



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Meerouderschap en het erfrecht: een onderzoek naar de erfrechtelijke positie van het kind en zijn ouders in een intentioneel meeroudergezin**  
Michels, M.

**Citation**

Michels, M. (2025, April 3). *Meerouderschap en het erfrecht: een onderzoek naar de erfrechtelijke positie van het kind en zijn ouders in een intentioneel meeroudergezin*. *Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4210144>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4210144>

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

DEEL II

Fundamenten van het huidige recht en het  
gewenste (erf)recht



## 6 | Fundamenten van het erfrecht

### 6.1 INLEIDING

In dit onderzoek gaat het voornamelijk over de toekomst: een nieuwe vorm van ouderschap die het huidige Burgerlijk Wetboek nog niet kent, maar mogelijk op enig moment wel gaat kennen. In het eerste deel van dit onderzoek is onderzocht wat deze nieuwe vorm inhoudt en welke knelpunten in het erfrecht ontstaan bij de invoering van een wettelijke regeling voor meerouderschap. Om te bezien of, en zo ja hoe het meerouderschap – al dan niet juridisch geregeld – in het erfrecht past, wordt voor dit onderzoek gekeken naar de fundamenten die ten grondslag liggen aan het erfrecht. De erflater mag binnen de grenzen van de wet zijn erfgenamen zelf aanwijzen. Maakt hij deze keuze niet, dan bepaalt de wet wie de erfgenamen zijn. Maar op welke gronden is bepaald hoe en naar wie het vermogen van de erflater gaat en waarom is voor deze gronden gekozen?

Aan het erfrecht zoals dat is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek van 2003 liggen de volgende fundamenten ten grondslag: bloedverwantschap of de familieband, testeervrijheid, verzorgingsgedachte en rechtszekerheid.<sup>1</sup> Deze fundamenten zijn grotendeels overgenomen van het oude Burgerlijk Wetboek van 1838. Het oude Burgerlijk Wetboek bevatte invloeden van zowel het Franse als het oudvaderlandse recht. Enkele fundamenten die aan het huidige erfrecht ten grondslag liggen, vinden hun oorsprong in een ver verleden – zij het dat de invulling die eraan gegeven wordt door de jaren heen is veranderd – en over deze fundamenten wordt niet vaak meer gediscussieerd of geschreven. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de achtergrond van deze fundamenten: waar komen ze vandaan en hoe zijn ze door de tijd heen ontwikkeld? Ook komt aan de orde hoe de fundamenten in het huidige erfrecht zijn terug te zien. Een uitputtende rechtshistorische beschouwing wordt hiermee niet beoogd. De fundamenten worden slechts kort besproken zodat deze kunnen worden meegenomen in de beoordeling van enkele voorstellen ter aanpassing van het erfrecht.

---

<sup>1</sup> Zie onder meer Asser/Perrick 4 2021/5-9. Zie Wuyts 2023 en Wuyts, *WPNR* 2024/7465, p. 418-420 voor een meer fundamentele benadering van het Belgische erfrecht in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen onder meer op het gebied van moderne gezinsvormen en getoetst aan het discriminatiebeginsel.

Als eerste komt de rol van de familieband in het erfrecht aan bod (par. 6.2). Heeft de erflater niet zelf over zijn nalatenschap beschikt, dan is bij wet voor hem besloten dat zijn naaste familieleden – in eerste instantie zijn kinderen en echtgenoot<sup>2</sup> – als erfgenamen tot de nalatenschap worden geroepen. Hiervoor wordt aangesloten bij de familierechtelijke betrekking zoals geregeld in titel 11 van Boek 1 BW.<sup>3</sup> De naaste familieband is voor de wetgever altijd al de basis geweest voor het wettelijk erfrecht, omdat de wetgever veronderstelt dat het de wil van de erflater is dat zijn vermogen toekomt aan de personen die het nauwste verwant aan hem zijn. Welke personen dit zijn, is veranderd door de tijd heen. Het tweede fundament van het erfrecht is de testeervrijheid (par. 6.3). Dit houdt in dat een erflater zelf mag bepalen wat er met zijn vermogen gebeurt na zijn overlijden. Het huidige erfrecht kent geen absolute testeervrijheid zoals ook de Romeinen die – behoudens in de oudste tijd – evenmin kenden,<sup>4</sup> maar bevat beperkingen ten aanzien van de aard van de beschikkingen, de personen ten voordele van wie beschikt kan worden en de goederen waarover beschikt kan worden. Daarnaast worden de legitieme portie en de andere wettelijke rechten als beperking op de testeervrijheid gezien. Enkele van deze beperkingen worden gerechtvaardigd vanuit het volgende fundament dat in dit hoofdstuk aan bod komt, namelijk de verzorgingsgedachte (par. 6.4). Dit fundament, dat voornamelijk ziet op het verzorgd achterlaten van de echtgenoot van de erflater, is pas vanaf halverwege de jaren negentig een rol in het erfrecht is gaan spelen. Tot slot wordt aandacht besteed aan het rechtszekerheidsbeginsel in het erfrecht (par. 6.5). Dit is een fundament dat in alle rechtsgebieden een rol speelt, maar in het erfrecht voornamelijk relevant is omdat het erfrecht eerst van toepassing is als degene wiens vermogen wordt verdeeld, is overleden. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een slotsom (par. 6.6).

---

2 Voor Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek wordt een geregistreerde partner gelijkgesteld met een echtgenoot (art. 4:8 lid 2 BW). Wanneer in dit onderzoek wordt gesproken over een echtgen(o)t(e) of huwelijk, wordt ook een geregistreerde partner of geregistreerd partnerschap bedoeld. Dit geldt ook voor (echt)scheiding en ontbinding van het geregistreerde partnerschap. Voor dit hoofdstuk in het bijzonder geldt wel dat het geregistreerde partnerschap eerst is ingevoerd in 1998.

3 Aan het geregistreerde partnerschap zijn sinds 1 april 2014 afstammingsrechtelijke gevolgen verbonden (*Stb.* 2013, 480). Dat wil zeggen dat de geregistreerde partner van de vrouw uit wie het kind wordt geboren slechts van rechtswege de vader van het kind wordt als het kind na de inwerkingtreding van deze wet is geboren. Daarvoor ontstond slechts een familierechtelijke betrekking tussen de vader en het kind na bijvoorbeeld erkenning, waarna het kind ook een wettelijk erfgenaam van de vader is.

4 Asser/Perrick 4 2021/296.

## 6.2 FAMILIEBAND

### 6.2.1 Ontwikkeling van de familieband tot aan het Burgerlijk Wetboek

Het erfrecht staat of valt met het bestaan van individueel eigendom. Als vermogen niet kan toebehoren aan een individu, dan bestaat ook de vraag niet naar wie zijn vermogen gaat bij zijn overlijden. In de vroege Romeinse en Germaanse tijd bestond er geen individueel eigendom.<sup>5</sup> Bij de Romeinen behoorde het vermogen toe aan een familie, waarvan de stamvader (*pater familias*) aan het hoofd stond en het beheer over het vermogen voerde. Degenen die onder de macht van de stamvader vielen, waren niet zelfstandig beschikingsbevoegd.<sup>6</sup> Ook in de vroege Germaanse tijd hadden personen geen eigen vermogen, maar behoorde het vermogen aan eenieder van de familie gemeenschappelijk toe.<sup>7</sup> Naarmate de structuur van de maatschappij veranderde en de individualisering toenam, ontstond individueel eigendom en daarmee ook het erfrecht.<sup>8</sup>

In het Romeinse recht stond zoals gezegd de *familia* – met aan het hoofd de *pater familias* – centraal in de samenleving. Door de agrarische structuur van de samenleving waarin de veeteelt en landbouw de economie bepaalden, vervulde de *familia* een belangrijke rol op economisch, politiek, religieus en sociaal vlak.<sup>9</sup> Binnen de familie werd onderscheid gemaakt tussen burgerlijke verwantschap (*agnatio*) en natuurlijke verwantschap (*cognatio*). Burgerlijke verwantschap was een civielrechtelijke betrekking – gebaseerd op de vaderlijke macht van de *pater familias* – en kon slechts langs vaderlijke lijn worden gevestigd. Natuurlijke verwantschap was gebaseerd op afstamming en kon langs moederlijke en vaderlijke lijn worden bevestigd, maar werd pas later in de Romeinse tijd van enige waarde.<sup>10</sup> Met de opkomst van individueel eigendom en het erfrecht werd voor erfopvolging aangesloten bij deze *familia*. Het versterkerrecht was aanvankelijk geregeld in de Wet van XII tafelen, op grond waarvan drie – op *agnatio* gebaseerde – klassen erfgenamen beston-

---

5 Van 'het' Romeinse recht kan niet echt worden gesproken vanwege de lange tijd dat het Romeinse imperium heeft bestaan (753 voor Chr. tot 565 na Chr.). In dit onderzoek wordt met 'het Romeinse recht' bedoeld op de periode vanaf de Wet der XII tafelen tot en met de codificatie van Justinianus (*Corpus iuris civilis*), Van Oven 1948, p. 3-4; Feenstra 1994, p. 1. Ook in de Germaanse tijd bestonden verscheidene rechtsstelsels. Met 'het Germaanse recht' wordt bedoeld op de oud-Germaanse periode vanaf de oudste tijd tot en met de Romeinse overheersing en de Frankisch-Germaanse periode, De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 8.

6 Koenen, *Themis* 1900, p. 352; Draaisma 2001, p. 78-80.

7 Van Helten 1902, p. 14; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 224; Draaisma 2001, p. 112-115; Ebben 2003, p. 23.

8 Willikens 2001, p. 25-26.

9 Draaisma 2001, p. 77-78.

10 Van Oven 1964, p. 87-88; Draaisma 2001, p. 78-80.

den.<sup>11</sup> Door de toenemende mate van individualisering, kwam de bloedverwantschap meer en meer op de voorgrond. De *familia* kwam minder centraal te staan doordat haar economische belang in de samenleving afnam. Zo konden enkele bloedverwanten door middel van het *Praetorisch edict* aanspraak maken op het bezit van een deel van de nalatenschap (*honorum possessio*).<sup>12</sup> Later introduceerde Justinianus een nieuw erfrecht, waarin de natuurlijke verwantschap centraal stond. Aan de burgerlijke verwantschap kwam weinig betekenis meer toe. Het versterkerrecht bevatte vier klassen erfgenamen: bloedverwanten in neerdalende lijn, bloedverwanten in opgaande rechte lijn tezamen met broers en zussen, halfbroers en -zussen en tot slot overige bloedverwanten in de zijlijn.<sup>13</sup>

Bij de Germaanse volkeren liet individualisering veel langer op zich wachten. Door het gebrek aan een staatsmacht, waren de steun, hulp en bescherming van bloedverwanten belangrijk. De samenleving was voornamelijk agrarisch en het familiebedrijf was het belangrijkste bezit aangezien dat voor bestaanszekerheid zorgde.<sup>14</sup> Bij de ontwikkeling van het erfrecht stond het doorgeven van het bedrijf dan ook centraal. Om bestaanszekerheid te creëren moest het bedrijf in stand blijven en moest versnippering worden voorkomen.<sup>15</sup> De verscheidenheid aan Germaanse volkeren leverden een diversiteit aan rechtsstelsels op die zich in hun eigen tempo ontwikkelden. Eén duidelijk erfrechtelijk systeem in de Germaanse periode is dan ook niet te geven.<sup>16</sup> Wel is duidelijk dat in deze periode bloedverwantschap centraal stond door de economische afhankelijkheid. In veel rechtsstelsels werden het bedrijf en het onroerend goed nagelaten aan de oudste zoon. Om het familiebedrijf in stand te houden kregen de dochters slechts een deel van de nalatenschap bestaande uit roerende zaken. Waren er geen kinderen die als erfgenamen konden opkomen, dan vererfde de nalatenschap aan naaste verwanten zoals de ouders, broers en zussen van de erfflater. Daarna kwamen pas verdere bloedverwanten als erfgenamen op.<sup>17</sup>

Het Germaanse recht bepaalde in belangrijke mate het recht in de oudvaderlandse periode tot ongeveer 1500.<sup>18</sup> Dit was een periode waarin de

---

11 Van Helten 1902, p. 2.

12 Koenen, *Themis* 1901, p. 148; Draaisma 2001, p. 94-98. Zie ook Lokin/Brandsma 2022, p. 332.

13 Koenen, *Themis* 1901, p. 148; Van Helten 1902, p. 123-124; Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 38-39; Pitlo 1971, p. 7; Kaser/Wubbe 1971, p. 322-329; Feenstra 1994, p. 268.

14 Puelinckx-Coene, *WPNR* 2000/6423, p. 812; Draaisma 2001, p. 100-102; Willikens 2001, p. 31-32.

15 De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 43; Puelinckx-Coene, *WPNR* 2000/6423, p. 811-812; Willikens 2001, p. 31-32; Draaisma 2001, p. 100-102; Asser/Perrick 4 2021/5.

16 Draaisma 2001, p. 99; Willikens 2001, p. 29-30.

17 Koenen, *Themis* 1900, p. 352; Van Helten 1902, p. 14-15; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 225-228; Puelinckx-Coene, *WPNR* 2000/6423, p. 812; Roes, *WPNR* 2003/6516, p. 15; Roes 2006, p. 119.

