

ERFRECHTELIJKE DISCRIMINATIE VAN BUITENHUWELIJKSE KINDEREN

Quousque tandem, Gallia, abutere patientia nostra?

*Inaugurale rede uitgesproken bij de aanvaarding van
het ambt van Bijzonder Hoogleraar op de T.P.R.-wisselleerstoel voor de
rechtsvergelijkende studie van het Belgische en het Nederlandse recht aan de
Katholieke Universiteit te Nijmegen
op vrijdag 4 mei 2001 om 15 u 45*

door

Yves-Henri LELEU(*)

Waarom werd de discriminatoire Franse wetgeving inzake de erfrechtelijke roeping van buiten het huwelijk geboren kinderen niet hervormd na de veroordeling van België door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest Marckx van 13 juni 1979? Waarom ontzegt bepaalde Franse rechtsleer, na de veroordeling van Frankrijk in het arrest Mazurek van 1 februari 2000, aan de artt. 8 en 14 E.V.R.M. rechtstreekse werking in het erfrecht? Waarom is de doorwerking van het E.V.R.M. in het erfrecht minder problematisch in het Nederlandse en in Belgische recht? (I) Volgens de auteur bestaat hiervoor een dubbele verklaring: de bestaande meningsverschillen over de verhouding tussen intern en internationaal recht enerzijds (II), en de uitsluitend in Frankrijk behouden gebleven concurrerende erfaanspraken in volle eigendom tussen de langstlevende echtgeno(o)t(e) en de afstammelingen anderzijds (III).

(*) Hoofddocent aan de Université de Liège en lector aan de Université Libre de Bruxelles.

INHOUD

- I. RECHTSVERGELIJKENDE BESCHRIJVING (5-12)
 - A. Het *Marckx*-arrest: einde van een gelijklopende evolutie (5-6)
 - B. Nederland: (onvolmaakte) anticipatie (7-8)
 - C. België: aarzeling en compromis (9-10)
 - D. Frankrijk: provocerende weerstand (11-12)
- II. EERSTE VERKLARINGSFACTOR: DE DOORWERKING VAN HET INTERNATIONALE RECHT (13-24)
 - A. Formele benadering (14-15)
 - B. Houding van de rechter (16-19)
 - C. Methodologie van de rechterlijke rechtsvorming (20-24)
- III. TWEEDE VERKLARINGSFACTOR: BELANGENAFWEGING IN HET ERFRECHT (25-33)
 - A. Aanwezige belangen (25-26)
 - B. Hypothesen van samenloop van erfgerechtigden (27-33)
 - 1. Enkel (in overspel verwekte) kinderen (27)
 - 2. Langstlevende echtgenoot en (in overspel verwekte) kinderen (28-33)
- IV. BESLUIT (34-36)
- Dankwoord (37)

Mijnheer de rector magnificus,
Mijnheer de decaan,
Waarde collega's Storme en Van Mourik,
Waarde collega's,
Dames en heren,

1. Sommige artiesten huwen, plegen overspel en sterven. Gewone burgers ook.

Picasso's geniale schilderijen waren talrijk; zijn erfgenamen ook, maar ze waren zeer baatzuchtig. Zijn nalatenschap werd volgens het Franse recht vererfd(1). Een deel kwam toe aan zijn laatste echtgenote Jacqueline, terwijl het overige op ongelijke wijze werd toebedeeld: de kinderen en kleinkinderen uit zijn huwelijk met Olga kregen véél meer dan de kinderen die hij in overspel verwekt had. Gelukkig voor die laatsten overleed hun vader in 1973, dit is één jaar nadat de Franse wetgever uit barmhartigheid het erfdeel van een in overspel verwekt kind van niets tot de helft van het erfdeel van een huwelijks kind verhoogde (Wet van 3 januari 1972).

2. De erfenis van mevrouw Mazurek zal wellicht nog een grotere invloed hebben op het Franse recht.

Op 1 februari 2000 werd Frankrijk in het arrest-*Mazurek* van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens veroordeeld wegens erfrechtelijke discriminatie ten nadele van in overspel verwekte kinderen(2).

Mevrouw Mazurek liet bij haar overlijden twee kinderen na: Alain, geboren net vóór de Tweede Wereldoorlog, is de wettige(3) halfbroer van Claude, enkele jaren later geboren uit een overspelige relatie van de moeder. De inhalige Alain ziet in het overspel van zijn moeder een kans om zijn aandeel in de nalatenschap met 1/4 te verhogen, aange-

(1) De kinderen en kleinkinderen zijn evenwel in onverdeeldheid gebleven, alleen de breukdelen werden bepaald. Meer daarover: G. Mc KNIGHT, *Bitter legacy: Picasso's Disputed Millions*, London, Bentam Press, 1987.

