan kon hij de making tot het beloop van legitieme ontdoen van het bewind.¹⁰ Naar huidige recht kan hij een onder bewind gestelde making verwerpen en een beroep doen op zijn legitieme in geld.¹¹

Het is begrijpelijk dat een ouder het onwenselijk vindt dat een meerderjarig kind dat bijvoorbeeld wegens een gokverslaving slecht met geld kan omgaan, als legitimaris de vrije beschikking krijgt over een deel van het door hem na te laten vermogen. De wetgever heeft dit probleem in 2003 onder ogen gezien en ondervangen in art. 4:75 lid 1 onder a BW. De in dat artikel opgenomen regeling houdt in dat de waarde van hetgeen een legitimaris krachtens erfrecht onder bewind kan verkrijgen, ook bij verwerping in mindering komt van zijn legitieme portie indien het bewind is ingesteld op de in de uiterste wil vermelde grond dat ‘de legitimaris ongeschikt of onmachtig is in het beheer te voorzien’.¹² Langs deze weg kan een erflater de legitimaris dwingen het bewind te accepteren, zij het dat deze laatste de mogelijkheid heeft de juistheid van de in de uiterste wil vermelde grond aan te vechten.

In strijd met de vrije en onbezwaarde legitieme is volgens art. 4:73 lid 1 onder c BW ook een legaat dat later dan zes maanden na het overlijden van de erflater opeisbaar is. Een legitimaris hoeft hier dus in beginsel geen genoeg mee te nemen. Ook op deze regel heeft de wetgever in 2003 echter een uitzondering gemaakt teneinde een door de erflater gewenste bedrijfsopvolging mogelijk te maken. Kort gezegd staat de legitieme er niet aan in de weg dat dochter I tot enig erfgenaam wordt benoemd en aldus het bedrijf van vader overneemt, terwijl dochter II genoeg moet nemen met een legaat dat door de erfgenaam (dochter I) in termijnen betaald zal worden. Zie art. 4:74 lid 1 BW waar te lezen valt dat het voor toepassing van de regeling noodzakelijk is dat de erflater in zijn uiterste wil vermeldt dat zonder een regeling omtrent de uitbetaling van het legaat in termijnen ‘de voortzetting van een beroep of bedrijf van de erflater in ernstige mate zou worden bemoeilijkt’.

In combinatie met de afschaffing van de legitieme in goederen, zorgt de regeling van art. 4:74 BW ervoor dat de legitieme niet in weg hoeft te staan aan een goede bedrijfsopvolgingsregeling.

10. Zie bijv. Pitlo/Van der Burght, *Erfrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1997/85, p. 150.

11. Zie art. 4:63 lid 3 jo. art. 4:72 onder a BW.

12. De in art. 4:75 lid 1 onder b BW vermelde grond laat ik hier buiten beschouwing.

2.4 De gecompliceerdheid van de legitieme en enige andere punten

Onder oud recht kon met recht tegen de regeling van de legitieme worden aangevoerd dat deze erg gecompliceerd was. Vooral art. 963a BW (oud) was hier debet aan. Deze bepaling hing nauw samen met de in 1923 tot stand gekomen ‘promotie’ van de langstlevende echtgenoot tot versterferfgenaam die tezamen opkwam met de kinderen. Aangezien de legitieme van de kinderen een fractie bedroeg van hun versterferfdeel, verkleinde de nieuwe regeling van versterferf recht de legitieme portie van de kinderen.

Art. 963a BW (oud) kwam de kinderen op dit punt tegemoet door te bepalen dat de erflater bij giften en makingen ten behoeve van een ander dan de langstlevende echtgenoot, niet over meer mocht beschikken dan mogelijk was geweest indien er geen langstlevende echtgenoot was achtergebleven. Dit inkortingstraject stond los van de reguliere inkorting op grond van art. 967 e.v. BW (oud) en het was voor inkorting op grond van art. 963a BW (oud) niet nodig dat aan de legitieme portie tekort werd gedaan. De samenloop van inkorting op grond van art. 963a BW (oud) met de reguliere inkorting kon echter tot zeer complexe situaties leiden.¹³

Het oud BW kende in art. 965 een bijzondere regeling voor het geval waarin aan een derde een recht van vruchtgebruik was gelegateerd waarvan het beloop de legitieme benadeelde. Ook de toepassing van deze regeling kon hoofdbreken oproepen.¹⁴