18 Met het oudvaderlandse recht wordt bedoeld op het recht in de verschillende delen van Nederland vóórdat het Wetboek Napoleon en later de Code Civil werden ingevoerd (1809 respectievelijk 1811), zie De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 8.

maatschappij zich ontwikkelde door de verbetering van de landbouw, een toename van de bevolking, de opkomst van steden en het ontstaan van arbeidsdifferentiatie. Ook in deze periode waren er veel verschillende gewesten met een eigen volksaard en dat leidde tot verscheidene rechtsstelsels.<sup>19</sup> Grofweg waren de verschillende rechtsstelsels te groeperen in twee erfrechtelijke systemen.<sup>20</sup> Ten eerste een gradueel stelsel dat het aasdomsrecht werd genoemd en voornamelijk in het noordelijke gedeelte van Holland gold. De graad van bloedverwantschap was bepalend voor de erfopvolging. Eerst kwamen de kinderen en kleinkinderen naar graad op als erfgenamen. Daarna volgden achtereenvolgens de ascendenten en de bloedverwanten in de zijlijn. De bloedverwanten in opgaande lijn gingen voor op de bloedverwanten in de zijlijn.<sup>21</sup> In het aasdomsrecht was geen ruimte voor plaatsvervulling, vandaar dat het erfrecht veelal werd aangeduid met het adagium: *'het naaste bloed erft het goed'*.<sup>22</sup> In Zeeland en in het zuidelijke gedeelte van Holland gold voornamelijk het schependomsrecht dat werd geduid aan de hand van de adagia: *'het goed gaat van waar het kwam'* en *'het goed klimt niet graag'*.<sup>23</sup> Dit hield een parenteel stelsel in waarin eerst de kinderen en eventueel hun afstammelingen bij plaatsvervulling opkwamen als erfgenamen. Waren er geen afstammelingen van de erflater, dan werden de ouders en hun afstammelingen (broers en zussen van de erflater) tot de nalatenschap geroepen en vervolgens de grootouders en hun plaatsvervullers.<sup>24</sup> Vererfde de nalatenschap aan de ouders of verdere bloedverwanten van de erflater omdat er geen afstammelingen werden nagelaten, dan gold het beginsel van kloving.<sup>25</sup> Dit hield – kort gezegd – in dat de nalatenschap werd gesplitst in twee helften: één voor de verwanten van de moeder en één voor de verwanten van de vader. Beide helften werden los van elkaar afgewikkeld, omdat aan de verwanten van beide ouders een gelijk deel van het vermogen zou moeten toekomen.<sup>26</sup> Afgezien van deze twee rechtsstelsels bestonden allerlei variaties op het aasdomsrecht en het schependomsrecht. Zo erfden in het Drentsche en het Groningsche recht de ouders ná de broers en zussen. Volgens het Utrechtsche, het Oud-Overijsselsche en oud-Zutfensche recht erfden ouders daarentegen vóór de broers en zussen, maar gingen de broers en zussen wel weer vóór op de grootouders.<sup>27</sup> De Staten van Holland hebben gepoogd meer uniformiteit te bereiken. In het

---

19 Van Helten 1902, p. 60; Roes 2006, p. 5.

20 Onder meer Wattel, *WPNR* 1890/565, p. 350-351; Wattel 1881, p. 29-33; De Wilde, *WPNR* 1890/1077, p. 377-382; Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 39-42; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 229-231; Draaisma 2001, p. 114-115.

21 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 40-41; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 229.

22 De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 229.

23 De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 229.

24 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 40-41; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 229.

25 De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 229-230.

26 Zie onder meer Van Mourik e.a. 2020, par. III.3; Asser/Perrick 4 2021/52.

27 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 40-41.

schependomsrecht werd de mogelijkheid van plaatsvervulling beperkt, terwijl in het aadomsrecht plaatsvervulling en kloving werden ingevoerd. Dit werd echter niet door alle gewesten overgenomen.<sup>28</sup> Alhoewel de (erfrechtelijke) rechtsstelsels uiteenliepen in de verschillende gewesten van Nederland, vormde bloedverwantschap (mits erkend door de wet) overal de grondslag voor het versterferrecht.<sup>29</sup> Dit bleek bovendien uit het ontbreken van een positie van de langstlevende echtgenoot in het erfrecht. Afgezien van enkele rechtsstelsels die aan de echtgenoot een aanspraak op een klein deel van de nalatenschap toekenden (met name als het huwelijk kinderloos was gebleven), kwam de echtgenoot doorgaans niet voor in het erfrecht.<sup>30</sup>

Eerst na de Franse revolutie werd een einde gemaakt aan de verscheidenheid van erfrechtelijke stelsels. De Code Civil was voornamelijk gebaseerd op het Franse gewoonterecht. Het op de Code Civil gebaseerde en voor het Nederlands Koninkrijk ingerichte Wetboek Napoleon werd in 1809 ingevoerd.<sup>31</sup> Het in dit wetboek vastgelegde versterferrecht had voornamelijk gelijkenissen met het oude aadomsrecht, maar had door de receptie ook Romeinse invloeden. Waar vóór de Franse revolutie voornamelijk het familiebedrijf centraal stond om bestaanszekerheid door te geven, draaide het in de Code Civil met name om bloedverwantschap.<sup>32</sup> De erfgenamen werden in vier groepen tot de nalatenschap geroepen: afstammelingen, gevolgd door de ouders en broers en zussen van de erflater, daarna de overige ascendenten en tot slot de overige zijverwanten.<sup>33</sup> Het erfrecht speelde bovendien een grote politieke rol. Napoleon beoogde met het erfrecht de macht van de adel te verminderen. Om te voorkomen dat het vermogen van de adel alsmaar toenam, bevatte het erfrecht een gelijke verdeling van de erfgoederen over alle kinderen.<sup>34</sup>

---

28 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 40-41; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 230.

29 Wattel, *WPNR* 1890/565, p. 350-351; Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 39-42; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 229-231; Draaisma 2001, p. 114-115; Asser/Perrick 4 2021/52. Zie over het versterferrecht in de oudvaderlandse periode de dissertatie van Roes 2006, p. 145-239.

30 Bijvoorbeeld in de steden Groningen, Drenthe, 's-Hertogenbosch en Maastricht kreeg de langstlevende echtgenoot een deel van de nalatenschap of zelfs de gehele nalatenschap, maar voorwaarde daarvoor was wel dat er geen kinderen binnen het huwelijk waren geboren, Roes 2006, p. 275-276. De verzorging van de echtgenoot werd vaak geregeld in andere rechtsgebieden, zoals het huwelijksvermogensrecht, *De Regt, AST* 1991/2, p. 66; Roes 2006, par. 275-281.

31 Van Helten 1902, p. 40; Willikens 2001, p. 45-46.

32 Willikens 2001, p. 49.

33 Wattel 1881, p. 56-59 en 80-85; Van Helten 1902, p. 43-49; Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 42-43; Draaisma 2001, p. 114-115; Willikens 2001, p. 47.

34 Puelinckx-Coene, *WPNR* 2000/6423, p. 813; Willikens 2001, p. 48.

## 6.2.2 De familieband in het Burgerlijk Wetboek van 1838

Aan de grote verscheidenheid van de rechtsstelsels kwam door het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Nederlandse Koninkrijk en de Code Civil een einde, maar na het herstel van de onafhankelijkheid moest er ook een Nederlands Burgerlijk Wetboek komen.<sup>35</sup> Bij de totstandkoming daarvan bestond veel discussie over de vraag of bloedverwantschap het uitgangspunt vormde van het versterferfrecht of de vermoedelijke wil van de erflater.<sup>36</sup> En in het verlengde hiervan lag de vraag of het versterferrecht of het testamentair erfrecht voorop stond. Want als werd aangenomen dat het versterferrecht de hoofdregel zou zijn en het testamentair erfrecht de uitzondering, dan kon men bepleiten dat bloedverwantschap de grondslag was. Werd het testamentair erfrecht gezien als hoofdregel, dan zou de vermoedelijke wil van de erflater als de grondslag van het versterferrecht worden gezien. In beide gevallen stond de familie centraal, ongeacht of dat was ingestoken door de vermoedelijke wil van de erflater of door afstamming. De wil van de erflater was immers vermoedelijk dat zijn naaste familieleden zouden erven. Bovendien konden het versterferrecht en het testamentair erfrecht – in tegenstelling tot in het Romeinse recht – inmiddels naast elkaar bestaan.<sup>37</sup>

Het Burgerlijk Wetboek dat in 1838 werd ingevoerd, bouwde vooral voort op de daarvoor geldende Code Civil. Op een aantal punten brak het Burgerlijk Wetboek echter met de Code Civil.<sup>38</sup> Natuurlijke kinderen van de erflater werden als erfgenaam aanvaard, mits zij wettig waren erkend. In de Code Civil werd het oude Franse recht gevolgd waarin natuurlijke kinderen onder invloed van de kerk niet konden erven. Dit in tegenstelling tot het Romeinse recht waarin de gedachte heerste dat een moeder geen bastaard maakte. In het Burgerlijk Wetboek van 1838 werd een gematigde lijn aangehouden op grond waarvan een natuurlijk kind wel kon erven, maar voor een kleiner erfdeel en eerst na wettige erkenning. In overspel of in bloedschande verwekte kinderen konden geen aanspraak maken op de nalatenschap van een ouder.<sup>39</sup> De echtgenoot werd als laatste toegelaten tot de wettelijke erfopvolging. Verder werd de regeling van de plaatsvervulling uitgebreid en het erfdeel van een ouder werd op ten minste een kwart gesteld.<sup>40</sup>

35 Van Helten 1902, p. 77 e.v.; Greuter-Vreeburg 1987, p. 1-37; Ebben 2003, p. 24-25.

36 Zie hierover onder meer Diephuis 1883, p. 11-17; Van Helten 1902, p. 122-123; Greuter-Vreeburg 1987, p. 26; Ebben 2003, p. 24; Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer 2008, nr. 8; Asser/Perrick 4 2021/6.

37 Zie ook Wattel 1881, p. 22-23; Ebben 2003, p. 24; Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer 2008, nr. 8.

38 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 54-63.

39 Zie onder meer Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 54-63; Rombach, *WPNR* 1958/4564, p. 539-541. De mogelijkheid voor natuurlijke kinderen om van familieleden van de ouders te erven was door het onderscheid tussen natuurlijke en wettige kinderen ook beperkt.

40 Voorduin 1838, p. 2; Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 43; Eggens 1938, p. 425; Draaisma 2001, p. 114-115; Willikens 2001, p. 52; Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer 2008, nr. 30.

De naaste bloedverwanten werden in vijf groepen van erfgenamen tot de nalatenschap geroepen: descendenten, ouders tezamen met (half-)broers en zussen, overige ascendenten, overige zijverwanten en tot slot de echtgenoot. In de groep van de overige ascendenten en de overige zijverwanten sloot een naaste graad een verdere uit, zodat het systeem naast parentele ook graduele karaktereigenschappen kende.<sup>41</sup> De onder het oudvaderlandse recht geldende prevalerende rechten van mannelijke afstammelingen en van de eerstgeborene werden hiermee, net als in de Code Civil, afgeschaft.<sup>42</sup> De echtgenoot kreeg een plek in het versterkerrecht, maar deze plek was niet bepaald riant. De echtgenoot kwam eerst op wanneer alle bloedverwanten tot in de twaalfde graad ontbraken. De zwakke positie van de echtgenoot werd onderbouwd met de gedachte dat tussen de erflater en zijn echtgenoot slechts burgerlijke betrekkingen bestaan die moesten wijken voor bloedbanden.<sup>43</sup> De uitsluiting van de echtgenoot was dus een direct gevolg van het uitgangspunt bloedverwantschap. De verzorging van de echtgenoot zou bovendien al geregeld zijn door het stelsel van de wettelijke gemeenschap van goederen. Het erfrecht was van oorsprong de manier om familievermogen over te dragen en het werd niet wenselijk gevonden dat het familievermogen in een andere familie kon belanden door vererving via de echtgenoot.<sup>44</sup>

Na de invoering van het Burgerlijk Wetboek van 1838 bleef het debat over de versterking van de positie van de echtgenoot van de erflater bestaan. Onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen verschoof de focus binnen de samenleving van de familie naar het gezin. Inkomen uit arbeid werd belangrijker, het bezit van productiemiddelen werd minder belangrijk en er kwamen betere overheidsvoorzieningen, waardoor geërfd vermogen minder bepalend werd voor de bestaanszekerheid van de volgende generatie.<sup>45</sup> Dit leidde tot de Wet van 17 februari 1923 waarmee de wetgever wilde aansluiten bij de geldende rechtsopvattingen en de wil van de erflater.<sup>46</sup> De echtgenoot van de erflater kwam op gelijke wijze als de afstammelingen van de erflater op als erfgenaam in de eerste groep. Dit had tot gevolg dat het erfdeel van de kinderen verminderde en ook de legitieme portie van de kinderen in omvang afnam. De echtgenoot deelde immers vanaf dat moment voor een evenredig deel mee in de nalatenschap van de erflater. Deze wetswijziging resulteerde er ook in dat de echtgenoot van de erflater de gehele nalatenschap verkreeg als de erflater geen kinderen naliet die als erfgenaam tot de nalatenschap konden worden geroepen. Geleidelijk begon de gedachte op te komen dat de echtgenoot na het overlijden van de erflater niet in een ongunstigere positie

---

41 Klaassen-Eggens/Luijten & Meijer 2008, nr. 30.

42 Van Helten 1902, p. 81-82; Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 46-47; De Regt, *AST* 1991/2, p. 70; Roes, *WPNR* 2003/6516, p. 16.

43 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 52-53.