(2) E.H.R.M., arrest Mazurek t. Frankrijk van 1 februari 2000, *D.* 2000, 332, noot J. THIERRY, *Dr. fam.* 2000, nr. 33, noot B. DE LAMY, *Gaz. Pal.* 19-21 november 2000, 19, noot N. BOLLON en M. PORTEFAIX, *Les Petites Affiches* 2000, nr. 93, 11, noot S. HOCQUET-BERG, *J.C.P.* 2000, II, 10286, noot F. SUDRE en A. GOUTTENNOIRE-CORNUT, *J.C.P.* 2000, I, 278, noot R. LE GUIDEC, *Rép. Defrénois* 2000, 654, noot J. MASSIP, *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, 311, noot J. HAUSER, *Rev. trim. dr. civ.* 2000, 429, nr. 1, noot J.-P. MARGUENAUD en J. RAYNARD, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 390, noot Y.-H. LELEU.

(3) Alain werd geboren vóór het huwelijk (1936), maar nadien (1937) „gewettigd” door dat huwelijk (art. 331 Fr.C.c.).

zien artikel 760, lid 1 van de Franse *Code civil* het erfdeel van een in overspel verwekt kind halveert en die helft aan de wettige halfbroers of -zusters laat toekomen.

Voor de Franse rechtscolleges beroept Claude zich tevergeefs op een schending van artikel 8 in combinatie met artikel 14 van het E.V.R.M. Zoals de lagere rechtbanken(4) acht het Franse Hof van Cassatie(5) artikel 8 E.V.R.M. niet toepasselijk in het erfrecht.

Voor de Straatsburgse instanties bekommt Claude op 1 februari 2000 de veroordeling van Frankrijk wegens een schending van artikel 1, Eerste Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M., in combinatie met artikel 14 van het E.V.R.M. De keuze van deze grondslag berust op het feit dat de nalatenschap reeds opengevallen was, zodat de verzoeker een aantasting van zijn eigendomsrecht onderging (*infra*, nr. 12).

Financieel gezien komt deze uitspraak Claude voordelig uit, want het bedrag dat het Hof hem als billijke genoegdoening toekent, omvat zijn gederfde erfdeel en de procedurekosten (§ 58), dit alles vrij van successierechten!

3. Frankrijk zou nu onverwijld zijn erfrecht moeten aanpassen aan de vereisten opgelegd door het E.V.R.M.

Hoelang zal het echter nog duren dat de Franse Staat het geduld op de proef blijft stellen van ons, Nederlanders en Belgen, die zo bekend zijn met de gevolgen van het *Marckx*-arrest?

Mogelijk nog een tijdje, want in tegenstelling tot Nederland en België, geeft Frankrijk, dat zich wel eens „*La patrie des droits de l'homme*” noemt, blijk van een beperkter aanpassingsvermogen aan de uitspraken van het Europese Hof.

4. Dames en heren, het opzet van deze uiteenzetting bestaat erin een proeve van uitleg te formuleren voor de uiteenlopende houdingen die het Nederlandse, Belgische en Franse rechtstelsel aannemen t.o.v. het E.V.R.M., en dit vanuit de zonet geschetste erfrechtelijke problematiek.

(4) Nîmes 24 maart 1994, *J.C.P.* 1994, II, 3638, noot J. RUBELLIN-DEVICHI, *Rev. trim. dr. civ.* 1995, 612, nr. 23, noot J. HAUSER.

(5) Cass. fr. 25 juni 1996, *J.C.P.* 1997, I, 4021, noot R. LE GUIDE, *J.C.P.* 1997, II, nr. 22834, noot Ph. MALAURIE, *Gaz. Pal.* 1997, 25-26 juni, noot J. MASSIP, *Les Petites Affiches* 25 januari 1997, nr. 13, 25, noot S. PIQUET-CABRILLAC, *Rép. Defrénois* 1997, art. 36515, nr. 7, noot J. MASSIP, *Dr. fam.* 1996, nr. 26, noot B. BEIGNIER, *D.* 1998, 453, noot L. BRUNET, *Rev. trim. dr. civ.* 1996, 873, noot J. HAUSER, *Rev. trim. dr. civ.* 1997, 542, noot J.-P. MARGUÉNAUD.

Daaraan ten grondslag liggen m.i. enerzijds tegengestelde opvattingen betreffende de *doorwerking van het supranationale recht in het interne recht* (II), en anderzijds de minder of meer verfijnde *belangenafweging* in deze gevoelige en maatschappelijk relevante vraag van de respectieve erfrechtelijke aanspraken van de langstlevende echtgenoot en de buiten het huwelijk geboren kinderen (III). In een kort beschrijvend gedeelte wordt echter eerst het huidige erfrechtelijke statuut van de in overspel verwekte kinderen in de drie landen geschetst (I).

Gemakkelijkheidshalve zal het enkel gaan over één soort buitenhuwelijkse kinderen, met name de in overspel verwekte kinderen. Per hypothese beschouw ik de bedrogen vrouw als langstlevende echtgenote en haar overleden man als overspelig.

I. Rechtsvergelijkende beschrijving

A. HET *MARCKX*-ARREST: EINDE VAN EEN GELIJKLOPENDE EVOLUTIE

5. In de drie onderzochte rechtsstelsels die rechtstreeks van de Franse *Code civil* afstammen, werd het zeer strenge feodale en post-revolutionaire uitgangspunt — „*Bâtards ne succèdent point*” — aangepast, doch nooit volledig verlaten: ofwel bemoeilijkte de wetgever de vaststelling van de overspelige afstamming, ofwel werd de erfrechtelijke roeping van overspelige kinderen ingeperkt⁽⁶⁾.