De huidige regeling van de legitieme is ook verre van eenvoudig, maar de bijna onoplosbare puzzels die onder het oude recht gelegd moesten worden, behoren tot de verleden tijd. De regeling is ook hanteerbaarder geworden doordat – anders dan naar oud recht – bij de legitieme in beginsel alleen rekening hoeft te worden gehouden met giften die niet langer dan vijf jaar voor de dood van de erflater zijn gedaan.¹⁵ Een belangrijke uitzondering op deze regel geldt voor giften die de erflater gedaan heeft aan een afstammeling (i) die legitimaris is van de erflater of (ii) die een afstammeling heeft die legitimaris is van de erflater.¹⁶

Ook de ingewikkelde waarderingsregel van art. 968 BW (oud) is geschrapt. Volgens deze bepaling dienden giften gewaardeerd te worden

“naar den staat, waarin zij zich op het tijdstip der gift bevonden hebben, en hunne waarde op het oogenblik van het overlijden van den gever.”

Tot slot nog twee punten waarop de huidige legitieme verschilt van de oude. Het eerste punt betreft het breukdeel dat gehanteerd wordt bij de berekening van de legitieme portie. Naar oud

recht varieerde dit breukdeel naar gelang van het aantal kinderen dat de legitimaris achterliet. Bij drie of meer kinderen liep het op tot drie vierde gedeelte van hetgeen het kind bij versterf zou hebben geërfd.¹⁷ Naar huidig recht is het breukdeel in alle gevallen de helft.¹⁸ Dit betekent dat het gedeelte van de nalatenschap waarover de erflater kan beschikken groter is geworden in de gevallen waarin er meer dan één kind is. Het tweede punt gaat over de executele: anders dan naar oud recht dient een legitimaris naar huidig recht de aanwezigheid van een door de erflater benoemde executeur te dulden. Dit vergemakkelijkt de afwikkeling van de nalatenschap.

3. Bestaansgronden van de legitieme

Hieronder worden – mede vanuit rechtshistorisch perspectief – enkele gronden besproken die aangevoerd kunnen worden ter rechtvaardiging van het bestaan van de legitieme en de daarmee samenhangende inperking van de beschikkingsvrijheid van de erflater. Volledigheid wordt niet nagestreefd en er wordt alleen aandacht besteed aan de positie van degenen die heden ten dage nog legitimaris zijn, dat wil zeggen: de descendenten.

3.1 Behoud van familiegoederen

De regeling van de legitieme kent twee hoofdbronnen, te weten de Romeinsrechtelijke *portio legitima* en de Germaansrechtelijke *réserve*.¹⁹ De uitgangspunten van beide systemen verschillen. Bij de Germaansrechtelijke *réserve* stond de instandhouding van de familie en het behoud van familiegoederen voorop.²⁰ De wetgever maximeerde het deel van de nalatenschap waarover de erflater mocht beschikken en reserveerde het overige deel voor de versterferfgenamen. Het gedeelte van de nalatenschap waarover niet beschikt mocht worden, vormde een eenheid.

13. Zie bijv. Klaassen-Eggens-Luijten, *Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 94-98 en Pitlo/Van der Burght, *Erfrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1997/89.

14. Zie bijv. Klaassen-Eggens-Luijten, *Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 131-132 en Asser-Meijers-Van der Ploeg, *Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992/227.

15. Zie art. 4:67 onder e BW.

16. Zie art. 4:67 onder d BW en zie ook de onder a-c vermelde uitzonderingen.

17. Zie art. 961 onder 3 BW (oud).

18. Zie art. 4:64 lid 1 BW.

19. Zie Pitlo, *Preadvies* 1954, p. 9.

20. Zie Pitlo, *Preadvies* 1954, p. 10.

Het was niet van belang wie van de versterferfgenamen welk deel van dit gedeelte ontving; van belang was slechts dat het gereserveerde gedeelte in de familie bleef. Verwerping door één van de versterferfgenamen had dan ook niet tot gevolg dat het beschikbare deel van nalatenschap groter werd.²¹

Bij de Romeinsrechtelijke legitieme stond het individuele belang van de legitimaris voorop. De legitimaris had recht op een bepaalde fractie van de nalatenschap.²² Hij had niet in alle gevallen recht op goederen, maar moest in bepaalde gevallen genoegen nemen met vergoeding van de waarde van hetgeen hij tekortkwam op zijn legitieme.²³

Pitlo wijst erop dat het Germaansrechtelijke en het Romeinsrechtelijke systeem in de loop der tijd met elkaar “zijn verstrengeld en versmolten” en dat er “reeds eeuwen geen zuiverheid van systeem meer is te vinden”.²⁴ Ons oud BW getuigt daarvan. Enerzijds ging het niet – zoals het Germaansrechtelijke systeem – uit van een beschikbaar deel en een ‘réserve’, maar anderzijds had de legitimaris – anders dan in het Romeinsrechtelijke systeem – onder alle omstandigheden recht op goederen als erfgenaam.