44 Van Helten 1902, p. 82; Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 52-53.

45 Limburg 1938, p. 348; De Regt, *AST* 1991/2, p. 70-71. Zie ook Biederlack 1894, p. 41-60.

46 Wet van 7 februari 1923, *Stb.* 40.

moest komen dan tijdens het huwelijk. Hij moest de goederen van de nalatenschap kunnen blijven gebruiken en hij moest worden beschermd tegen vorderingen van de kinderen. De wetswijziging van 1923 werd bovendien onderbouwd met de ervaring uit de praktijk dat echtgenoten doorgaans in testamenten werden betrokken.<sup>47</sup> Er werd echter niet gekozen voor een legitieme portie voor de langstlevende. De beweegredenen vond men in het oude denken over het familievermogen en in de angst voor een toename van het aantal echtscheidingen.<sup>48</sup>

Het erfdeel voor de echtgenoot was niet de enige grote wijziging in 1923. Dezelfde wet van 17 februari beperkte de groep van bloedverwanten die als erfgenamen tot de nalatenschap konden worden geroepen tot de zesde graad.<sup>49</sup> Voorheen konden erfgenamen tot de twaalfde graad opkomen. Deze wijziging was het gevolg van de lossere familiebanden. Betoogd werd dat veelal neven en nichten (vierdegraads bloedverwanten in de zijlijn) elkaar al niet meer kenden, zodat een aanspraak op de nalatenschap van een verdere bloedverwant niet langer te rechtvaardigen was.<sup>50</sup>

In dit kader werd regelmatig voor een nog verdere beperking bepleit, namelijk in de vorm van staatserfrecht of gezinserfrecht. Hiermee werd bedoeld op een erfrechtelijk stelsel op grond waarvan slechts het gezin van de erflater zou erven en de Staat op zou komen als erfgenaam als de erflater overleed zonder een echtgenoot en kinderen achter te laten. De beperking van de kring van erfgenamen tot de zesde graad zou volgens critici volkomen willekeurig zijn gekozen. De beperking zou niet passen in het ruime begrip van de familieband zoals dat van oudsher ten grondslag lag aan het versterferfrecht, maar zou ook niet passen in de gedachte van het gezin als nieuwe grondslag voor het versterferfrecht. De invoering van het staatserfrecht zou recht doen aan het gezin dat meer centraal was komen te staan in de maatschappij.<sup>51</sup> Deze pleidooien hebben er echter nooit toe geleid dat het erfrecht het karakter kreeg van een staatserfrecht of gezinserfrecht. De familieband tussen de erflater en bloedverwanten buiten het gezin zou niet zo zijn afgezwakt dat de erflater de Staat zou verkiezen boven een verdere bloedverwant. Bovendien zou dit

---

47 Limburg 1938, p. 356-357; Van Oven, *WPNR* 1958/4560, p. 489-490; Hermans & Soons 1974, p. 33-34; Van Mourik, *NJB* 1982/1, p. 2; De Regt, *AST* 1991/2, p. 66-73. De echtgenoot kreeg geen legitieme portie, daarover in par. 6.4 meer.

48 De Regt, *AST* 1991/2, p. 72; Van Es 2019, par. 1.2.

49 Uitzondering hierop vormde de plaatsvervulling 'nevens degenen' van art. 4:892 BW (oud). Een bloedverwant in de zevende graad kon toch erven als een broer of zus van een persoon die uit eigen hoofde erfde, was vooroverleden met achterlating van een of meer afstammelingen. Zie Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1923, p. 52.

50 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1923, p. 42-43; Van der Ploeg, *WPNR* 1953/4295, p. 232; Van Oven, *NJB* 1955/26, p. 178.

51 Van Oven, *NJB* 1955/26, p. 177-183; De Regt, *AST* 1991/2, p. 71-73. De verschuiving van de familie naar het gezin als hoeksteen in de samenleving zou ook zijn terug te zien in de beginselen van het alimentatierecht en de toenemende mate waarin aandacht wordt besteed aan de verzorgingsgedachte, Polak, *WPNR* 1965/4871, p. 387.

slechts tot een toename van het aantal testamenten leiden, wat het verschil tussen handelingsbekwame en -onbekwame testateurs ongewenst zou vergroten.<sup>52</sup>

Gedurende geruime tijd zijn er geen wijzigingen in het versterferrecht aangebracht die het fundament bloedverwantschap of familieband raakten.<sup>53</sup> In 1982 is het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen in het erfrecht afgeschaft. Een *wettig* kind werd geboren tijdens het huwelijk van de ouders. Wettige kinderen stonden tot beide ouders in familierechtelijke betrekking en tevens tot de bloedverwanten van de ouders. Een *onwettig* kind was buiten het huwelijk geboren.<sup>54</sup> Het kind stond in familierechtelijke betrekking tot de moeder en had daardoor de staat van natuurlijk kind.<sup>55</sup> Om ook de staat van natuurlijk kind van de vader te krijgen, diende de vader het kind te erkennen en in het huwelijk te treden met de moeder van het kind (*wettiging*).<sup>56</sup> Natuurlijke kinderen konden in tegenstelling tot wettige kinderen niet in familierechtelijke betrekking tot de bloedverwanten van de ouders komen te staan.<sup>57</sup> Dit had ook gevolgen voor het erfrecht. Het erfrecht van een natuurlijk kind was beperkt en het erfde niet op gelijke voet met een wettig kind. Bloedverwantschap was het uitgangspunt, maar dit uitgangspunt werd begrensd door de geboorte van een kind binnen het huwelijk. Het EHRM overwoog in het *Marckx*-arrest<sup>58</sup> dat het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen en het onderscheid tussen gehuwde en ongehuwde moeders in de Belgische wetgeving discriminatoir was. In casu ging het om een kind dat buiten het huwelijk was geboren, waardoor het volgens het Belgische recht niet direct in familierechtelijke betrekking tot haar moeder kwam te staan en evenmin tot de bloedverwanten van de moeder. Haar erfrechten waren daardoor beperkt. Alhoewel uit het EVRM geen recht om te erven voortvloeit, ontbrak volgens het EHRM voor het gemaakte onderscheid tussen wettige

52 *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 33-43; Asser/Perrick 4 2021/8. Handelingsonbekwaam zijn minderjarigen tot zestien jaar en bijvoorbeeld personen die onder curatele staan, zie art. 4:55 BW.

53 In het Burgerlijk Wetboek van 1838 betrof ook de afschaffing van de legitieme portie voor ascendenten een grote wijziging (Wet van 16 november 1995, *Stb.* 1995, 561). Deze wijziging wordt besproken in par. 6.3.3.

54 Onwettige kinderen waren te onderscheiden in kinderen die buiten een huwelijk waren geboren (speelkinderen) en kinderen die in overspel of incest waren verwekt. Het onderscheid tussen speelkinderen en overspelige of bloedschennige kinderen werd in 1970 losgelaten (Wet van 4 juni 1969, *Stb.* 1969, 257). Zie ook Huijgen 1996, p. 5; Vonk, in: *GS Personen- en familierecht*, titel 11 Boek 1 BW, aant. 4 (online, bijgewerkt 1 september 2023); Van de Wiel 2023, p. 205-213.

55 Tot 1948 moest de moeder een onwettig kind erkennen om de staat van natuurlijk kind te krijgen. Vanaf 1948 stond de moeder van rechtswege in familierechtelijke (in de toenmalige terminologie: burgerrechtelijke) betrekking. Zie de Wet van 10 juli 1947, *Stb.* H 232 en Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-1 2020/144-149.

56 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-1 2020/145.

57 De term 'natuurlijk kind' verdween bij de herziening van het afstammingsrecht in 1997 (Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 771).

58 EHRM 13 juni 1979, appl. no. 6833/74, *NJ* 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*).

en natuurlijke kinderen een objectieve en redelijke rechtvaardiging. Voor het Nederlands erfrecht leidde deze uitspraak tot de afschaffing van het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen. Zij erfden in het vervolg voor gelijke delen en het was voor alle kinderen mogelijk om te erven van de familieleden van hun ouders.<sup>59</sup>

### 6.2.3 De familieband in het Burgerlijk Wetboek van 2003

De aanloop naar een nieuw Burgerlijk Wetboek stond in het teken van de versterking van de positie van de langstlevende echtgenoot en de afzwakking van de legitieme portie van de kinderen van de erflater. Een langdurig proces door de verschillende ideeën over beide vraagstukken. Vanaf het eerste ontwerp van Meijers in 1954 duurde het tot 2003 voordat een nieuw Boek 4 in het Burgerlijk Wetboek in werking trad. De maatschappelijke ontwikkelingen in die tijd stonden uiteraard niet stil. Het gezin werd steeds zelfstandiger vormgegeven, de individualisering en liberalisering namen toe, de hiërarchie tussen ouder en kind zwakte af, huwelijkspartners werden gelijkwaardiger, het aantal echtscheidingen nam toe en er ontstonden nieuwe gezinsvormen.<sup>60</sup> De lange aanloop leidt uiteindelijk tot de invoering van de wettelijke verdeling met wilsrechten voor de kinderen en een legitieme portie die slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak oplevert.

De vraagstukken die het ontwerp van een nieuwe Burgerlijk Wetboek beheersten, raakten niet zozeer het fundament van de familieband, maar meer de testevrijheid en de verzorgingsgedachte. Dit wordt nader besproken in paragraaf 6.3.3 respectievelijk paragraaf 6.4. De kring van erfgenamen in het versterkerfrecht stond minder ter discussie: de echtgenoot en de kinderen van de erflater bleven in de eerste parentele opkomen als erfgenamen. De ouders, broers en zussen van de erflater bleven in de tweede parentele opkomen. In de derde parentele kwamen de grootouders van de erflater als erfgenamen op en de overgrootouders van de erflater kwamen op als erfgenamen in de vierde parentele.<sup>61</sup> Om de jongere generaties te begunstigen werd het parentele stelsel beperkt tot vier parentelen.<sup>62</sup> Het karakter van de wettelijke erfopvolging verschoof hiermee van een combinatie van een gradueel en parenteel stelsel naar een parenteel stelsel.<sup>63</sup>

De familieband is dus ook in het nieuwe Burgerlijk Wetboek de grondslag voor het wettelijk erfrecht. Dit stond in de aanloop naar 2003 eigenlijk niet

---

59 Wet van 27 oktober 1982, *Stb.* 608; *Kamerstukken II* 1980/81, 16585, nr. 3. De wet had terugwerkende kracht tot de datum van de uitspraak: 13 juni 1979. Zie hierover *Kamerstukken I* 1981/82, 16585, nr. 87a.

60 De Regt, *AST* 1991/2, p. 71-72; Huijgen 2002, p. 63-68; Van Es 2019, par. 5.

61 Art. 4:10 lid 1 BW.

62 Asser/Perrick 4 2021/57.

63 Asser/Perrick 4 2021/54.

eens ter discussie. Meijers schreef in de inleiding van zijn ontwerp daarover het volgende:

‘Gelijk reeds in de vorige paragraaf is opgemerkt, streeft het ontwerp niet naar een op geheel nieuwe grondslagen rustend Burgerlijk recht. Het zoekt aansluiting bij die delen van het tegenwoordige Burgerlijk Wetboek, die in de praktijk deugdelijk zijn gebleken en bij het recht, gelijk dit zich op bevredigende wijze in het maatschappelijk leven heeft ontwikkeld. Een Burgerlijk Wetboek is niet een geschikt terrein voor juridische experimenten. De voorschriften van Burgerlijk recht bevatten de bezonken wijsheid van vele eeuwen. Er dient dus deugdelijk te worden aangetoond, dat een sinds eeuwen bestaand voorschrift verouderd is, voordat men besluit het op te heffen.’<sup>64</sup>

De grondslagen zijn ook in een verder stadium van de parlementaire beraadslagingen nauwelijks onderwerp van discussie geweest.<sup>65</sup>

In het kader van de familieband als fundament van het erfrecht verdienen de wilsrechten van artikelen 4:19 tot en met 4:22 BW enige aandacht. Zoals gezegd was de wens om de positie van de echtgenoot van de erflater te versterken een van de knelpunten die centraal stond bij de ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Een belangrijk onderdeel van de discussie was het stieffamiliegevaar. De echtgenoot moet ongestoord kunnen voortleven, maar wat als de langstlevende een tweede echtgenoot is, die niet ook de juridische ouder van de kinderen is? Er moest een manier worden gevonden waarop de goederen in de eigen familie konden blijven.<sup>66</sup> Hieruit blijkt duidelijk de aloude gedachte van familie-eigendom, maar dan in een gemoderniseerde vorm. Het gaat immers slechts om de bescherming van de kinderen en de familiegoederen als de langstlevende niet ook de ouder van de kinderen is, maar een stiefouder. Voorheen werd ook de echtgenoot – die wel de ouder van de kinderen was – niet opgenomen in het wettelijk erfrecht om te voorkomen dat familiegoederen door vererving door de echtgenoot in een andere familie terecht kwamen.<sup>67</sup>

Sinds de invoering in 2003 is het erfrecht niet meer ingrijpend gewijzigd. Wel hebben verschillende maatschappelijke ontwikkelingen invloed op de vorm van de familieband en de werking van het erfrecht, met name de opkomst van moderne gezinsvormen. Het erfrecht rekent slechts die bloedverwanten die in familierechtelijke betrekking tot de erflater staan tot erfgenamen. De invulling van het begrip familierechtelijke betrekking wordt geregeld in het

---

<sup>64</sup> *Parl. Gesch. BW Algemeen deel*, p. 123.

<sup>65</sup> Vgl. *Handelingen II* 1952/53, nr. 81, p. 2903-2904; *Kamerstukken I* 1967/68, 3771, nr. 73, p. 7-8; Polak, *WPNR* 1965/4871, p. 385-386; Pitlo 1971, p. 6-7; Hermans & Soons 1974, p. 13; Bau-duin 2014, par. I.1.1.

<sup>66</sup> Zie ook *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, nr. 12, p. 3-4; *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1492-1494; Lansu, *TE* 2002/6, p. 77-78.

<sup>67</sup> Zie paragraaf 6.2.2.

afstammingsrecht en die invulling is door maatschappelijke ontwikkelingen niet alleen maar gebaseerd op (een rechtsvermoeden van) biologische verwantschap. Sinds de invoering van duomoederschap in 2014 is het rechtsvermoeden van biologisch ouderschap voor het van rechtswege ontstaan van juridisch ouderschap als grondslag losgelaten.<sup>68</sup> Het erfrecht sluit nog steeds aan bij de familieband, maar de vormgeving van die familieband wordt ingevuld door het afstammingsrecht en dat verandert door de jaren heen.<sup>69</sup>

### 6.3 TESTEERVRIJHEID

#### 6.3.1 De testeevrijheid als onderdeel van het autonomiebeginsel en eigendomsrecht

Zoals gezegd is het bestaan van het erfrecht afhankelijk van de erkenning van individueel eigendom. Met de ontwikkeling van individueel eigendom, ontstond ook het erfrecht, omdat het vermogen van de erflater na zijn overlijden aan iemand moest worden nagelaten. Dit kan bij wet worden bepaald, zoals in de vorige paragraaf is besproken, maar het kan ook aan de erflater zelf worden overgelaten. De vrijheid om te beschikken over het eigen vermogen ter zake des doods, wordt testeevrijheid genoemd.<sup>70</sup> In 1882 is de testeevrijheid door de Hoge Raad erkend: eenieder heeft de vrijheid om bij testament over zijn eigen vermogen te beschikken voor zover de wet en het fatsoen hem daarin niet beperkt.<sup>71</sup>

Testeevrijheid is een uitvloeisel van het autonomiebeginsel. Dit beginsel ligt ten grondslag aan ons privaatrecht en houdt een recht tot zelfbeschikking in. De wet zou gezien de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van de mens diens wil moeten respecteren.<sup>72</sup> Bij leven heeft eenieder de vrijheid om zelfstandig over zijn vermogen te beschikken en dit wordt door de testeevrijheid voortgezet na het overlijden. Equivalent van de testeevrijheid is de contractsvrijheid, eveneens een uitvloeisel van het autonomiebeginsel. Dit betekent dat eenieder de vrijheid heeft om overeenkomsten aan te gaan met wie hij wil

---

68 Wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 480.

69 Een vergelijkbare ontwikkeling die voor veel discussie zorgt is het door sommigen beoogde opnemen van de ongehuwde partner van de erflater als wettelijk erfgenaam. Hier wordt verder niet op ingegaan aangezien de betrekking tussen ouder en kind centraal staat. Zie onder meer Blokland, *TE* 2011/6, p. 83-95; F.W.J.M. Schols, *WPNR* 2018/7220, p. 1040-1042.