De Franse Wet van 3 januari 1972, aan de orde in het arrest-*Mazurek*, is daar het meest treffende voorbeeld van. Zij bevat een compromisoplossing die erin bestaat de „gewone” buitenhuwelijkse kinderen (*enfants naturels*) erfrechtelijk gelijk te schakelen met huwelijkse kinderen (*enfants légitimes*) (art. 334 Fr.C.c.), doch ongelijkheden ten nadele van in overspel verwekte kinderen (*enfants adultérins*) te handhaven. Deze ongelijkheden zijn *relatief* van aard, in die zin dat ze slechts intreden in geval het overspelige kind in samenloop met de wettige kinderen of de bedrogen echtgenoot — de zgn. „slachtoffers van het overspel” — tot de nalatenschap komt (art. 759, 760, 767, lid. 3 Fr.C.c.). Ook de reserve van het overspelige kind ondergaat beper-

(6) Voor meer details over het oudere erfrechtelijke statuut van overspelige kinderen: *België*: H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IX, *Les successions*, 2de druk, Brussel, Bruylant, 1974, 214 e.v. *Frankrijk*: M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Paris, Litec, 1989, nr. 113 e.v., nr. 139 e.v. *Nederland*: S. PERRICK, *Asser's Erfrecht*, 12de druk, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 41-44, nr. 45.

kingen (art. 915, 1097, al. 2 Fr.C.c.)(7), net als de bekwaamheid om dat kind onder levenden te begiftigen (art. 908, 908-1 Fr.C.c.)(8).

Het opzet was duidelijk de bescherming van het huwelijk, hoewel sociologisch bewezen is dat een bestraffing van het kind daartoe niet efficiënt is.

6. Op 13 juni 1979 werd België door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het *Marckx*-arrest veroordeeld o.a. wegens erfrechtelijke discriminaties in de buitenhuwelijkse afstamming(9), en op 28 oktober 1987 werd Oostenrijk ook veroordeeld in het arrest-*Inze*(10).

Gelet op het interpretatieve gezag van de Straatsburgse arresten(11), hebben voortaan alle lidstaten van de Raad van Europa de „positieve verplichting” om het „*family life*” van buitenhuwelijkse kinderen te eerbiedigen en tevens alle discriminaties in hun erfrechtelijke positie weg te werken.

Deze rechtspraak heeft de wetgevende evolutie in een stroomversneling gebracht — althans in Nederland en in België. Ondanks hun

(7) Zie Y.-H. LELEU, „La réserve héréditaire en droit français et en droit luxembourgeois”, in *Examen critique de la réserve successorale*, I, *Droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1997, 95-98, nrs. 18-20.

(8) Voor meer details: M. GRIMALDI, *l.c.*; M. GRIMALDI, „L'article 908-1 du Code civil: l'incapacité de recevoir à titre gratuit des enfants adultérins de fait”, *J.C.P.* 1981, I, 3035; B. VAREILLE, „Etude critique de l'article 760 du Code civil”, *Rev. trim. dr. civ.* 1991, 475.

(9) E.H.R.M., arrest *Marckx* t. België van 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31, *NJ* 1980, 462, noot E.A. ALKEMA.

(10) E.H.R.M., arrest *Inze* t. Oostenrijk van 28 oktober 1987, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 126: schending van art. 1, Eerste Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M. (nalatenschap reeds opengevallen) in combinatie met art. 14, door een wettelijke bepaling die een buitenhuwelijks kind uitsluit van de preferentiële toewijzing van een landbouwexploitatie. Zie ook E.H.R.M., arrest *Johnston* t. Ierland van 17 december 1986, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 112: uit art. 8 E.V.R.M. vloeit de positieve verplichting voort om de normale ontwikkeling van de banden tussen een ouder en zijn kind geboren uit een *overspelige* relatie mogelijk te maken; op de vraag of de erfaanspraken bescherming dienden te krijgen op grond van die artikelencombinatie werd niet expliciet ingegaan.

(11) Zie daarover (rechtsvergelijkend) J. VELU, „A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: vues de droit comparé sur des évolutions en cours”, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1990, 527. *Nederland*: dit beginsel wordt uitdrukkelijk aanvaard in Hoge Raad 10 november 1989, *RvdW* 1989, 248, *NCJM-Bulletin* 1990, 581, noot J. VAN DER VELDE; Hoge Raad 12 september 1997, *NJ* 1998, nr. 687, p. 3948. Zie R.A. LAWSON, „De internationale rechter en de Nederlandse rechter”, in R.A. LAWSON en A.W.H. MEL, *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 92 e.v. *België*: impliciet in Cass. 21 oktober 1993, *J.T.* 1994, 187, *J.L.M.B.* 1995, 180; *contra*: F. RIGAUX, „L'interprétation des normes empruntées à un autre ordre juridique”, in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, II, 1210-1211. *Frankrijk*: Cass. fr. 10 januari 1984, *J.C.P.* 1984, II, 20210; J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Parijs, Dalloz, 1997, 129 e.v.; G. COHEN-JONATHAN, „Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la C.E.D.H.”, in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Brussel, Bruylant, 1995, 53 e.v.

erfrechtelijke *jus commune*, hebben de drie betrokken rechtsstelsels immers naar eigen gevoel gereageerd: Nederland anticepeerde (B), België aarzelde (C), Frankrijk weerstaat nog steeds (D).