Het bovenstaande overziend, kan vastgesteld worden dat de legitieme historisch gezien in verband gebracht kan worden met het belang dat gemoeid is met het behoud van familiegoederen. Er is echter ook een ander perspectief. Napoleon zag de regeling van de legitieme (te samen met het verbod op fidei-commissen) als een ideaal middel om de macht van aristocratische families te breken en om zo invulling te geven aan het gelijkheidsideaal van de Franse revolutie. De legitieme verhinderde dat het familievermogen, bij aanwezigheid van meerdere nakomelingen, aan slechts één nakomeling zou kunnen toekomen. Versnippering van het vermogen zou moeten leiden tot afbrokkeling van de macht van aristocratische families.²⁵

Wat er van het bovenstaande ook zij, het is volstrekt duidelijk dat noch het belang van behoud van familiegoederen, noch het belang dat is gemoeid met het uiteenvallen van familiekapitaal, heden ten dage een rechtvaardigingsgrond vormt voor de regeling van de legitieme.²⁶

3.2 Verzorgingsverplichting jegens afstammelingen

Ouders hebben een onderhoudsplicht jegens hun kinderen. Deze plicht krijgt in eerste instantie vorm in Boek 1 van het BW. Op grond van art. 1:392 jo. 1:395a BW zijn ouders verplicht te voorzien in de kosten van levensonderhoud en studie van hun kinderen die de leeftijd van eenentwintig jaar nog niet hebben bereikt. In aanvulling op

deze bepalingen, bepaalt art. 4:35 BW dat een kind dat jonger is dan eenentwintig onder omstandigheden recht heeft op een som ineens in de nalatenschap van zijn ouder, voor zover hij hier – kort gezegd – behoefte aan heeft met het oog op zijn levensonderhoud en studie.

De onderhoudsplicht van een ouder jegens een kind wordt binnen de hierboven bedoelde regelingen in tijd gelimiteerd. Dat lijkt mij op zichzelf terecht: op een gegeven moment wordt een kind – na een goede opvoeding en na het genieten van een opleiding – geacht op eigen benen te kunnen staan. Het is in veel gevallen echter niet reëel om de leeftijd van eenentwintig jaar hier als markeringpunt aan te merken. De legitieme kan daarom een nuttige rol vervullen als verlengstuk van de wettelijke onderhoudsplicht wanneer een ouder overlijdt met achterlating van een kind dat – ik noem maar wat – de leeftijd van achten-twintig jaar nog niet heeft bereikt. Het gaat echter te ver om de verzorgingsplicht van de ouder als algemene rechtvaardigingsgrond van de legitieme aan te merken. De levensverwachting van de mens is in de afgelopen eeuwen sterk gestegen en daarmee in de meeste gevallen ook de leeftijd die de legitimarissen hebben bereikt op het moment dat hun ouders overlijden. Van een verzorgingsbehoefte is dan veelal geen sprake meer.²⁷

Aandacht verdient hier nog wel de opmerking van Sirks dat de komende generaties forse lasten-verzwaringen te verduren zullen krijgen. Naar ik aanneem doelt hij hier onder meer op de kosten

21. Zie hierover Pitlo, *Preadvies* 1954, p. 15-17.

22. Zie Pitlo, *Preadvies* 1954, p. 16.

23. Dit deed zich voor als de legitimaris niet geheel was onterfd maar als legitimaris te weinig ontving. Hij had dan een aanvullende vordering. Zie Pitlo, *Preadvies* 1954, p. 13 en M. Kaser & F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971, p. 346.

24. Pitlo, *Preadvies* 1954, p. 11. Zie ook Asser/Meijers, *Erfrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1941, p. 144-148.