70 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 8; Heuff 1995, p. 95; Huijgen 2000, p. 87-88; Broomhaer, *TE* 2005/3, p. 44.

71 HR 30 juni 1882, *W.* 4800; *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 237-238.

72 Zie onder meer Coene 1982, p. 313; Huijgen 2000, p. 86; Bauduin 2014, par. I.1.2.1; Van der Kwaak 2015, par. 6.1; Asser/Sieburgh *6-III* 2022/41; Beuker 2023, par. 3.2.1.

en zelf de inhoud, de werking en de voorwaarden van die overeenkomst te bepalen.<sup>73</sup>

Uit het Marckx-arrest is gebleken dat de testeervrijheid een traditioneel en fundamenteel onderdeel van het eigendomsrecht vormt dat is vastgelegd in artikel 1 EP. Dit artikel beschermt het ongestoorde genot van bestaand eigendom.<sup>74</sup> Een beperking op dit eigendomsrecht is slechts toegelaten als het algemeen belang dit verlangt.<sup>75</sup> De testeervrijheid is één van de fundamenteën van het huidige erfrecht, maar vormt dus ook een grondrecht dat werking heeft jegens de overheid en door de horizontale werking van grondrechten ook tussen burgers onderling.<sup>76</sup>

In Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek is de testeervrijheid niet expliciet vastgelegd, maar deze kan worden afgeleid uit artikel 4:1 BW: de erflater mag afwijken van het versterferrecht door een uiterste wilsbeschikking op te maken. De testeervrijheid is – behoudens in de oudste Romeinse tijd – niet absoluut geweest. De vrijheid om te beschikken over het vermogen na overlijden wordt in het huidige erfrecht in formele zin en in materiële zin beperkt.<sup>77</sup> De formele beperkingen op de testeervrijheid zien op de vereisten die worden gesteld aan het maken van een uiterste wilsbeschikking. Zo moet de erflater op het moment van testeren handelingsbekwaam zijn<sup>78</sup> en in staat zijn om zijn wil in een daarmee overeenstemmende verklaring neer te leggen.<sup>79</sup> Daarnaast kan een uiterste wilsbeschikking door de erflater slechts persoonlijk worden gemaakt en herroepen en dient de uiterste wil bij notariële akte te zijn opgemaakt dan wel bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte.<sup>80</sup> Tot slot kent het erfrecht een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Slechts de in de wet aangewezen vormen van uiterste wils-

73 Zie onder meer *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1687-1695; Coene 1982, p. 313; Heuff 1995, p. 95; Huijgen 2000, p. 87; Asser/Perrick 4 2021/296; Beuker 2023, par. 3.2.2.2.

74 Het verwerven van eigendom krachtens erfrecht valt expliciet niet onder art. 1 EP. De bescherming die artikel 1 EP biedt, ziet op het belang van de moeder om vrijelijk over haar vermogen te beschikken en niet op het erven bij versterf door de dochter, EHRM 13 juni 1979, appl. no. 6833/74, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx/België*). Zie ook Beuker 2023, par. 3.2.1.

75 Dit volgt uit de tweede alinea van art. 1 EP, zie Huijgen 2000, p. 89 met verwijzing naar jurisprudentie van het EHRM. Er moet worden voldaan aan een evenredigheidsmaatstaf, wat inhoudt dat er evenredigheid bestaat tussen het doel dat men voor ogen heeft en het middel dat daarvoor wordt ingezet.

76 Huijgen 2000, p. 88. Zie ook Coene 1982, p. 315-316; Van Hedel, *NJB* 2007/580, p. 609-614; Nehmelman & Noorlander 2013, par. 4.4.

77 Voor dit onderscheid wordt aangesloten bij Bauduin 2014, par. I.1.2.2.1. Zie ook Van Mourik e.a. 2020, par. IV.1.1.

78 Personen vanaf zestien jaar kunnen uiterste wilsbeschikkingen maken, art. 4:55 BW.

79 Art. 4:55 jo. art. 3:33 BW; Bauduin 2014, par. I.1.3.2.2; Van Mourik e.a. 2020, par. VIII.1; Asser/Perrick 4 2021/158-163.

80 Art. 4:42 lid 3 jo. art. 4:94 BW. Enkele uitzonderingen staan genoemd in art. 4:97 – 4:107 BW. Bauduin 2014, par. I.1.3.2.3; Van Mourik e.a. 2020, par. VI.1.8 en VI.3; Asser/Perrick 4 2021/148-149.

beschikkingen zijn toegelaten, waardoor bijvoorbeeld de onder het oude Burgerlijk Wetboek van voor 2003 regelmatig gebruikte ouderlijke boedelverdeling niet langer geldig kan worden gemaakt.<sup>81</sup> In materiële zin wordt de testeervrijheid onder meer begrensd door de goede zeden en openbare orde. De inhoud en de werking van een uiterste wilsbeschikking mag hier niet mee in strijd zijn.<sup>82</sup> Ook wordt de inhoud en de werking van een uiterste wilsbeschikking begrensd door de kring van erfgenamen die voordeel kan halen uit de nalatenschap. Een leermeester en een verzorger mogen bijvoorbeeld onder voorwaarden niet worden bevoordeeld krachtens een uiterste wilsbeschikking.<sup>83</sup> De testeervrijheid wordt eveneens beperkt door de legitieme portie die toekomt aan de kinderen van de erflater en waarmee wordt voldaan aan de morele fatsoensplicht die de erflater zou hebben om zijn afstammelingen iets na te laten.<sup>84</sup> Tot slot wordt de testeervrijheid in materiële zin beperkt door de bescherming van de belangen van anderen. Sommige dwingendrechtelijke bepalingen – met name de andere wettelijke rechten van afdeling 4.3.2 BW – dienen het belang van de verzorging van voornamelijk de kinderen en de echtgenoot van de erflater. Een erflater mag hen onverzorgd achterlaten door hen bijvoorbeeld te onterven of hun erfdeel te beperken in een uiterste wilsbeschikking, maar dit kan na zijn overlijden ertoe leiden dat de erfopvolging niet geheel verloopt zoals hij dit in een uiterste wilsbeschikking heeft bedoeld.<sup>85</sup>

Ter discussie heeft gestaan of de legitieme portie en de andere wettelijke rechten een geoorloofde inbreuk vormen op het eigendomsrecht zoals neergelegd in artikel 1 EP. Het EHRM heeft zich (nog) niet expliciet uitgesproken over de vraag of de legitieme portie een gerechtvaardigde inbreuk vormt op artikel 1 EP, maar aan de lidstaten komt een ruime beoordelingsvrijheid toe. Het is aan de lidstaten zelf om te bepalen of de beperking een algemeen belang dient, zodat de beperking op het eigendomsrecht gerechtvaardigd is. De toenmalige minister van Justitie en Veiligheid heeft beargumenteerd dat de

---

81 Art. 4:42 lid 1 BW; Bauduin 2014, par. I.1.3.2.4; Van Mourik e.a. 2020, par. VI.1.5-VI.1.7; Asser/Perrick 4 2021/134-136.

82 Art. 4:44 – 4:45 BW. Hierbij moet ook worden gedacht aan het verbod op erfovereenkomsten zoals dat is neergelegd in art. 4:4 BW. Bauduin 2014, par. I.1.3.3.2; Van Mourik e.a. 2020, par. VI.2.5; Asser/Perrick 4 2021/144-145 en 233-234.

83 Een uiterste wilsbeschikking die in strijd is met art. 4:57 – 4:62 BW is vernietigbaar. De vernietiging vindt slechts plaats voor zover deze nodig is tot opheffing van het nadeel van degene die zich op de vernietigingsgrond beroept (art. 4:62 lid 1 BW). Zie nader Bauduin 2014, par. I.1.3.3.5; Van Mourik e.a. 2020, par. VIII.4; De Jonge, *WPNR* 2020/7267, p. 70-78; Asser/Perrick 4 2021/235-241; De Jonge, *WPNR* 2022/7355, p. 44-51.

84 *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 341; Verstappen 2002, p. 53. Als grondslag voor de legitieme portie wordt ook wel de verzorgingsgedachte genoemd, maar dat is omstreden, zie *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 341; Verstappen 2002, p. 53.

85 De legitieme portie is geregeld in afdeling 4.4.3 BW. Zie hierover onder meer Bauduin 2014, par. I.1.3.3.4; Van Mourik e.a. 2020, par. X.1.1; Asser/Perrick 4 2021/251. De andere wettelijke rechten zijn geregeld in afdeling 4.3.2 BW. Zie hierover onder meer Bauduin 2014, par. I.1.3.3.3; Van Mourik e.a. 2020, par. XI.1; Asser/Perrick 4 2021/251.

legitieme portie niet in strijd is met artikel 1 EP en het hof Amsterdam in 2018 kwam tot hetzelfde resultaat.<sup>86</sup> Bij de parlementaire behandeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek werden door de toenmalige Minister van Justitie ook de andere wettelijke rechten niet in strijd met het EVRM geacht.<sup>87</sup> Voor zowel de legitieme portie als de andere wettelijke rechten wordt aangedragen dat het binnen de beoordelingsvrijheid van de lidstaten valt om dergelijke grenzen aan de testeervrijheid te stellen ten behoeve van het algemeen belang.<sup>88</sup>

Voor dit onderzoek is voornamelijk de beperking op de testeervrijheid ten behoeve van derden – en in het bijzonder kinderen – relevant. De legitieme portie vormt een inbreuk op de testeervrijheid die wordt gerechtvaardigd vanuit de gedachte van familie-eigendom. Het ontstaan en de ontwikkeling van deze beperking op de testeervrijheid komt in de volgende subparagrafen aan de orde. De verzorgingsgedachte wordt genoemd als rechtvaardiging voor de begrenzing van de testeervrijheid door de andere wettelijke rechten ten behoeve van de kinderen en de echtgenoot van de erflater. Dit wordt in paragraaf 6.4 besproken. De beperkingen op de testeervrijheid in formele zin die de rechtszekerheid dienen, komen in paragraaf 6.5 nader aan bod.

### 6.3.2 Ontwikkeling van de legitieme portie als beperking op de testeervrijheid tot aan het Burgerlijk Wetboek

In de vroege Romeinse tijd kende men absolute testeervrijheid.<sup>89</sup> De testateur had de volledige vrijheid om bij leven te beslissen wat er met zijn vermogen moest gebeuren na zijn overlijden zonder dat hij hierin door de wet werd beperkt. Deze absolute vrijheid paste in het beeld van de machtige *pater familias* die als hoofd van de *familia* naar eigen voorkeur over zijn eigen vermogen kon beschikken.<sup>90</sup> Hij kon hiermee afwijken van het versterferrecht, waardoor het versterferrecht aan belang inboette. Onder de Romeinen was het gebruikelijk om een uiterste wilsbeschikking op te maken en het versterferrecht was slechts van toepassing als iemand zonder uiterste wilsbeschikking overleed. Het testamentaire erfrecht en het versterferrecht konden niet tegelijkertijd

---

86 *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, nr. 12, p. 43; Hof Amsterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2246. Zie ook HR 14 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:262, *RvdW* 2020/262 (afgedaan op grond van art. 81 Ro).

87 *Kamerstukken I* 1998/99, 17141, nr. 120a, p. 5-6.

88 Van Mourik e.a. 2020, par. X.1.6; Asser/Perrick 4 2021/299a. Ook in de Marckx-uitspraak oordeelt het EHRM dat het een lidstaat vrij staat een beperking te stellen aan het eigendomsrecht als daarmee een algemeen belang wordt gediend, par. 63 en 64.