B. NEDERLAND: (ONVOLMAAKTE) ANTICIPATIE

7. De Nederlandse Staat heeft een Europese veroordeling vermeden door zich spontaan naar het *Marckx*-arrest te schikken via de Wet van 27 oktober 1982(12).

Zo hoort het in de lidstaten van de Raad van Europa: de juridische en politieke invloed van de Straatsburgse rechtspraak brengt een spontane toenadering van de rechtsstelsels teweeg(13).

Aan die Wet werd bovendien retroactieve werking gegeven tot 13 juni 1979, zodat alle nalatenschappen die openvielen na het *Marckx*-arrest op gelijke basis verdeeld konden worden(14).

8. Nochtans was deze wet slechts een „*Marckx-wetje*”(15), omdat zij zich beperkte tot het erfrecht en ongelijkheden in het afstammingsrecht handhaafde. Aldus bleef het onmogelijk om het buitenhuwelijkse vaderschap gerechtelijk vast te stellen, hoewel dit een „voorvraag” is van het erfrecht. En zo bleven kinderen die niet vrijwillig door hun of een vader erkend werden, in de kou staan!(16).

De Nederlandse rechtsleer(17) en de lagere rechtspraak hebben getracht een pretoriaanse oplossing te bieden voor dit probleem, maar ze stuitten op meerdere arresten van de Hoge Raad waaruit bleek dat een vaderschapsactie *ex nihilo* creëren ten voordele van het biologische kind, of het als erfgenaam beschouwen enkel op grond van het bestaan

(12) Deze wet volgde verscheidene wetten op die sedert 1945 de positie van buitenhuwelijkse kinderen hebben verbeterd (daarover: E.A.A. LUIJTEN, *Klassen-Eggens Erfrecht*, 10de druk, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 31 e.v.; C. DE WULF, *Erfrechtelijke vernieuwingen in België en Nederland*, Gandius-Thorbecke Colleges nr. 10-11, Brussel/Zwolle, E. Story-Scientia/Tjeenk Willink, 1987, 18 e.v.).

(13) Meer daarover: Y.-H. LELEU, „Nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe”, *E.R.P.L.* 1998, 188, nr. 68.

(14) M.J.A. VAN MOURIK, *Erfrecht*, 6de druk, Deventer, Tjeenk Willink, 62, nr. 22; vgl. *België, infra*, nr. 14.

(15) J. DE BOER, noot onder Hoge Raad 17 januari 1997, *NJ* 1997, nr. 483, p. 2600.

(16) Zij genoten evenwel een onderhoudsvordering. Daarover J. DE BOER, *Asser's Personen- en familierecht*, 15de druk, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, 527, nr. 743 en 799, nr. 1072.

(17) Zie vooral J. DE BOER, *Now, Gods, stand up voor bastards!*, inaugurele rede, Arnhem, Gouda Quint, 1993; „Gelijkberechtiging van het onwettig niet-erkende kind naar huidig recht”, in *Drie treden. Opstellen aangeboden aan Job de Ruiter*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 183.

van een „*family life*”, buiten de „rechtsvormende taak” van de rechter viel(18). Dit verzet lokte een veroordeling uit van Nederland door het Europese Hof op 3 oktober 2000 in het arrest *Camp en Bourimi* wegens erfrechtelijke discriminatie van een niet-erkend buitenhuwelijk kind (art. 8 in combinatie met art. 14 E.V.R.M.)(19).

Dat arrest, dat op de verworven beginselen van de Europese rechtspraak inzake erfrechtelijke gelijkheid voortbouwt(20), is intussen reeds grotendeels achterhaald, daar de Wet van 24 december 1997 houdende hervorming van het afstammingsrecht de gerechtelijke vaststelling van vaderschap van de verwekker(21) in het Nederlandse recht heeft ingevoerd (art. 1:207 N.B.W.). Voortaan kan het vaderschap gerechtelijk vastgesteld worden, zonodig na het overlijden van de verwekker(22), en dit met terugwerkende kracht(23).

C. BELGIE: AARZELING EN COMPROMIS

9. In België liet de aanpassing aan het *Marckx*-arrest langer op zich wachten. Er heerste onzekerheid tot aan de hervorming van het afstammingsrecht van 31 maart 1987. Maar deze hervorming was meer dan een „wetje”: alle kwantitatieve ongelijkheden werden weggevoerd terwijl de vaststelling van de buitenhuwelijkse afstamming werd geliberaliseerd.

Een reden waarom België getalmd heeft, is juridisch-politiek van aard. De veroordeling in Straatsburg werd als een trauma ervaren zowel door het politieke bestel als door een aantal rechtsgeleerden, waarvan François Rigaux en Jacques Velu — en enkele Nederlandstalige auteurs — een ware strijd hebben gevoerd tegen de doorwerking in het interne recht van de nieuwe Europese rechtspraak.