25. Zie Pitlo, *Preadvies* 1954, p. 25-26.

26. Tegenstanders van de legitieme hebben op dit punt dus volkomen gelijk. Zie bijv., W.C.L. van der Grinten, ‘De legitieme; de crux van het erfrecht’, in: Maeijer e.a. (red.), *Recht zo die gaat* (PW van der Ploeg-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976 (hierna: Van der Grinten 1976), p. 38, G.H.A. Schut, ‘Legitieme portie: zinvolle bescherming of ouderwetse bevoogding?’, *RM Themis* 1988, p. 106 en M.J.A. van Mourik, ‘De legitieme portie: weg ermee!’, *WPNR* 1991/6018, p. 623.

27. Vgl. ook W.D. Kolkman, ‘De legitieme portie’, *WPNR* 2019/7260, p. 804.

die samenhangen met de bestrijding van de gevolgen van klimaatverandering en op de toekomstige bekostiging van de pensioenen en de gezondheidszorg.²⁸ Tegen deze achtergrond schrijft Sirks:

“Moet dan toch de langstlevende echtgenoot die bevoorrechte positie behouden? Moet niet eerder solidariteit met de volgende generatie tot herstel van een reële legitieme leiden?”²⁹

3.3 Morele plicht van ouder jegens kind

De belangrijkste reden om de legitieme te behouden is in mijn ogen dezelfde reden die in de tweede eeuw voor Christus ten grondslag lag aan de invoering van de legitieme door de praetoren in Rome. Een testament waarin een kind ontferd was kon naar Romeins recht worden aangevochten met de *querela inofficiosi testamenti* (“de petitie op grond van een plichtverzakend testament”).³⁰ De erflater had nagelaten zijn *morele plicht* na te komen om het kind een bepaald gedeelte van de nalatenschap te doen toekomen. De legitieme zette de morele plicht van de erflater om in een rechtsplicht.³¹

De vraag naar de wenselijkheid van de legitieme is in mijn ogen – in ieder geval op het zuiver principiële niveau³² – een vraag naar de wijze waarop men aankijkt tegen de relatie tussen ouder en kind. Is deze band van dien aard dat hij voor een ouder een morele verplichting in het leven roept om een gedeelte van de waarde van zijn vermogen te doen komen aan een kind en rechtvaardigt deze band bovendien dat de morele verplichting wordt omgezet in een juridische verplichting? Dit is geen juridische vraag maar eerder een vraag van sociologische en levensbeschouwelijke aard. Mijns inziens moet de vraag bevestigend beantwoord worden. Zie in deze zin ook Sirks die zich afvraagt of – ondanks de individualisering, ook binnen het gezin – de “eenheid ouders-kinderen” niet nog steeds “een sterke sociale realiteit” is.³³ Ook de Minister voor Rechtsbescherming benadrukt de bijzondere band tussen ouder en kind bij de beantwoording van Kamervragen over de wenselijkheid van de legitieme portie in het hedendaagse erfrecht (brief van 19 maart 2021):

“De aanspraak op de legitieme portie bevestigt de afstammingsband tussen de ouder en het kind en zijn familiale identiteit.”³⁴

De bijzondere band tussen ouder en kind rechtvaardigt in mijn ogen de met de legitieme gepaard gaande inbreuk op de beschikkingsvrijheid van de erflater. Inbreuken op de beschikkingsvrijheid komen vaker voor. Zo beperkt het aangaan van een huwelijk de beschikkingsvrijheid van de echtgenoten in die zin dat de langstlevende echtgenoot aanspraak kan

maken op een recht van vruchtgebruik op de aan de eerststervende echtgenoot toebehorende echtelijke woning indien hij als gevolg van een uiterste wilsbeschikkingen hiervan niet of niet enig rechthebbende is geworden.³⁵

Wanneer de *rechtshandeling* van een huwelijk een inperking van de beschikkingsvrijheid kan rechtvaardigen, dan kan het *rechtsfeit* van het op de wereld zetten van een kind dit toch ook?³⁶ Hof Amsterdam heeft dan ook terecht geoordeeld dat de regeling van de legitieme geen inbreuk maakt op art. 1 van het Eerste protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) dat het recht van iedere persoon behelst op het ongestoord genot van zijn eigen-
dom.³⁷

Essentieel binnen de relatie tussen ouder en kind is mijns inziens ook dat een ouder een kind tot op zekere hoogte de ruimte moet laten om zijn eigen pad te kiezen en zijn eigen keuzes te maken. Ook hier vervult de regeling van de legitieme een rol omdat zij voorkomt dat een ouder het erfrecht kan gebruiken om een kind tot bepaalde keuzes te dwingen (“als dit of dat... dan ontferf ik je!”).