89 Van Oven 1951, p. 14; Asser/Perrick 4 2021/296.

90 De absolute testeervrijheid was vastgelegd in de Wet der XII tafelen: 'zoals iemand over zijn vermogen en familie beschikt zal het rechtens zijn', Van Oven 1951, p. 14; Kaser/Wubbe 1971, p. 321; Feenstra 1994, p. 269; Nève 1995, p. 9; Draaisma 2001, p. 92-93; Asser/Perrick 4 2021/296; Lokin/Brandsma 2022, p. 537.

toepassing vinden. Een uiterste wilsbeschikking moest de gehele nalatenschap betreffen en moest een erfstelling bevatten.<sup>91</sup> De absolute vrijheid leidde ertoe dat buitenstaanders tot erfgenamen werden benoemd en eigen kinderen niet alleen werden onterfd als zij zich hadden misdragen, maar ook zonder opgaaf van reden. Daardoor ontstond de gedachte dat de familie in ieder geval een deel van de nalatenschap moest erven. De onterving van familieleden die eerst onder de macht van de *pater familias* vielen, paste immers niet binnen het concept van familie-eigendom dat eerder bestond. De testeervrijheid werd met deze gedachte in het hoofd steeds verder beperkt.<sup>92</sup>

De oudste maatregelen betroffen vormvoorschriften. De testateur kon bijvoorbeeld de oudste zoon slechts expliciet onterven in een uiterste wilsbeschikking.<sup>93</sup> Later ontstond mede onder invloed van de praetor de *querela inofficiosi testamenti*: een rechtsmiddel voor naaste verwanten als de uiterste wilsbeschikking onvoldoende rekening met hen hield. Descendenten, ascendenten en soms ook broers en zussen konden bezwaar aantekenen tegen een testament dat als onbehoorlijk werd bestempeld doordat zij te weinig erfden. Dit werd ingevoerd tegen de achtergrond dat de erflater een morele plicht had om iedereen met wie hij van nature is verbonden niet zonder meer te onterven. De *querela inofficiosi testamenti* werd gezien als voorloper van de legitieme portie.<sup>94</sup>

Veel later dan in het Romeinse recht ontstond het testament in het Germaanse en oudvaderlandse recht. Door de grote rol die de familie in economisch en politiek opzicht speelde bij de Germanen, bleef het gemeenschappelijke eigendom veel langer bestaan. De gedachte dat de grond door familie was bebouwd en derhalve in de familie moest blijven, zorgde ervoor dat bij de ontwikkeling van het erfrecht het versterkerrecht voorop stond.<sup>95</sup> Het testament ontstond door de opbloei van de economie, politiek en cultuur en met name in het canonieke recht. Daarvoor bestonden twee redenen. Ten eerste wenste de kerk niet dat de nalatenschap van een geestelijke bij een niet-geestelijke terecht zou komen.<sup>96</sup> Ten tweede profiteerde de kerk van het populairder worden van het testament bij de bevolking door de daarin opgenomen bevoor-

---

91 Van Oven 1951, p. 9; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 233; Asser/Perrick 4 2021/296.

92 Van Helten 1902, p. 2; Kaser/Wubbe 1971, p. 321, 331 en 341-342; Feenstra 1994, p. 269; Nève 1995, p. 9; Draaisma 2001, p. 92.

93 Van Oven 1964, p. 92-93; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 233; Draaisma 2001, p. 91-92.

94 Van Helten 1902, p. 9-12; Van Oven 1964, p. 93; Kaser/Wubbe 1971, p. 345; Huijgen 2000, p. 89; Van Mourik e.a. 2020, par. X.1.4; Asser/Perrick 4 2021/296.

95 Van Oven 1951, p. 24; Pitlo 1954, p. 17; Draaisma 2001, p. 115-116; Verstappen 2002, p. 53; Roes 2006, p. 120; Asser/Perrick 4 2021/5.

96 De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 225.

delingen aan de kerk.<sup>97</sup> De opkomst van het testament deed het familievermogen echter niet geheel teniet, omdat de testeervrijheid nooit absoluut was, maar werd beperkt ten behoeve van de familie. Zo kon in het testament geen erfstelling worden opgenomen, want naar Germaanse opvattingen had alleen de familie recht op de nalatenschap. Het testament bestond voornamelijk uit legaten en werd complementair aan het versterferrecht toegepast. Daarnaast was de rol van de familie terug te zien in de verboden makingen. Veel gewesten kenden het *naastingsrecht* of het *Beispruchsrecht*.<sup>98</sup> Beide vormden een beperking op de testeervrijheid ten aanzien van onroerend goed ten gunste van familieleden. Later had de testateur slechts ten aanzien van een gedeelte van de nalatenschap testeervrijheid. Over het resterende gedeelte kon de testateur niet vrij beschikken; dat gedeelte van de nalatenschap werd gereserveerd voor familieleden (*réserve*).<sup>99</sup> De *réserve* in het Germaanse recht was vergelijkbaar met de legitieme portie in het Romeinse recht. Beide hadden hetzelfde resultaat, maar de gedachte die eraan ten grondslag lag verschilde fundamenteel. In het Germaanse recht werd een deel van de nalatenschap gereserveerd voor de familie, vanuit de gedachte dat de familie als enige recht had op het (eerdere gemeenschappelijke) vermogen. Aan de Romeinse legitieme portie lag het plichtsbesef van de erflater ten grondslag, ofwel een morele plicht om zijn naaste verwanten niet geheel te onterven. Door de Romeinen werd dit het *officium pietatis* genoemd.<sup>100</sup> De testeervrijheid en de legitieme portie ontwikkelden zich verder. Verschillende combinaties van de Germaanse variant en de Romeinse variant zijn in het oudvaderlandse recht terug te vinden.<sup>101</sup>

De Code Civil vormde uiteindelijk ook een mengeling van het op het Germaanse recht gebaseerde gewoonterecht en het in de receptie opnieuw opgekomen Romeinse recht.<sup>102</sup> De testeervrijheid was zeer beperkt en erfstellingen werden niet toegelaten in een testament, waaruit duidelijk de invloed van het Germaanse recht bleek. Descendenten en ascendenten hadden recht op een *réserve*. De wet verdeelde de nalatenschap in twee delen: een beschikbaar deel en een voor de kinderen gereserveerd deel. De *réserve* kende zowel Germaanse als Romeinse karaktereigenschappen. In overeenstemming met de naam en naar Germaans gebruik werd voor de begunstigden een gedeelte

97 Fischer 1951, p. 27-34; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 233; Nève 1995, p. 11. De voorloper van dit testament was de *affatomie*. Een rechtsmiddel waarmee goederen worden afgegeven aan een vertrouwenspersoon die het na het overlijden doorgeeft aan de begunstigde, zie onder meer Asser/Perrick 4 2021/131; Fischer 1951, p. 24-26.

98 Draaisma 2001, p. 115; Roes 2006, p. 124-125.

99 Fischer 1951, 23-24; Nève 1995, p. 11; Draaisma 2001, p. 115; Roes 2006, p. 124-125; Sirks, *AA* 2013/0868, p. 871.

100 Zie onder meer Van Mourik, *NJB* 1982/1, p. 3; Huijgen 2000, p. 89; Van Es 2019, par. 4.2.

101 Zie hierover onder meer Roes 2006, p. 118-134; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 224-246.

102 Pitlo 1954, p. 19.

van de nalatenschap gereserveerd. Overeenkomstig het Romeinse recht kregen de begunstigden een aanspraak op goederen.<sup>103</sup>

### 6.3.3 De legitieme portie als beperking op de testeervrijheid in het Burgerlijk Wetboek van 1838

Waar het oude Burgerlijk Wetboek voor het versterkerrecht grotendeels is verder gegaan op de basis van de Code Civil, week het daar voor wat betreft het testamentair erfrecht meer vanaf. Uiteraard was de testeervrijheid nog steeds het uitgangspunt, maar de wijze waarop over de nalatenschap kon worden beschikt en de vormgeving van de legitieme portie als beperking op de testeervrijheid verschilden aanzienlijk van de Code Civil.<sup>104</sup> De grootste wijziging was waarschijnlijk wel de mogelijkheid om in een testament erfstellingen op te nemen. Ook de legitieme portie in het oude Burgerlijk Wetboek was aanzienlijk gewijzigd ten opzichte van de Code Civil. In de Code Civil was de wettelijke bepaling negatief geformuleerd en werd een deel van de nalatenschap voor de legitimarissen gezamenlijk gereserveerd.<sup>105</sup> Op grond van artikel 961 BW (oud) werd daarentegen aan iedere legitimaris een afzonderlijk wettelijk erfdeel toegekend. Overleed de erflater met achterlating van één afstammeling, dan bedroeg het wettelijk deel de helft van hetgeen het kind zou hebben gehad als het wettelijk erfrecht van toepassing was geweest. Dit deel werd verhoogd tot 2/3<sup>e</sup> als de erflater twee kinderen achterliet en tot 3/4<sup>e</sup> als de erflater drie of meer kinderen achterliet.

Door het gewijzigde rechtskarakter van de legitieme portie werd geregeld de vraag gesteld of de achtergrond van de legitieme portie in het Romeinse recht of het Germaanse recht te vinden is. De legitieme portie zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek van 1838 had immers zowel Romeinse als Germaanse kenmerken. Vergelijkbaar met het Germaanse recht werd de legitimaris erfgenaam, maar de legitimaris had ook recht op goederen, wat weer te herleiden was naar het Romeinse recht.<sup>106</sup> De doelstelling van de legitieme portie stond bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 ook niet ter discussie. De erflater had een grote testeervrijheid die hij kon gebruiken of zelfs misbruiken om anderen dan zijn naaste verwanten te bevoordelen en de wetgever vond dat deze naaste verwanten daartegen moesten worden beschermd.<sup>107</sup>

---

103 Van Helten 1902, p. 56-59; Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 7 en 141-143; Pitlo 1954, p. 18-20; Willikens 2001, p. 44-60.

104 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 69-72.

105 Van Helten 1902, p. 140; Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 69-72; Pitlo 1954, p. 11-19; Greuter-Vreeburg 1987, p. 75-77; Draaisma 2001, p. 75; *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1709

106 Asser/Meijers *IV Erfrecht* 1915, p. 143.

107 Daarnaast worden als doelen genoemd: de onderhoudsplicht jegens het kind die rust op de ouder en de nauwe band tussen de ouder en het kind. Greuter-Vreeburg 1987, p. 77; Heuff, *WPNR* 1995/6206, p. 870.

In de jaren tachtig van de vorige eeuw werden steeds vaker vraagtekens gezet bij de legitieme portie van ascendenten.<sup>108</sup> De gedachte van familie-eigendom die ten grondslag lag aan de legitieme portie zou niet langer het wettelijk erfdeel van de ascendenten rechtvaardigen. De familieverhoudingen in de maatschappij waren gewijzigd. Door ascendenten werd nauwelijks aanspraak gemaakt op de legitieme portie, enerzijds omdat zij gewoonlijk eerder overleden en anderzijds omdat de kinderen doorgaans geen groot vermogen hadden waar de ouders aanspraak op konden maken. De van oudsher ten grondslag liggende gedachte dat het familievermogen bij de ouders terecht moest komen, zou achterhaald zijn als de erflater overleed zonder achterlating van afstammelingen en een echtgenoot. Dit leidde tot de afschaffing van de legitieme portie van ascendenten in 1996.<sup>109</sup> Deze wijziging leidde tot meer testeervrijheid en daarmee boette de gedachte van bloedverwantschap en de familieband flink in. De wijziging had onder meer tot gevolg dat de nalatenschap volledig naar de ongehuwde partner van de erflater kon gaan als deze overleed zonder afstammelingen na te laten.

#### 6.3.4 De legitieme portie als beperking op de testeervrijheid in het Burgerlijk Wetboek van 2003

In aanloop naar het nieuwe Burgerlijk Wetboek van 2003 kwam vervolgens ook de legitieme portie van de afstammelingen van de erflater onder druk te staan. Dit werd ten tijde van de afschaffing van de legitieme portie van ascendenten nog een stap te ver bevonden.<sup>110</sup> Steeds vaker kwamen de vragen op of de legitieme portie nog wel een gerechtvaardigde inbreuk op de testeervrijheid van de erflater vormde en of de legitieme portie nog steeds een recht op goederen moest inhouden of dat de legitimaris slechts een vorderingsrecht moest toekomen. De discussie werd gevoed door de veranderingen in de samenleving. In die periode veranderde de positie van het kind binnen het gezin. Zo profiteerde het kind meer bij leven van het vermogen van de ouders door onder meer het volgen van een goede opleiding. Door de hogere levensverwachting kwam de nalatenschap van de ouders doorgaans op een latere leeftijd aan de afstammelingen toe. De kinderen konden dus beter voor zichzelf

---

108 Pitlo 1954, p. 66; Brinkhoff, *WPNR* 1960/4630, p. 231-233; Heuff, *WPNR* 1995/6206, p. 870-873.

109 Wet van 16 november 1995, *Stb.* 561. De legitieme portie voor ascendenten werd eerder al afgeschaft in de Franse tijd, maar werd opnieuw ingevoerd in de Code Civil. Zie ook *Kamerstukken II* 1994/95, 24237, nr. 3; *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 341-342.

110 *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 341-342.

zorgen en de erfenis van de ouders was minder belangrijk geworden waardoor de roep om testeervrijheid luider werd.<sup>111</sup>

De voorstanders van de legitieme portie bleven zich echter beroepen op de historische achtergrond: afstammelingen zouden recht hebben op een deel van het vermogen van hun ouders. Daarnaast werden ook twee andere gronden voor de legitieme portie genoemd, omdat vaker werd bepleit dat door de genoemde maatschappelijke ontwikkelingen geen grote betekenis meer toekomt aan het recht van afstammelingen op familiegoederen. In de eerste plaats werd genoemd de onderhoudsplicht die de ouders jegens hun kinderen hebben. Als verlenging van de onderhoudsplicht die een ouder bij leven had, zou de erflater ook zijn gehouden zijn afstammelingen verzorgd achter te laten na zijn overlijden. Door de toename van het aantal echtscheidingen en daarmee ook het aantal stiefoudergezinnen, werd de legitieme portie in de tweede plaats ook gezien als bescherming van de kinderen tegen de tweede of zelfs derde echtgenoot van een ouder.<sup>112</sup>

Bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 2003 bleef de legitieme portie weliswaar behouden, maar wel in een sterk uitgekledde vorm. Hiermee is de testeervrijheid van de erflater aanzienlijk groter geworden. Legitimarissen hebben niet langer als erfgenaam recht op goederen, maar zij worden schuldeiser van de nalatenschap.<sup>113</sup> De legitieme portie behelst een vorderingsrecht jegens de gezamenlijke erfgenamen of jegens de langstlevende echtgenoot. In dit laatste geval is de wettelijke verdeling van artikel 4:13 BW van toepassing. Het vorderingsrecht van de legitimaris is dan in beginsel eerst opeisbaar bij het overlijden dan wel het faillissement van de echtgenoot van de erflater.<sup>114</sup> Dit kan de erflater bij testament ook doen gelden voor zijn ongehuwde partner.<sup>115</sup> Indien de wettelijke verdeling niet van toepassing is, dan is het vorderingsrecht van de legitimaris pas na zes maanden na het overlijden van de erflater opeisbaar.<sup>116</sup> Ondanks de genoemde bezwaren werd bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek geen aanleiding gevonden om de legitieme portie af te schaffen. De bezwaren vormden voor de toenmalige Minister van Justitie slechts een aanleiding voor de wijziging ervan. De legitieme portie zou nog steeds overeenstemmen met het rechtsbewustzijn van het Nederlandse volk en een nuttige en maatschappelijk verantwoorde

---

111 De Regt, *AST* 1991/2, p. 74-75; Van Mourik, *WPNR* 1992/6018, p. 621; Huijgen 2002, p. 67-68; Luitjen 2002, p. 50; *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1805; Puelinckx-Coene, *WPNR* 2003/6516, p. 28-30; Bauduin 2014, par. I.1.3.3.4.