(18) Hoge Raad 3 april 1992, *NJ* 1993, nr. 286, noot E.A.A. LUITEN (gedwongen erkenning); Hoge Raad 24 februari 1995, *Camp en Bourimi*, *NJ* 1995, nr. 468, noot J. DE BOER (erfrechtelijke positie onwettig niet-erkend kind); Hoge Raad 17 januari 1997, *Haas*, *NJ* 1997, nr. 483, noot J. DE BOER (*idem*). In die zin: E.A.A. LUITEN, *o.c.* (noot 12), 38; M.J.A. VAN MOURIK, *o.c.* (noot 14), nr. 22, 63; *contra* S. PERRICK, *o.c.* (noot 6), nr. 58.

(19) E.H.R.M., arrest *Camp en Bourimi* t. Nederland van 3 oktober 2000, onuitg. Zie M.L.C.C. DE BRUIN-LUCKERS, „Een nieuwe terechtwijziging uit Straatsburg”, *F.J.R.* 2001, 15.

(20) Daarover Y.-H. LELEU, *o.c.* (noot 2), 402, nr. 8 en noot 27.

(21) Dit begrip heeft een juridische betekenis en duidt de man aan die met de moeder op natuurlijke wijze het kind heeft laten ontstaan (Memorie van Toelichting, 8), i.t.t. de biologische vader die een donor kan zijn, derwijze dat tegen een (bekende) donor geen vaderschapsactie mogelijk is (J. DE BOER, *o.c.* (noot 16), 563, nr. 785b).

(22) J. DE BOER, *o.c.* (noot 16), 573, nr. 785z.

(23) Over de bescherming van de rechten van derden: J. DE BOER, *o.c.* (noot 16), 575, nr. 785 dd.

Rigaux hield voor dat artikel 8 E.V.R.M. geen rechtstreekse werking had in onze interne rechtsorde omdat zowel de evolutieve interpretatie van die verdragsbepaling als de eruit afgeleide „positieve verplichtingen” haar betekenis verruimen ten koste van haar nauwkeurigheid, één van de voorwaarden voor haar rechtstreekse werking (*infra*, nr.15)(24).

Een tweespalt verscheurde nadien de éénheid van het Belgische juridische landschap: onder de invloed van Bossuyt, Heyvaert, Willekens, Pauwels en Senaevé — alsook enkele Franstalige auteurs — werd tegen de stelling van Rigaux ingebracht dat de rechter zelf en onmiddellijk het merendeel van de discriminaties kon afschaffen(25). De lagere rechtspraak, voornamelijk van Nederlandstalige zijde(26), volgde dit betoog, maar stuitte op een conservatieve vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie(27).

10. Na aarzeling en discussie — de Belgische maatschappij is nu eenmaal verzuild — trad de Wet van 31 maart 1987 in werking. Om het compromis vervat in de Wet te bereiken, moesten meerdere discriminaties gehandhaafd blijven(28).

(24) F. RIGAUX, „La loi condamnée”, *J.T.* 1979, 522 e.v., nrs. 70 e.v. In dezelfde zin: J. VELU, „Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l’homme”, *Rev. b. dr. int.* 1980, 313, nr. 26; G. BAETEMAN en J. GERLO, „Overzicht van rechtspraak (1975-1980). Personen- en familierecht”, *T.P.R.* 1981, 883, nr. 174.

(25) A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 74-75, nrs. 64-65, 125, nrs. 130-131; J.-M. PAUWELS, „De hervorming van het afstammingsrecht in West-europa”, *F.J.R.* 1981, 183-184; P. SENAEVÉ, „Het E.V.R.M., de directe werking en het Marckxarrest”, noot onder Brussel 31 januari 1983, *R.W.* 1982-83, 2683; M. BOSSUYT, „Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx”, *R.W.* 1979-80, 929; J.-L. RENCHON, noot onder Rb. Antwerpen 21 november 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 355; E. VIEUJEAN, „Chronique de droit belge”, *Rev. trim. dr. civ.* 1983, 435 e.v.

(26) Voor verwijzingen inzake het erfrecht zie M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 175; M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, „Overzicht van rechtspraak. Erfenissen (1978-1988)”, *T.P.R.* 1988, 955-956, nr. 53; M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE et N. GEELHAND, „Overzicht van rechtspraak. Erfenissen (1988-1995)”, *T.P.R.* 1997, 186, nr. 69, noot 216.

(27) Zie Cass. 10 mei 1985, *R.C.J.B.* 1987, 5, noot F. RIGAUX, *Rev. not. belge* 1986, 48, noot C. RÉMON-DEFAYS, *R.W.* 1985-86, 1848; Cass. 6 maart 1986, *Pas.* 1986, I, 852, *R.C.J.B.*, 1987, 8, noot F. RIGAUX, *R.W.* 1987-1988, 236, noot P. SENAEVÉ, *T. Not.* 1986, 144, noot F. BOUCKAERT; Cass. 12 februari 1987, *onuitg.*, aangehaald door M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, *o.c.*, 958, nr. 54.