28. Inmiddels zijn daar ook de kosten van de coronacrisis bijgekomen die voor een deel ook doorgeschoven zullen worden naar de volgende generatie.

29. A.J.B. Sirks, ‘De legitieme portie’, in: *Historische wortels van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi 2014 (hierna: Sirks 2014), p. 60. Vgl. ook J.H.M. ter Haar, ‘Is de legitieme nog legitiem?’, *Tijdschrift Erfrecht* 2021, p. 27.

30. Sirks 2014, p. 54.

31. Vgl. ook Meijers in toelichting bij art. 4.3.3.7: ‘Verder is een wettelijk erfdeel juist bedoeld als datgene, wat een zedelijke plicht is – een officium pietatis – om aan de legitimaris na te laten’ (*Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht*, Van der Burght c.s., p. 432).

32. In § 4 hieronder wordt vanuit een ander – meer praktisch – perspectief gekeken naar de (onwenselijke) gevolgen van afschaffing van de legitieme.

33. Sirks 2014, p. 60.

34. Vgl. ook J.H.M. ter Haar, ‘Is de legitieme nog legitiem?’, *Tijdschrift Erfrecht* 2021, p. 27: ‘De legitieme staat symbool voor het belang van de afstammingsband tussen ouders en kinderen’.

35. Zie art. 4:29 BW en zie ook W.G. Huijgen, ‘Het beginsel van de testeervrijheid in het erfrecht’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Yin-Yang* (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 92, die er op wijst dat het merkwaardig is ‘om te moeten constateren dat een aantal auteurs dat afschaffing bepleit van de legitieme portie op grond van het grondbeginsel van zelfbeschikkingsrecht van het individu, tegelijkertijd van mening is dat de langstlevende echtgenoot zodanig krachtig dwingendrechtelijk moet worden beschermd dat in de meeste gevallen van de testeervrijheid weinig overblijft’.

36. Vgl. ook Pitlo, *Preadvies* 1954, p. 43. Zie in andere zin bijv. Van der Grinten 1976, p. 33.

37. Hof Amsterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2246.

De tot rechtsplicht gepromoveerde morele plicht van de erflater om zijn kind de waarde van een deel van zijn vermogen te doen toekomen, vindt zijn grens bij de onwaardigheid van het kind. De gronden van onwaardigheid zijn opgesomd in art. 4:3 BW. Buiten de hier vermelde omstandigheden is het in zeer uitzonderlijke gevallen mogelijk dat de rechter een legitimaris zijn aanspraak ontzegt op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.³⁸

4. (Ongewenste) implicaties van de afschaffing van de legitieme

4.1 Alternatieve dwingendrechtelijke aanspraak op de nalatenschap

Tegenstanders van de legitieme pleiten veelal voor een meer op maat gesneden regeling waarin kinderen die daar daadwerkelijk behoefte aan hebben – na rechterlijke tussenkomst – een aanspraak op de nalatenschap kunnen verkrijgen.³⁹ Ook de auteurs van het *Rapport legitieme portie* wijzen op het belang dat na een eventuele afschaffing van de legitieme de kinderen niet zonder meer met lege handen komen te staan. Zij doen in dat verband de suggestie om de thans al bestaande regeling van de som ineens van art. 4:35 BW “uit te breiden en de effectiviteit daarvan te versterken”.⁴⁰ Hierbij zou dan in ieder geval aandacht dienen te zijn voor de vraag “hoe het criterium ‘voor zover deze nodig is’ dient te worden ingekleurd (behoefte/behoefteigheid)”. Ik denk dat de auteurs hier (onbedoeld?) de vinger op de zere plek leggen. Inkleuring door de wetgever zal maar beperkt mogelijk zijn en veel zal op het bordje van de rechter terechtkomen. Consistente rechtspraak over de vraag hoe in een concreet geval beoordeeld moet worden of er sprake is van behoefteigheid en wat – vertaald in geld – de omvang hiervan is, valt niet te verwachten. De wijze waarop de Engelse rechtspraak worstelt met de *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* kan hier als waarschuwing dienen. Na de bespreking van een uitspraak van het *Supreme Court* over een zaak waarin een meerderjarige dochter op grond van deze wet een aanspraak had gemaakt op de nalatenschap van haar moeder (*Ilott v Blue Cross* [2018] AC 545), merkt Kerridge op:

*“For those who were hoping for significant clarification as to the position where there is a claim by an adult child, Ilott must be a serious disappointment.”*⁴¹

Een van de *Supreme Court Judges* bekritiseert de wetgeving

“for leaving the court to distinguish between the deserving and undeserving among adult children, but giving no further guidance as to

*who should be thought deserving and who should not.”*⁴²

De slotopmerking van Kerridge verdient bijzondere aandacht:

*“Anyone who has attempted to read through the reports of all the hearings in this case is likely, at some stage, to have paused to reflect on the potential advantages of a system of forced shares.”*⁴³

De ‘botte’ forfaitaire legitimaire aanspraak (zoals de auteurs van het *Rapport legitieme portie* het op p. 43 uitdrukken) heeft blijkbaar toch ook zijn goede kanten.

4.2 Ongeoorloofde of ongewenste beïnvloeding van de erflater

Volgens de parlementaire geschiedenis komt aan de legitieme ook een beschermende rol toe bij de wilsbeschikking van oudere kwetsbare personen, “doordat de legitieme aan de mogelijkheden van beïnvloeding door een derde ten behoeve van zichzelf een grens stelt”.⁴⁴

Deze beschermende functie van de legitieme is temeer van belang daar art. 4:43 lid 1 BW de mogelijkheid uitsluit om een uiterste wilsbeschikking te vernietigen op de grond dat zij door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen.

38. Zie Hof Amsterdam 15 augustus 2002, *NJ* 2003/53 in welk geval een kleinzoon die zijn beide ouders had vermoord bij plaatsvervulling als legitimaris opkwam in de nalatenschap van zijn grootmoeder die hem had onderfd. Zie ook de beantwoording door de Minister voor Rechtsbescherming van vraag 4 van de Kamervragen over de wenselijkheid van de legitieme portie in het hedendaagse erfrecht (brief van 19 maart 2021).

39. Zie bijv. P.W. van der Ploeg, ‘Het erfrecht bij versterf en de legitieme portie van de langstlevende echtgenoot’, *WPNR* 1953/4295, p. 233; P.W. van der Ploeg, ‘De legitieme portie’, *WPNR* 1954/4351, p. 277; W.D. Kolkman, ‘De sommen ineens en de legitieme portie in het nieuwe erfrecht’, *WPNR* 2003/6553, p. 840 en W.D. Kolkman, ‘De legitieme portie’, *WPNR* 2019/7260, p. 805.

40. *Rapport legitieme portie* 2020, p. 43.

41. R. Kerridge, ‘Family Provision in England and Wales’, in K.G.C. Reid, M.J. de Waal & R. Zimmermann (ed.), *Mandatory Family Protection*, Oxford University Press 2020 (hierna: Kerridge 2020), p. 401.

42. Kerridge 2020, p. 401.

43. Kerridge 2020, p. 402.

44. *Kamerstukken II* 1996/97, 17141, nr. 20, p. 3.

De bescherming die de legitieme hier biedt aan kwetsbare ouderen is wel een merkwaardige vorm van bescherming omdat zij zich slechts uitstrekt tot de helft van het vermogen van de ouderen. Slechts op dit deel kunnen legitimarissen immers aanspraak maken.

Schols & Van der Geld pleiten voor afschaffing van art. 4:43 lid 1 BW⁴⁵, welk betoog ik ondersteun. Afschaffing van art. 4:43 lid 1 BW wil echter niet zeggen dat de beschermende rol van de legitieme (die weliswaar ‘halfslachtig’ is) gemist kan worden.

Er zijn immers genoeg gevallen denkbaar waarin sprake is van *ongewenste* beïnvloeding zonder dat er ook sprake is van *ongeoorloofde* beïnvloeding of zonder dat deze ongeoorloofde beïnvloeding (misbruik van omstandigheden) bewezen kan worden.