112 *Kamerstukken I* 1968/69, 3771, nr. 133; *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 341-346; Meijers 1954b, p. 338; Hermans & Soons 1974, p. 130; Mellema-Kranenburg 1988, p. 20; Mellema-Kranenburg, *WPNR* 1992/6031, p. 15-16; Lansu, *TE* 2002/6, p. 78; Verstappen 2002, p. 53; Bauduin 2014, par. I.1.3.3.4; Van Es, *WPNR* 2021/7334, p. 573-576.

113 Asser/Perrick 4 2021/298; Van Es, *WPNR* 2021/7334, p. 570-573.

114 Art. 4:79 jo. 4:81 lid 2 BW; Van Es, *WPNR* 2021/7334, p. 570-571.

115 Mits hij met zijn partner een gemeenschappelijke huishouding voert en een samenlevingsovereenkomst bij notariële akte is aangegaan, art. 4:82 BW.

116 Art. 4:79 jo. 4:81 lid 1 BW.

functie vervullen. Afschaffing zou ook leiden tot meer ongelijkheid tussen de kinderen.<sup>117</sup> Er was veel aandacht voor de positie van de langstlevende echtgenoot. Het ongestoorde voortleven van de echtgenoot kon immers door het inroepen van de legitieme portie niet altijd worden gewaarborgd.<sup>118</sup>

Met het handhaven van de legitieme portie in het nieuwe Boek 4 (erfrecht) van het Burgerlijk Wetboek in 2003 is er evenwel geen punt gezet achter de discussie omtrent de wenselijkheid. Een blik op de juridische tijdschriften maakt duidelijk dat er nog altijd een debat over wordt gevoerd.<sup>119</sup> De voorstanders van de legitieme portie dragen behalve historische argumenten ook aan dat de legitieme portie een gelijke behandeling van de kinderen, de eenheid van het gezin en de gezinsvrede bevordert. Daarnaast worden de kinderen beschermd tegen de beïnvloeding van de erflater door derden en sluit de legitieme portie in Nederland aan op de handhaving ervan in andere landen zoals Duitsland en België. De tegenstanders baseren zich voornamelijk op de veranderde samenleving waarin de individualisering is toegenomen en de familieband minder belangrijk is geworden, onder meer door economische zelfstandigheid en de toename van overheidsvoorzieningen. Daarnaast zou de regeling van de legitieme portie te complex zijn. Door de wijzigingen in 2003 zou de effectiviteit van de legitieme portie te verwaarlozen zijn en kan er beter op andere manieren aan de verzorgingsplicht jegens de kinderen worden voldaan, zoals bijvoorbeeld door de veelal genoemde som ineens. De vraag is dan ook hoe lang het recht van afstammelingen op familie-eigendom een inbreuk op de testeervrijheid in de huidige maatschappij blijft rechtvaardigen. De Minister voor Rechtsbescherming heeft in maart 2023 opdracht gegeven onderzoek te doen naar de wenselijkheid van het behouden van de legitieme portie.<sup>120</sup>

---

117 *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 365-367; *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1807-1812.

118 Over het ongestoord voortleven van de langstlevende meer in par. 6.4.

119 Zie onder meer Ter Haar, *WPNR* 2009/6788, p. 180-187; Wittkampf, *TvAR* 2015/5, p. 266-270; Kolkman, *WPNR* 2019/7260, p. 803-805; Van Es, *WPNR* 2021/7334, p. 570-577; Kwantes, *WPNR* 2021/7329, p. 465-467; Ter Haar, *TE* 2021/2, p. 23-29; Mellema-Kranenburg, *TE* 2021/6, p. 100-104; Beuker 2023, par. 8.2.4.4. Zie ook het *Rapport Legitieme portie* 2020. Zie ook de discussie over de uitholling van de legitieme portie naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad over de ongelijke breukdelen in een huwelijksgemeenschap, HR 16 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:239, NJ 2024/111, m.nt. L.C.A. Verstappen, waarover Albert, *WFR* 2024/109, p. 7; Blokland, *JBN* 2024/21, p. 8; B.M.E.M. Schols, *FBN* 2024/7, p. 7.

120 *Kamerstukken II* 2022/23, 33836, nr. 82, p. 27. Het onderzoek wordt uitgevoerd door het Notarieel Instituut van de Rijksuniversiteit Groningen in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Datacentrum (WODC projectnummer 3462). Eerder zag de Minister voor Rechtsbescherming nog geen dringende en breed gedragen noodzaak om de legitieme portie te wijzigen of af te schaffen, *Kamerstukken II* 2021/22, 33836, nr. 76, p. 5.

## 6.4 VERZORGINGSGEDACHTE

### 6.4.1 Ontwikkeling van de verzorgingsgedachte in het Burgerlijk Wetboek van 1838

Het verzorgd achterlaten van de langstlevende werd lange tijd niet als een functie van het erfrecht gezien: '*erfrecht is bloedrecht*'.<sup>121</sup> De langstlevende werd beschermd door andere aanspraken, onder meer in het huwelijksvermogensrecht.<sup>122</sup> Vanaf 1923 kreeg de langstlevende echtgenoot een versterferfdeel en later kwam ook de gedachte op dat de langstlevende door middel van het erfrecht verzorgd moest worden achtergelaten. Het draaide dan niet zo zeer om de verzorging in de zin van levensonderhoud, maar om de verzorgingsbehoefte van de echtgenoot om de goederen van de nalatenschap te kunnen blijven gebruiken en ongestoord te kunnen voortleven zoals deze dat tijdens het huwelijk deed. De langstlevende kon echter doorgaans niet in de woning blijven wonen als de kinderen hun erfdeel opeisten, zodat het risico bestond dat goederen te gelde moesten worden gemaakt. Alhoewel dit onderzoek ziet op de positie van het kind, wordt in deze paragraaf gekeken naar de positie van de langstlevende echtgenoot in het erfrecht, vanwege de wisselwerking tussen de erfrechtelijke posities van de echtgenoot en het kind.

In 1945 vond de verzorgingsgedachte officieel een plek in het erfrecht. De verplichting van de erflater om de langstlevende verzorgd achter te laten werd door de Hoge Raad in het bekende arrest *De Visser/Harms* erkend als een natuurlijke verbintenis.<sup>123</sup> Dit arrest werd gewezen in een tijd waarin het aantal echtscheidingen en het aantal sociale overheidsvoorzieningen toenamen. Dit kan tegenstrijdig worden bevonden. Het ging echter, zoals gezegd, bij het verzorgd achterlaten niet zozeer om een aanspraak in geld, maar meer op het kunnen *blijven* gebruiken van de goederen van de erflater.<sup>124</sup> Het arrest uit 1945 vormde een basis voor het gebruik van ouderlijke boedelverdelingen in testamenten. Op grond van artikel 1167 BW (oud) kon de erflater bij testament bij voorbaat een verdeling van de goederen van zijn nalatenschap maken. Doorgaans werden de goederen aan de langstlevende toebedeeld onder de verplichting de schulden te voldoen. De kinderen kregen een niet-opeisbare vordering jegens de langstlevende wegens onderbedeling. Doordat met de

---

121 Roes, *WPNR* 2003/6516, p. 14.

122 Roes 2006, par. 5.1; Van Es 2019, par. 1.1; Asser/Perrick 4 2021/7.

123 HR 30 november 1945, ECLI:NL:HR:1945:14, NJ 1946/62 (*De Visser/Harms*). Zie hierover onder meer Klaassen, *WPNR* 1946/3940, p. 236; Hermans & Soons 1974, p. 33-34; Meijer 1995, p. 105-109; Luijten 2002, p. 47-48; Van Mourik 2002, p. 86; Van Es 2019, par. 2.1; Asser/Perrick 4 2021/300.

124 Van der Ploeg, *WPNR* 1953/4295, p. 233; Polak, *WPNR* 1965/4871, p. 387; De Regt, *AST* 1991/2, p. 67-71; Huijgen 2000, p. 91-92; Ebben 2003, p. 25-26; Van Es 2019, par. 5.

verzorging van de langstlevende aan een natuurlijke verbintenis werd voldaan, konden legitimarissen hier niet langer een inbreuk op maken.<sup>125</sup>

#### 6.4.2 De verzorgingsgedachte in het Burgerlijk Wetboek van 2003

Onder het oude Burgerlijk Wetboek kon de langstlevende aldus verzorgd worden achtergelaten door de ouderlijke boedelverdeling. De verzorgingsgedachte begrensde de testeervrijheid niet, omdat het nog altijd aan de erflater was om in zijn *testament* de echtgenoot bepaalde aanspraken toe te kennen. In aanloop naar het nieuw Burgerlijk Wetboek stond buiten kijf dat de echtgenoot ten behoeve van zijn verzorging *wettelijk* meer moest toekomen dan slechts een versterferfdeel. De vraag hoe deze verzorgingsgedachte een plek moest krijgen, hield de gemoederen echter flink bezig. Een wettelijke aanspraak voor de langstlevende hield immers een beperking op de testeervrijheid van de erflater in en de kinderen mochten niet het zicht verliezen op hun erfdeel of meer nog: de familiegoederen. Verschillende oplossingen werden aangedragen:

- een legitieme portie voor de langstlevende in 1954 (ontwerp Meijers);<sup>126</sup>
- een legitieme portie en een som ineens voor de langstlevende in 1962;<sup>127</sup>
- een som ineens voor de langstlevende in 1965 (Vaststellingswet van 1969);<sup>128</sup>
- de langstlevende als enig erfgenaam met een uitkeringsrecht voor de kinderen in 1974 (ook wel de *voortrein van Van Agt* genoemd);<sup>129</sup>
- een wettelijk vruchtgebruik op de nalatenschapsgoederen voor de langstlevende in 1981.<sup>130</sup>

Aan alle mogelijke oplossingen kleefden nadelen en stuk voor stuk konden de ideeën rekenen op kritiek. Voor het onderwerp van dit onderzoek is de

---

125 Dit werd bevestigd in HR 12 mei 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC2476, NJ 1973/53, m.nt. K. Wiersma (*Meerzicht*). Zie over de invloed van arrest *De Visser/Harms* op de ouderlijke boedelverdeling onder meer Luijten & Rombach 1958, p. 60-65; Meijer 1995, p. 105-109; Verbeke 2002, p. 11-14; Van Es 2019, par. 3.1. Zie ook HR 21 december 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5390, NJ 1974/308, m.nt. W.M. Kleijn.

126 Meijers 1954a, p. 162-165; *Parl. Gesch. Boek 4*, p. XXIII-XXV. Meijers pleitte rond de wetswijziging van 1923 al voor een legitieme portie voor de langstlevende, Meijers, *WPNR* 1920/2616, p. 130.

127 *Kamerstukken II* 1962/63, 3771, nr. 7.

128 *Kamerstukken II* 1964/65, 3771, nr. 9.

129 *Kamerstukken II* 1973/74, 12863, nr. 2. De kinderen kregen een uitkeringsrecht bij versterf ter grootte van het versterferfdeel dat aan hen zou toekomen als de kinderen en de echtgenoot gezamenlijk en voor gelijke delen tot de nalatenschap zouden worden geroepen. Aan de echtgenoot kwam ook een som ineens toe voor zover de echtgenoot daaraan in het kader van zijn verzorging behoefte had.

130 *Kamerstukken II* 1981/82, 17141, nr. 2 en een gewijzigd ontwerp in *Kamerstukken II* 1990/91, 17141, nr. 6.

kritiek van Van Oven op de legitieme portie voor de langstlevende in het bijzonder interessant:

‘Op een uitkering tot levensonderhoud heeft iemand alleen dan recht indien hij, en zolang hij, daaraan behoefte heeft, d.w.z. als hij zich niet voldoende kan onderhouden door zijn arbeid en de opbrengst van zijn vermogen. Op een legitieme daarentegen heeft men per se recht. Anders gezegd: een legitieme geeft - om met Kisch te spreken - participatie in de nalatenschap of claim daarop voor een wettelijk vastgelegd breukdeel, een verzorgingsaanspraak daarentegen wordt niet door de wet op een bedrag vastgesteld, maar moet naar omstandigheden bepaald worden, zo nodig door de rechter.’<sup>131</sup>

Tussen de gedachte om de echtgenoot van de erflater verzorgd achter te laten en het recht op een deel van de nalatenschap van de kinderen zat volgens Van Oven een fundamenteel verschil. De kinderen hadden van oudsher (*officium pietatis* en familie-eigendom) het recht om een gedeelte van het vermogen van een ouder te erven. Als de erfrechtelijke positie van de langstlevende moest worden versterkt ten behoeve van zijn verzorging, dan moest uit de omstandigheden blijken dat hij daaraan behoefte had. Mede naar aanleiding van deze kritiek is de legitieme portie voor de langstlevende uiteindelijk geschrapt en werd aan de langstlevende een verzorgingsaanspraak toegekend in de vorm van een som ineens. Waar de legitieme portie niet het juiste middel zou zijn om aan de verzorgingsbehoefte te voldoen, zou deze som ineens wel eens niet voldoende in de verzorgingsbehoefte van de langstlevende kunnen voorzien. Zijn positie werd niet sterk genoeg bevonden en het vaststellen van de omvang van de som ineens zou tot te veel problemen leiden, zodat ook de som ineens niet de manier bleek te zijn om de verzorging van de langstlevende in de wet te verankeren.<sup>132</sup>

In het door Van Agt geïntroduceerde voorstel was de langstlevende enig erfgenaam. De kinderen kregen een uitkeringsrecht bij versterf ter grootte van het versterferfdeel dat aan hen zou toekomen als de kinderen en de echtgenoot gezamenlijk en voor gelijke delen tot de nalatenschap zouden worden geroepen.<sup>133</sup> Om aan de uit het arrest *De Visser/Harms* voortvloeiende verzorgingsplicht te voldoen, kwam aan de echtgenoot ook een som ineens toe.<sup>134</sup> Dit voorstel druiste in tegen de in die tijd nog steeds heersende opvatting dat de kinderen erfgenaam van hun ouders moesten zijn.<sup>135</sup> Daarnaast zou de opeis-

---

131 Van Oven, *WPNR* 1958/4561, p. 501. Van Oven schrijft hier ook over in *WPNR* 1958/4560, p. 489-492 en *WPNR* 1959/4598, p. 397-399.