(28) B.v. art. 319 B.W. (toestemming van de moeder bij de vaderlijke erkenning); art. 319bis, 335, § 3, lid 2, 837 B.W. (bijzondere bepalingen i.v.m. overspelige kinderen); art. 107 Wet van 31 maart 1987 (niet-retroactieve werking van de erfrechtelijke gelijkshakeling). Daarover: J. DE GAVRE, „Le principe de l’égalité dans le droit de la filiation: limites, exceptions et contrôle”, *Rev. Dr. U.L.B.* 1990, 11; M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, *o.c.*, 965-968, nr. 61-65; F. RIGAUX, „Le nouveau droit de la filiation à l’épreuve des droits de l’homme”, *Ann. Dr. Louvain* 1987, 379.

Gelukkig werden ze grotendeels gecensureerd door het Arbitragehof(29). Het is echter spijtig dat één van de belangrijkste discriminaties, m.n. het ontbreken van terugwerkende kracht van de Wet van 31 maart 1987, tot een tweede veroordeling door het Europese Hof moest leiden in het nogal scherp tegen België geformuleerde arrest-*Vermeire* van 29 november 1991(30).

Dit alles bracht ons Hof van Cassatie er uiteindelijk toe om afstand te nemen van de stelling-Rigaux en zijn rechtspraak aangaande de rechtstreekse werking van artikel 8 E.V.R.M. te versoepelen(31).

D. FRANKRIJK: PROVOCERENDE WEERSTAND

11. In Frankrijk was er geen sprake van anticipatie en evenmin van reactie, maar eerder van onverschilligheid gevolgd door provocatie. Lange tijd bleef het *Marckx*-arrest onopgemerkt in de Franse rechtsleer(32), zoals de rechtsbescherming via het E.V.R.M. in het algemeen, althans vooraleer het individuele klachtrecht bij het Europese Hof in 1981 ingevoerd werd.

In de zaak-*Mazurek* werd voor het eerst het Franse erfrecht aan artikel 8 van het E.V.R.M. getoetst. Volkomen tegen de *Marckx*-rechtspraak in stelde het Franse Hof van Cassatie in zijn arrest-*Mazurek* van 25 juni 1996(33) dat „*la vocation successorale est étrangère au respect de la*

(29) I.v.m. het erfrecht: Arbitragehof 4 juli 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 387, *J.L.M.B.*, 1991, 1102, noot D. PIRE (buitenhuwelijks kind); Arbitragehof 1 december 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 416 (overspelig kind). Beide arresten betroffen prejudiciële vragen gesteld door het Hof van Cassatie (*infra*, noot 31). Zie P. DELNOY, „Sens et incidences de l'arrêt Verryt”, in *Liber amicorum Léon Raucent*, Louvain-la-Neuve/Brussel, Academia/Bruylant, 1993, 151. I.v.m. het afstammingsrecht: G. VERSCHULDEN, „Het Belgisch afstammingsrecht in het licht van het gelijkheidsbeginsel”, *T.B.B.R.* 2000, 127.

(30) E.H.R.M., arrest *Vermeire* t. België van 29 november 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 416, *Rev. trim. D. H.* 1992, 211, noot F. RIGAUX, *T. not.* 1991, 494, noot K. RIMANQUE. *Adde* wat de vaststelling betreft van de billijke genoegdoening ten laste van de Belgische Staat E.H.R.M., arrest *Vermeire* t. België van 4 oktober 1993, *Rev. trim. D. H.* 1994, 239, noot P.L.

(31) Eerst heeft het Hof zich *moeten* schikken naar het antwoord van het Arbitragehof op zijn prejudiciële vragen: Cass. 15 mei 1992, *Pas.* 1992, I, 804, *R.W.* 1992-93, 325 met concl. D'HOORE, *Rev. not. belge* 1992, 497, noot D.S.; Cass. 19 mei 1994, *A.J.T.* 1994-95, 188, noot P. HOFSTRÖSSLER, *J.T.* 1994, 770. Nadien heeft het Hof op deze rechtspraak voortgebouwd zonder tussenkomst van het Arbitragehof: Cass. 21 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 180, noot D. PIRE, *J.T.* 1994, 187, *R.W.* 1993-94, 984. Vgl. nochtans Cass. 19 september 1997, *Pas.* 1997, I, 886, *R.W.* 1998-99, 435, noot S. MOSSELMANS, *R.G.D.C.* 1999, 45, noot Y.-H. LELEU, meer restrictief t.a.v. de rechtstreekse werking van de E.V.R.M.-bepaling inzake de vaststelling van de overspelige afstamming met het oog op erfrechtelijke gevolgen.

(32) Zie evenwel M. MAYMON-GOUTALOUY, „De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme”, *D.* 1985, 217; B. VAREILLE, „Etude critique de l'article 760 du code civil”, *Rev. trim. dr. civ.* 1991, 475.

(33) Geciteerd (noot 5).

vie privée et familiale”. Was dat een oproep tot een wetgevend initiatief? In elk geval geen wetenschappelijke rechtsvinding!

12. Met geduld wachten we op de reactie van de Franse rechtspraak of van de Franse wetgever.

Enkele lagere Franse rechtbanken trekken de gevolgen van het Straatsburgse arrest-*Mazurek* in gelijkaardige zaken door, en behandelen *contra legem* alle kinderen gelijk(34). Deze houding wordt helaas afgekeurd door bepaalde commentatoren(35).