4.3 Nieuwe uitlegvragen?

Afschaffing van de legitieme kan leiden tot nieuwe vragen over de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen. Vader ontfermt zoon na een knallende ruzie. Het testament wordt niet meer herroepen, maar op het moment van overlijden van vader is de relatie met de zoon uitstekend. In zo’n geval is de stelling verdedigbaar dat de uiterste wilsbeschikking “geen duidelijke zin heeft” (als bedoeld in art. 4:46 lid 2 BW) omdat in het licht van de omstandigheden waaronder de uiterste wilsbeschikking is gemaakt (vader en zoon waren gebrouilleerd) niet duidelijk is of de onterving voor alle gevallen dient te gelden of alleen voor het geval waarin vader en zoon bij de dood van vader nog steeds zijn gebrouilleerd.

De constatering van deze onduidelijkheid heeft tot gevolg dat op grond van art. 4:46 lid 2 BW daden of verklaringen buiten de uiterste wil gebruikt mogen worden voor de uitleg van de uiterste wilsbeschikking. De jurisprudentie van de Hoge Raad tendeeft naar ruimere uitlegmogelijkheden van de uiterste wilsbeschikkingen⁴⁶ en in dat licht sluit ik niet uit dat een onterving langs bovenstaande weg kan worden aangevochten. Deze weg zou overigens thans ook al bewandeld kunnen worden bij een onterving of in de legitieme stelling, maar ik heb het idee dat afschaffing van de legitieme (en de daarbij behorende mogelijkheid om een kind iedere aanspraak op de nalatenschap van een ouder te ontzeggen) de procedeerlust wel eens zou kunnen aanwakken.

5. Conclusie

De wetgever heeft de legitieme in 2003 aangepast en bij de tijd gebracht. Daarmee is aan vele terecht bestaande bezwaren tegen de ‘oude’ legitieme tegemoetgekomen. De afzwakking van de regeling van de legitieme heeft – anders dan B. Schols meent⁴⁷ – niet tot gevolg dat zij geworden is tot een lege doos die slechts onnodig ruim-

te in beslag neemt. In veel gevallen vervult de legitieme nog steeds een nuttige (preventieve) rol.⁴⁸ Voor principiële bezwaren tegen de legitieme (inbreuk op de beschikkingsvrijheid van de erflater) heb ik alle begrip. Persoonlijk ben ik echter van mening dat de bijzondere band tussen ouder en kind de met de legitieme gepaard gaande inbreuk op de vrije beschikkingsmacht van de erflater rechtvaardigt. Ondanks de lossere wordende familiebanden en het gegeven dat zelfstandigheid en onafhankelijkheid in de maatschappij als belangrijke waarden worden gezien, vormt de eenheid ouders-kinderen – zoals Sirks het uitdrukt⁴⁹ – nog steeds “een sterke sociale realiteit”. Hieruit vloeit de tot rechtsplicht geworden morele verplichting van een ouder voort om een kind een deel van de waarde van zijn vermogen te doen toekomen. Ik onderken dat de legitieme als knellend kan worden ervaren wanneer de relatie tussen kind en ouder door toedoen van het kind in ernstige mate is verstoord. Het valt in dat verband te overwegen om de onwaardigheidsgronden van art. 4:3 lid 1 BW nog eens tegen het licht te houden.⁵⁰ Hierbij moet echter bedacht worden dat een meer open formulering van een onwaardigheidsgrond⁵¹ kan leiden tot meer procedures en tot rechtsonzekerheid. Overwegingen op een minder principieel niveau (zie § 4) spelen ook een rol bij mijn positieve oordeel over de legitieme.

Be careful what you wish for, zou ik – onder verwijzing naar § 4.1 – willen zeggen tegen degenen die de legitieme willen inruilen voor een verzorgingsaanspraak op maat.

45. *Rapport legitieme portie* 2020, p. 51.

46. Zie daarover onder meer J.B. Vegter, ‘Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen’, *WPNR* 2019/7234.

47. B.M.E.M. Schols, ‘De legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal’, in: *Nieuw erfrecht in de praktijk* (Preadvies KNB 2006), p. 171.

48. Vgl. T.J. Mellema-Kranenburg in: *Ars Notariatus LXIX, De legitieme portie* (LNSC 1995), Deventer: Kluwer 1995, p. 71.

49. Zie noot 32 hierboven.

50. Vgl. ook J.H.M. ter Haar, ‘Is de legitieme nog legitiem?’, *Tijdschrift Erfrecht* 2021, p. 29.

51. Zie bijvoorbeeld *Nov.* 115,3 waar Justinianus als een van de onwaardigheidsgronden aanmerkt, het geval waarin de legitimaris de erflater ‘een ernstige en onbehoorlijke krenking heeft aangedaan’.