132 Zie onder meer Van Mourik, *NJB* 1982/1, p. 3; Van Es 2019, par. 4.2.

133 Art. 884 jo. art. 891 jo. art. 892 BW in het voorstel (*Kamerstukken II* 1973/74, 12863, nr. 2, p. 1-2).

134 Art. 912 jo. art. 913 jo. art. 916 BW in het voorstel (*Kamerstukken II* 1973/74, 12863, nr. 2, p. 4).

135 Van der Ploeg, *WPNR* 1974/5266, p. 361; Van Mourik, *NJB* 1982/1, p. 4.

baarheid van de uitkeringsrechten van de kinderen (zes maanden na overlijden van de erflater) niet overeenkomen met de praktijk waarin veel ouderlijke boedelverdelingen in testamenten werden opgenomen en daarnaast zou onmogelijk de omvang van de som ineens zijn vast te stellen.<sup>136</sup>

Tot slot werd voorgesteld om de echtgenoot het vruchtgebruik van de goederen van de nalatenschap toe te kennen en – in het geval dat de erflater bij uiterste wilsbeschikking hiervan zou afwijken – enkele aanspraken ten behoeve van zijn verzorging in de wet vast te leggen. Hiermee zou in de verzorging van de langstlevende zijn voorzien, zouden de kinderen niet hun zicht verliezen op de familiegoederen en zou er in de praktijk weinig veranderen ten opzichte van de situatie van voor het overlijden van de erflater.<sup>137</sup> Deze regeling was echter erg complex en het was moeilijk vast te stellen op welke goederen het vruchtgebruik kwam te rusten. Bovendien zou de bloot eigendom van de kinderen weinig inhouden doordat de echtgenoot beschikkings- en verteringsbevoegd over de goederen zou zijn.<sup>138</sup> Ook dit voorstel kwam uiteindelijk niet in het nieuwe Burgerlijk Wetboek terecht.

Na de pleidooien van onder meer Huijgen en Van Mourik werd voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek gekozen voor een ontwerp op basis van de ouderlijke boedelverdeling, die eenvoudiger moest zijn en beter aan moest sluiten bij de wensen uit de praktijk dan het vruchtgebruikvoorstel.<sup>139</sup> Dit leidde tot de wettelijke verdeling en de andere wettelijke rechten zoals in het huidige Burgerlijk Wetboek zijn neergelegd.<sup>140</sup> Op grond van de wettelijke verdeling in afdeling 4.3.1 BW krijgt de echtgenoot van de erflater alle goederen van de nalatenschap toebedeeld en moet deze alle schulden van de nalatenschap voor zijn rekening nemen. De kinderen krijgen een vordering op de langstlevende ter waarde van het erfdeel bij versterf. Deze is eerst opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende, maar mocht er een stiefouder in beeld zijn of komen,<sup>141</sup> dan kan het kind de wilsrechten inroepen. De regeling is gericht

---

136 *Kamerstukken II* 1974/75, 12863, nr. 4, p. 6; Van der Ploeg, *WPNR* 1974/5266, p. 361-362; Hermans & Soons 1974, p. 69-71; Van Mourik, *NJB* 1982/1, p. 4; Van Es 2019, par. 4.3.

137 *Kamerstukken II* 1988/89, 17141, nr. 5, p. 4.

138 Van Mourik, *NJB* 1982/2, p. 33-46; Van Es 2019, par. 4.4. Zie Van Mourik, *NJB* 1991/31, p. 1251-1258 over het gewijzigde vruchtgebruikvoorstel.

139 Van Mourik, *NJB* 1982/2, p. 45; Huijgen, *WPNR* 1990/5948, p. 93-96; Van Mourik, *NJB* 1991/31, p. 1258. Zie ook Van Es 2019, par. 4.4.

140 *Kamerstukken II* 1995/96, 24665, nr. 1; *Kamerstukken II* 1996/97, 17141, nr. 21; *Kamerstukken II* 1999/2000, 27021, nr. 2; *Kamerstukken II* 2000/01, 27021, nr. 6.

141 Een stiefouder kan direct in beeld zijn als de ouder bijvoorbeeld is hertrouwd met een stiefouder en ten tijde van dit huwelijk komt te overlijden (art. 4:21 BW). Wanneer de ouders van het kind gehuwd zijn en een van beide komt ten tijde van het huwelijk te overlijden, dan is in eerste instantie nog geen sprake van stieffamiliegevaar. Pas als de ouder voornemens is te hertrouwen, komt een stiefouder in beeld en heeft het kind recht op een van de wilsrechten (art. 4:19 BW).

op het ongestoord voortleven van de langstlevende. Het oude leefpatroon van tijdens het huwelijk moet kunnen worden voortgezet.<sup>142</sup>

Daarnaast worden in afdeling 4.3.2 BW drie wettelijke verzorgingsaanspraken toegekend aan de langstlevende: recht op voortgezet gebruik van woning en inboedel (artikel 4:28 BW), recht op vestiging van vruchtgebruik op woning en inboedel (artikel 4:29 BW) en recht op vestiging van vruchtgebruik op andere goederen (artikel 4:30 BW).<sup>143</sup> In eerdere voorstellen voor het nieuwe erfrecht werd zoals gezegd een som ineens toegekend aan de echtgenoot. Daarvoor is in dit voorstel bewust niet gekozen omdat de omvang daarvan moeilijk is te schatten en het een risico meebrengt dat er goederen te gelde moeten worden gemaakt. Het verzorgingsvruchtgebruik heeft als voordeel dat de goederen kunnen worden behouden en dat het voorziet in de verzorging waar de langstlevende meestal behoefte aan heeft.<sup>144</sup> De wetgever heeft als vuistregel gesteld dat de langstlevende doorgaans behoefte heeft om in de woning te kunnen blijven wonen en de inboedel te kunnen blijven gebruiken zodat de verzorgingsbehoefte niet hoeft te worden aangetoond voor het vestigen van het vruchtgebruik van artikel 4:29 BW. Aangezien een langstlevende minder snel behoefte zal hebben aan het vruchtgebruik van andere goederen, is daarvoor wel vereist dat de verzorgingsbehoefte wordt vastgesteld.<sup>145</sup>

In de parlementaire geschiedenis is uitgebreid het verschil tussen de afdelingen 4.3.1 en 4.3.2 BW aan bod gekomen. De wettelijke verdeling ziet op het ongestoord voortleven van de langstlevende. Dit gaat verder dan het verzorgingsrecht dat is vastgelegd in de andere wettelijke rechten, maar beoogt aan te sluiten bij de testamentaire praktijk onder het oude recht. De erflater heeft de mogelijkheid om hiervan bij uiterste wilsbeschikking af te wijken. Bij de andere wettelijke rechten heeft de erflater deze mogelijkheid niet. Deze regels zijn van dwingend recht. Het gaat hierbij om het bieden van een passende voorziening als onvoldoende in de verzorging van de langstlevende is voorzien. De verzorgingsgedachte zoals deze is ontwikkeld sinds het arrest *De Visser/Harms* is hiervoor de basis geweest en geeft het minimale niveau van verzorging aan waartoe de erflater jegens zijn echtgenoot verplicht is. Deze wederzijdse verzorgingsplicht van de echtgenoten jegens elkaar vormt de rechtvaardiging voor de begrenzing van de testeervrijheid.<sup>146</sup>

---

142 *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1398 en 1492.

143 Vgl. de andere wettelijke rechten uit het vruchtgebruikontwerp, *Kamerstukken II 1981/82*, 17141, nr. 2. Ook de kinderen hebben ten behoeve van hun verzorging enkele aanspraken, waarover meer in par. 6.4.2.

144 *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1670-1680.

145 *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1670-1680.

146 *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1398-1446, 1670-1680 en 1710-1712. Zie ook Perrick, *TPR* 1994, p. 1885-1923; Coene, *TPR* 1994, p. 1925-1965; Lansu, *TE* 2002/6, p. 78; Van Mourik, *WPNR* 2003/6516, p. 9; Van Es 2019, par. 26. Betoogd werd dat de verplichting om de echtgenoot na overlijden verzorgd achter te laten voortvloeit uit art. 1:81 BW. Hieruit volgt voor echtgenoten een wederzijdse plicht om binnen het huwelijk voor elkaar te zorgen en elkaar het nodige te verschaffen. Dit is in de jurisprudentie nooit aangenomen. Nu sinds 2003

## 6.5 RECHTSZEKERHEID

### 6.5.1 Rechtszekerheid als fundamenteel rechtsbeginsel

De rechtszekerheid is een veel aangedragen argument als het om wetgeving gaat. Het wordt gezien als een fundamenteel beginsel van het recht en één van de doeleinden van codificatie.<sup>147</sup> In alle rechtsgebieden komt het naar voren als een beginsel waar veel gewicht aan wordt toegekend. Om een aantal voorbeelden te noemen. In het bestuursrecht kunnen voorschriften slechts worden gewijzigd als bestaande rechten worden gerespecteerd of als er is voorzien in overgangsrecht.<sup>148</sup> In het strafrecht dient iedere burger te weten wat strafbaar is en wat niet. Strafrechtelijke bepalingen kunnen niet met terugwerkende kracht worden ingevoerd.<sup>149</sup> Het heffen van belastingen door de overheid maakt een inbreuk op het eigendomsrecht van de burger en dient derhalve degelijk te zijn onderbouwd met een wettelijke grondslag.<sup>150</sup> In de verhouding tussen de overheid en de burger ziet de rechtszekerheid met name op het voorkomen van willekeur van de overheid. Ook in het privaatrecht is rechtszekerheid een belangrijk uitgangspunt. Contracterende partijen moeten op hun gemaakte afspraken kunnen vertrouwen. Zo kan eenieder een geldigheidsduur aan een onherroepelijk aanbod verbinden zodat hij niet tot in lengte van dagen aan het aanbod kan worden gehouden.<sup>151</sup> Een definitie van het begrip rechtszekerheid wordt echter nauwelijks gegeven. Steeds worden verschillende aspecten van het rechtszekerheidsbeginsel aangehaald, waarvan de duidelijkheid over de rechtspositie waarschijnlijk een van de belangrijkste is. Verder worden de voorspelbaarheid, bestendigheid, tijdigheid en kenbaarheid als enkele aspecten van het beginsel gezien.<sup>152</sup> Oldenzien ziet de duidelijkheid over rechtsposities als de kern van het rechtszekerheidsbeginsel. Het gevolg van deze duidelijkheid is de voorspelbaarheid van het recht en de

---

het erfrecht verscheidene verzorgingsaanspraken aan de langstlevende echtgenoot toekent, is de discussie stilgevallen. Zie HR 20 juni 1963, ECLI:NL:HR:1963:58, NJ 1964/452, m.nt. J.H. Beekhuis; HR 25 juni 1971, ECLI:NL:HR:1971:AC5134, NJ 1972/58, m.nt. D.J. Veegens; *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 1687-1694; Asser/Perrick 6 1996/194a; Van Es 2019, par. 2.2.

147 *Kamerstukken II* 1964/65, 3771, nr. 8, p. 2; Asser/Scholten *Algemeen deel\** 1974, par. 19; Asser/Vranken *Algemeen deel\*\** 1995/132; Oldenzien 1998, p. 43-45; Jansen 2017, par. 18.2; Van Mourik 2017, p. 338-341.

148 Koetser & Pront-van Bommel 2009, par. 1.4.6; Addink 2020, par. 3 en 5.

149 Loth, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009/38, p. 18; Altena-Davidsen 2016, par. 2.3.2.

150 Poelmann, in: *Cursus Belastingrecht FBR.4.1.0.A* (online, bijgewerkt 13 januari 2024).

151 Art. 6:219 jo. 6:221 BW; Asser/Sieburgh 6-III 2022/173.

152 Wolters 2013, par. 6.4.1; Asser/Vranken *Algemeen deel\*\*\*\** 2014/47; Nuninga 2022, par. 1.2.2. Zie voor een meer filosofische benadering van het begrip rechtszekerheid: Abas 1972, p. 6-9; Pels Rijcken 1979, p. 311-318; H. Drion 1981, p. 1-13; Loth, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2009/38, p. 17-26.

andere aspecten dienen als voorwaarden voor het bereiken van rechtszekerheid.<sup>153</sup>

De aanvullende of derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en open normen dragen volgens velen niet bij aan de rechtszekerheid. De rechtsbescherming wordt hiermee echter wel gediend. De aanvullende of beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen tot een ander resultaat leiden als strikte toepassing van de wet niet leidt tot bescherming van de door de wet beoogde belangen. Open normen geven de ruimte om in specifieke gevallen de omstandigheden van het geval mee te nemen om de door de wet beoogde belangen te beschermen.<sup>154</sup> Nuninga bepleit in zijn dissertatie dat open normen niet altijd afdoen aan de rechtszekerheid. Aan de rechtszekerheid zou een enge en ruime betekenis kunnen worden gegeven. Wordt met rechtszekerheid slechts bedoeld op de duidelijkheid van het recht en de voorspelbaarheid van de uitkomst, dan wordt daarmee een enge betekenis aan het beginsel gegeven. Rechtszekerheid in ruime zin behelst volgens hem echter niet slechts een duidelijke uitkomst, maar rechtszekerheid is er ook als duidelijk is welke elementen in de discussie worden betrokken en welke gezichtspunten tegen elkaar worden afgewogen.<sup>155</sup>

## 6.5.2 Rechtszekerheid in het erfrecht

Ook in het erfrecht is rechtszekerheid een belangrijk beginsel. Er wordt veel waarde aan gehecht omdat het erfrecht eerst relevant wordt als degene wiens vermogen wordt verdeeld is overleden. Hij kan dan niet meer toelichten door wie hij zijn vermogen graag verkregen ziet worden. De wil van de erflater moet derhalve duidelijk worden opgeschreven en worden gevolgd. Als de erflater niet zelf zijn wil heeft opgeschreven, dan moet hij ervanuit kunnen gaan dat het vermogen wordt verkregen overeenkomstig het recht zoals hij dat kende.