Naast een meerderheidsrechtsleer die voorspelt — en aanvaardt — dat het Hof van Cassatie zich zal schikken naar de veroordeling, raden sommige auteurs de — vooral notariële — praktijk aan om de niet-afgeschafte discriminatoire artikelen van de Franse Code civil te blijven toepassen(36).

Andere auteurs, die daarvoor steun zoeken bij de *dissenting opinion* van de Belgische rechter bij het arrest-*Mazurek*, uiten kritiek op de keuze van artikel 1 van het Eerste Aanvullende Protocol bij het E.V.R.M. in combinatie met artikel 14 E.V.R.M. als veroordelingsgrondslag. Dit zou volgens hen een „regressie” betekenen ten opzichte van het arrest-*Marckx*, aangezien het „*family life*” van het overspelige kind niet meer op de voorgrond zou treden. Uit wat zij als een symbolisch minder omvangrijke bescherming beschouwen, leiden ze af dat alle discriminatoire bepalingen van het Franse erfrecht die niet aan het Hof werden voorgelegd, b.v. art. 759 Fr.C.c., „*Marckx*- conform” zouden zijn(37).

Eerder(38) heb ik daartegen ingebracht dat de keuze van de veroordelingsgrondslag inzake erfrechtelijke discriminaties in de E.H.R.M.-rechtspraak bepaald wordt aan de hand van beginselen afgeleid uit de combinatie van de aangehaalde arresten *Marckx* en *Inze*. Een discriminatie betreffende een *niet-opengevallen nalatenschap* valt „*within the ambit*” van artikel 8 E.V.R.M., dat in combinatie met artikel 14

(34) Pau 28 november 2000, *D.* 2001, somm. comm., 1068, noot H. BOSSE-PLATIÈRE en *Dr. fam.* 2001, nr. 60, noot B.B.; Trib. gr. inst. Montpellier 2 mei 2000, *Dr. fam.* 2000, nr. 99, noot A. GOUTTENOIRE-CORNUT, *Rev. trim. dr. civ.* 2001, 21 noot J. HAUSER, *Rép. Defrénois* 2000, 1435, noot J. MASSIP.

(35) Zie vooral J. MASSIP, *I.c.*; J. HAUSER, *I.c.*; vgl. J. RUBELLIN-DEVICHI, noot *J.C.P.* 2001, I, 293, p. 250.

(36) Ten onrechte wordt gesteld dat een egalitaire verdelingsakte vatbaar voor nietigverklaring zou zijn (R. LE GUIDE, *I.c.*; M. JOSSELIN-GALL, „Le notaire, entre l'article 760 du Code civil et la cour européenne des droits de l'homme”, *J.C.P.* 2001, édition Notariale, 838, noot 57).

(37) Zie b.v. A. GOUTTENOIRE-CORNUT en F. SUDRE, *I.c.*, 645, nr. 8; M. JOSSELIN-GALL, *o.c.* 836, nr. 7.

(38) Y.-H. LELEU, *o.c.* (noot 2), 400-403, nrs. 6-8.

E.V.R.M. discriminatoire erfrechtelijke *roepingen* kan verbieden. Daarentegen moet een discriminatie of restrictie betreffende een erfdeel in een *reeds opengevallen nalatenschap* getoetst worden aan de bescherming van het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Aanvullende Protocol bij het E.V.R.M.(§ 42)(39). Dergelijke louter technische motieven mogen geenszins de draagwijdte van het *Mazurk*-arrest beperken.

Deze betreuwenswaardige reacties in de Franse rechtsleer zijn niet verrassend, en laten mij toe een eerste mogelijke verklaring voor die contrasterende rechtspraktijk te formuleren.

II. Eerste verklaringsfactor: de doorwerking van het internationale recht

13. Laten we de erfrechtelijke materie even verlaten om ons ervan te vergewissen hoe sterk de opvattingen over de *verhouding tussen het nationale en het supranationale recht* uiteenlopen in de drie onderzochte landen. Opvallend is hoe formeel gelijklopende instellingen (A) tot fel contrasterende praktijken leiden (B), hetgeen een aanzienlijk tekort aan „rechterlijke rechtsvorming” in Frankrijk met zich meebrengt (C).

A. FORMELE BENADERING

14. Formeel gezien geldt zowel in Nederland als in België en Frankrijk het zogenaamde „monisme”, waardoor een verdrag automatisch(40) deel uitmaakt van de interne rechtsorde, en deze desgevallend primeert.

In Nederland werd dit beginsel eerst door de rechtspraak geponeerd(41) en later bevestigd door de Grondwet(42).

(39) Althans in de landen waar de nalatenschap *ipso jure* overgaat (Y.-H. LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Antwerpen/Brussel, Maklu/Bruylant, 1996, 25 e.v.).

(40) D.i. zonder voorafgaande „omzetting” in nationale wetgeving. Vgl. Verenigd Koninkrijk (dualistisch stelsel): P. NOORLANDER, „De Human Rights Act 1998: parlement, de rechterlijke macht en Straatsburg”, *N.C.J.M.-Bulletin* 2000, 838.

(41) Hoge Raad 22 september 1841, *Weekblad van het recht* 1841, 221; Hoge Raad 3 maart 1919, *NJ* 1919, 37. Vgl. C.A.J.M. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 1997, 163 („gematigd monistische opvatting”).