In het verleden werd de rechtszekerheid voornamelijk gewaarborgd door de aan de testamenten gestelde vormvereisten. Het Romeinse recht kende twee vormen van testamenten: het mondelinge of het schriftelijke. Bij beide vormen moesten getuigen aanwezig zijn en bij het schriftelijke testament moesten zij het ook ondertekenen.<sup>156</sup> In het Germaanse recht werd het testament door een notaris in de kerk gemaakt. Niet alleen vanwege het feit dat de opkomst van het testament in het canonieke recht was gelegen, maar temeer omdat

---

153 Oldenziel 1998, p. 11-29.

154 Asser/Scholten *Algemeen deel*\* 1974, par. 19; Oldenziel 1998, p. 66-75; Wolters 2013, par. 6.4.1; C.E. Drion, *NJB* 2017/1979.

155 Nuninga 2022, par. 1.2.2 en 5.3.1.2.

156 Van Oven 1948, p. 530-533; Meijers 1951, p. 51-65; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 234-235; Asser/Perrick 4 2021/131 en 401-403.

de notaris gewoonlijk een geestelijke was. In die tijd waren immers voornamelijk de geestelijken onderwezen.<sup>157</sup> In het oudvaderlandse recht kende men voornamelijk het testament dat bij de notaris moest worden opgemaakt.<sup>158</sup> In de Code Civil werden drie vormen van testaments toegelaten: het publieke testament, het geheime of mystieke testament en het holografisch testament. Bij de eerste twee vormen waren de notaris en enkele getuigen betrokken, maar voor het laatste testament was slechts vereist dat de erflater het zelf had geschreven, ondertekend en gedagtekend. In het oud Burgerlijk Wetboek werden de eerste twee vormen van het testament uit de Code Civil overgenomen; het holografisch testament was niet langer mogelijk.<sup>159</sup>

In het huidige recht zijn ook vormvereisten aan het testament gesteld en worden slechts de in de wet neergelegde vormen van uiterste wilsbeschikkingen toegelaten. De betrokkenheid van de notaris waarborgt voornamelijk de rechtszekerheid; dat is immers een van de kernwaarden van het notariaat. Niet alleen de dwingende bewijskracht van de notariële akte draagt hieraan bij. De notaris kan bij het opmaken van het testament de testateur van de nodige informatie, advies en waarschuwingen voorzien. De wil van de erflater wordt hierdoor zo duidelijk mogelijk op schrift gesteld zodat er later geen discussie over kan bestaan en de geldigheid van de rechtshandeling wordt aldus in beginsel verzekerd.<sup>160</sup> Mocht bij het openvallen van de nalatenschap toch onduidelijkheid bestaan over de wil van de erflater, dan kan aan uitleg van de uiterste wilsbeschikking worden toegekomen. Omwille van de rechtszekerheid wordt niet aan uitleg toegekomen als de wil duidelijk is. De mogelijkheden om uit te leggen zijn dan uiterst beperkt. Alleen aan de omstandigheden ten tijde van het testeren door de erflater wordt gewicht toegekend. De omstandigheden en gebeurtenissen na het opmaken van de uiterste wilsbeschikking spelen in beginsel slechts indirect een rol in de uitleg, omdat de erflater daarvan (nog) niet op de hoogte was op het moment dat hij zijn wil vastlegde.<sup>161</sup> De notaris kan hierbij duidelijkheid bieden aangezien hij betrok-

---

157 Huijgen & Pleysier 2001, p. 1-2.

158 Van Oven 1948, p. 530-533; Meijers 1951, p. 51-65; De Blécourt/Fischer & Ankum 1967, p. 234-235; Asser/Perrick 4 2021/131 en 401-403.

159 Asser/Perrick 4 2021/131 en 401-403.

160 *Kamerstukken I* 1968/69, 3771, nr. 133, p. 43; *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 284; Polak, *WPNR* 1965/4871, p. 386; Huijgen 1997, p. 4; Asser/Perrick 4 2021/421; Bauduin 2014, par. I.1.3.2.3; Van Mourik 2017, p. 337-354; Melis/Waaijer 2019, par. 2.4 en 4.5.2-4.5.3. Recentelijk zijn Kamervragen gesteld over de vormvereisten voor een testament, Brief Minister van Justitie en Veiligheid 5 juli 2023, nr. 4748994.

161 Het betrekken van de posterieure verklaringen in de uitleg heeft dan tot doel het achterhalen van de bedoelingen van de erflater die tot het opmaken van de uiterste wilsbeschikking hebben geleid en de verhoudingen die de erflater kennelijk heeft willen regelen, *Parl. Gesch. Boek 4*, p. 278.

ken was bij het opmaken van het testament.<sup>162</sup> Uit het uitleg-arrest van 10 november 2023 blijkt echter dat gewijzigde omstandigheden en gebeurtenissen na het opmaken van de uiterste wilsbeschikking kunnen leiden tot de conclusie dat aan de uiterste wilsbeschikking geen of beperkte gevolgen kunnen worden ontleend omdat deze niet voor de nieuwe situatie zou zijn bedoeld.<sup>163</sup> Dit draagt niet bij aan de rechtszekerheid in het erfrecht, waarover eerder is geschreven in hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.4.

De rechtszekerheid wordt verder gediend doordat het erfrecht weinig open normen bevat. De erflater moet tijdens leven kunnen bepalen hoe zijn vermogen na zijn overlijden wordt verdeeld en een belangenafweging na zijn overlijden draagt daar uiteraard niet aan bij.<sup>164</sup> Aanvulling van uiterste wilsbeschikkingen is behoudens uitzonderingen dan ook niet toegelaten.<sup>165</sup> De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt in het erfrecht wel aanvaard, maar de heersende leer is dat dit zeer terughoudend wordt toegepast. Er moet sprake zijn van een *onaanvaardbaar* resultaat, wil de toepassing van de redelijkheid en billijkheid tot een andere uitkomst leiden.<sup>166</sup> In het kader van de commoriëntenregel, onwaardigheid en de uitleg van een uiterste wilsbeschikking wordt hier wel eens een beroep op gedaan maar dit wordt in veruit de meeste gevallen afgewezen onder verwijzing naar de rechtszekerheid.

Met de vormvoorschriften, beperkte ruimte voor uitleg, het gebrek aan open normen en de terughoudende toepassing van de redelijkheid en billijkheid wordt beoogd dat de wil van de erflater zoals deze op schrift is gesteld, wordt gevolgd. Ook wordt voorkomen dat de nabestaanden na het overlijden van de erflater hun eigen draai geven aan het verdelen van de nalatenschap. Dit ziet voornamelijk op het belang van de erflater.<sup>167</sup> Derden hebben echter ook behoefte aan rechtszekerheid in het erfrecht. Het erfrecht regelt immers de eigendomsverhoudingen na het overlijden van de erflater. Voor de erfgena-

---

162 HR 10 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8534, NJ 2011/253, m.nt. L.C.A. Verstappen; Asser/Perrick 4 2021/174-175; Van Mourik & F.W.J.M. Schols 2021, nr. 51; Vegter, WPNR 2022/7381, par. 8-9. Zie ook hoofdstuk 4, par. 4.3.4.

163 HR 10 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1531, NJ 2024/146, m.nt. S. Perrick.

164 *Kamerstukken I* 1968/69, 3771, nr. 133, p. 14.

165 Asser/Perrick 4 2021/182.

166 Deze toepassing is aanvaard in HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1102, NJ 2018/441, m.nt. L.C.A. Verstappen. Over de terughoudende toepassing zie onder meer HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047, NJ 2016/408; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:373; Hof Den Haag 24 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2807; Hof Den Haag 12 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:891. Zie onder meer Lieber, *FJR* 2019/11, p. 47; Vegter, WPNR 2019/7234, p. 282-293; De Jonge, WPNR 2020/7279, p. 300-306; Reijnen, *TE* 2020/4, p. 100-104; Van Wijk-Verhagen, *TE* 2021/6, p. 119-126; De Vries, *TE* 2021/6, p. 113-118; Van Mourik & F.W.J.M. Schols 2021, nr. 45.3; De Vries 2023, p. 123-127.

167 *Parl. Gescht. Boek 4*, p. 61; S. Perrick, annotatie bij HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2595, NJ 2013/238; Concl. A-G M.L.C.C. Lückers 13 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:407; Hof Den Haag 12 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:891; Asser/Perrick 4 2021/174-175.

men is het van belang dat ze bewijs hebben dat zij de rechthebbenden van de nalatenschap zijn. Schuldeisers hebben er belang bij om te weten wie de erfgenamen zijn zodat zij weten bij wie zij hun schuld kunnen verhalen en in welke rangorde. Duidelijkheid over de rechtsposities is in het algemeen belang en komt ten goede aan het rechtsverkeer.<sup>168</sup> De verklaring van erfrecht speelt hierin een cruciale rol, ondanks het feit dat deze niet altijd wordt opgevraagd bij de notaris. De wet kent voorts in het erfrecht allerlei specifieke bepalingen die de rechtszekerheid beogen te dienen, bijvoorbeeld:

- voor het ongedaan maken van de wettelijke verdeling geldt een korte termijn van drie maanden zodat snel duidelijkheid bestaat over de beschikingsbevoegdheid van de erfgenamen;<sup>169</sup>
- de mogelijkheden om een testament aan te tasten op grond van bijvoorbeeld misbruik van omstandigheden of strijd met goede zeden en openbare orde zijn beperkt;<sup>170</sup>
- gedeeltelijke aanvaarding is niet mogelijk;<sup>171</sup>
- de uitoefening van de andere wettelijke rechten van afdeling 4.3.2 BW is aan scherpe vervalttermijnen gebonden.<sup>172</sup>

In het huidige Burgerlijk Wetboek is het beginsel van de rechtszekerheid verweven in allerlei regelingen en juist in de huidige maatschappij waarin allerlei nieuwe samenlevingsvormen ontstaan is het beginsel nog altijd relevant. In de discussie over een erfrechtelijke regeling voor samenwoners is het beginsel van de rechtszekerheid een vaak genoemd argument. Vanwege de maatschappelijke ontwikkelingen is de roep om een wettelijke regeling voor ongehuwde samenwoners de laatste jaren toegenomen, maar daar is het tot op heden nog niet van gekomen. Als argument wordt bijvoorbeeld genoemd dat het in het erfrecht gemakkelijk is om aan te knopen bij het huwelijk aangezien dat formeel is vastgelegd. Voor samenwoners is het moeilijk een vergelijkbaar aanknopingspunt te vinden.<sup>173</sup>

## 6.6 SLOTSOM

Het vermogen dat een persoon tijdens leven heeft opgebouwd dient na zijn overlijden aan een of meer personen te vererven. Naar wie het vermogen van de erflater gaat, mag hij binnen de grenzen van de wet zelf bepalen. Heeft de erflater deze keuze niet gemaakt, dan is in de wet bepaald naar wie het

---

168 Bauduin 2014, par. I.1.3.2; Schrama 2018, p. 172-173; Vegter, *WPNR* 2022/7381, par. 11.

169 Art. 4:18 lid 3 BW; Van Mourik & F.W.J.M. Schols 2021, nr. 27.0.

170 De Jonge, *WPNR* 2020/7279, par. 2; Vegter, *WPNR* 2022/7381, par. 8-9.

171 Asser/Perrick 4 2021/510.

172 Vgl. art. 4:30 lid 2 BW en art. 4:37 lid 1 BW.

173 Blokland, *TE* 2011/6, p. 83-95; Schrama 2018, p. 172-173; F.W.J.M. Schols, *WPNR* 2018/7220, p. 1040-1042.

vermogen gaat. Aan dit erfrechtelijk stelsel liggen een aantal fundamentele grondslag die in dit hoofdstuk nader aan bod zijn gekomen. Alhoewel deze beginselen hun oorsprong vinden in een (ver) verleden, is de invulling ervan veranderd in de loop der tijd. Door maatschappelijke ontwikkelingen als emancipatie, lossere familiebanden en individualisering is de focus meer komen te liggen op het gezin dan op de familie. Het versterferfrecht is niet langer alleen gebaseerd op bloedverwantschap sinds de echtgenoot van de erflater daarin een plek heeft gekregen. De legitieme portie van ascendenten is afgeschaft en de legitieme portie van de kinderen is afgezwakt. Bovendien sluit het erfrecht tegenwoordig aan bij de in het afstammingsrecht geregelde familierechtelijke betrekking, welke ook kan ontstaan als geen biologische verwantschap bestaat. De testeervrijheid lijkt door deze wijzigingen vergroot, maar door de opkomst van de verzorgingsgedachte wordt de vrijheid om over het eigen vermogen ter zake des doods te beschikken (opnieuw) beperkt. De erflater heeft niet alleen jegens de kinderen de morele verplichting hen verzorgd achter te laten, maar ook jegens de echtgenoot. In het huidige Burgerlijk Wetboek vindt men daarom verscheidene wettelijke verzorgingsaanspraken voor de echtgenoot en het kind als de erflater niet in hun verzorging heeft voorzien.

Aan een meer algemeen rechtsbeginsel is in dit hoofdstuk eveneens aandacht besteed: de rechtszekerheid. Een beginsel dat in het erfrecht vooral relevant is omdat erfopvolging eerst speelt wanneer de erflater is overleden. Hij kan zijn wensen omtrent het nalaten van zijn vermogen niet meer toelichten, zodat voor zijn overlijden duidelijk moet zijn hoe zijn nalatenschap zal vererven. Ook voor derden zoals de erfgenamen en de schuldeisers van de nalatenschap is duidelijkheid over de rechtsposities van belang. Het draait immers om eigendomsoverdracht van een geheel vermogen. In het erfrecht wordt de rechtszekerheid gewaarborgd door grenzen te stellen aan de testeervrijheid in formele zin, zoals vormvereisten voor testamenten en een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen. Verder zijn er weinig open normen in het erfrecht te vinden en wordt terughoudend omgegaan met de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.