(42) Art. 93-94 N.G.W. Over de precieze draagwijdte van deze bepalingen: C.A.J.M. KORTMANN, *o.c.*, 163.

Het Belgische rechtsstelsel is van *dualisme* naar *monisme* geëvolueerd door een ommekeer van de rechtspraak van het Hof van Cassatie — de Grondwet bevat hierover geen bepaling — in het arrest *Franco-Suisse/Le Ski* van 27 mei 1971(43).

In Frankrijk heeft, ondanks het duidelijk in de monistische richting wijzende artikel 55 van de Franse Grondwet, een jarenlange strijd tussen het Hof van Cassatie(44) en de Raad van State(45) het verzet van de rechtsleer versterkt, en vooral de houding van de Franse rechter ten aanzien van het E.V.R.M. aanzienlijk negatief beïnvloed (*infra*, nr.18).

15. Opdat de nationale rechter een verdragsbepaling in een voorliggend geschil zou mogen toepassen, moet deze evenwel *rechtstreekse werking* hebben(46).

De beantwoording van deze vraag wordt aan de betrokken rechter overgelaten(47), en valt positief uit wanneer enerzijds de *bedoeling van de verdragspartijen* geweest is rechten of plichten toe te kennen of op te leggen aan individuele burgers, en anderzijds die bepaling daartoe *geen verdere uitvoering door de nationale overheden* behoeft.

Hoewel dit een internrechtelijke aangelegenheid is, bevat het E.V.R.M. duidelijke aanwijzingen die pleiten voor een rechtstreekse werking(48). Rechtstreeks werkend zijn vrijwel alle bepalingen van dat Verdrag(49), en ongetwijfeld artikel 8 E.V.R.M., m.i. zelfs wanneer er „positieve verplichtingen” uit worden afgeleid (*infra*, nr. 22).

(43) Cass. 27 mei 1971, *Pas.* 1971, I, 888.

(44) Cass. fr. 24 mei 1975, arrest *Jacques Vabre*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1976, 347, noot J. FOYER en D. HOLLEAUX, *J.C.P.* 1975, II, 18180*bis*, concl. TOUFFAIT (EEG-verdrag); Cass. fr. 4 juni 1985, *Bull. civ.*, I, nr. 178 (E.V.R.M.).

(45) R. v. St. 20 oktober 1989, arrest *Nicolo*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1990, 125, concl. FRYDMAN, noot P. LAGARDE, *J.C.P.* 1989, II, 21371 (E.E.G.-verdrag).

(46) *België*: Cass. 21 april 1983, *R.C.J.B.* 1985, 22, noot M. WAELBROECK; J. VERHOEVEN, „La notion d’„applicabilité directe” du droit international”, *Rev. b. dr. int. et comp.* 1980, 243. *Nederland*: art. 93 N.G.W.; C.A.J.M. KORTMANN, *o.c.*, 166-168; J.G. BROUWER, „Nederlandse gedachten over de grondwet en het verdrag”, *R.W.* 1992-93, 1367. *Frankrijk*: D. DE BÉCHILLON, „De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire”, *Rev. fr. dr. adm.* 1998, 225.

(47) Althans wat het E.V.R.M. betreft, gezien het ontbreken van de mogelijkheid om een prejudiciële vraag te stellen aan het Europese Hof (zie P. VAN DIJK, *o.c.*, 177-178).

(48) Zie bv. artt. 1 en 26 E.V.R.M.; E.H.R.M., arrest *Handyside t. Verenigd Koninkrijk* van 7 september 1976, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 24, § 48.

(49) Vgl. evenwel art. 13, art. 3 Eerste Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M. (over de controverse: P. LEMMENS, „De Raad van State en de internationale verdragen over de rechten van de mens”, *T.B.P.* 1987, 367-386; J. VANDE LANOTTE e.a., *Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 178-179, nr. 347).

B. HOUDING VAN DE RECHTER

16. Doch veel belangrijker dan het formele handhavingssysteem van internationale grondrechten, is de houding die de rechter aanneemt bij de toepassing ervan in individuele geschillen(50). Zij bepaalt in ruime mate de effectieve doorwerking van internationale grondrechten in de interne rechtsorde.

17. Er hoeft niet aan herinnerd te worden hoe mensenrechtenvriendelijk de Nederlandse rechtspraak is.

In het familierecht is onder de impuls van de Hoge Raad het begrip „*family life*” bijna een internrechtelijk begrip geworden(51). De Nederlandse rechters blijken meer geneigd te zijn dan hun Belgische collega's(52) om via rechtsvorming zelf een passende remedie te verschaffen(53). Dit zet de wetgever er op een meer efficiënte wijze toe aan om mensenrechtenconforme hervormingen door te voeren(54). Zelfs ambtenaren van de burgerlijke stand worden bevoegd geacht om het bestaan van een „*family life*” vast te stellen(55).

Niet alleen institutionele factoren droegen daartoe bij, maar ook en misschien vooral een spitsvondige theorievorming over mensenrechten in het universitaire onderzoek en onderwijs, creatieve advocaten en markante rechters zoals Wiarda en Martens in de Hoge Raad.

18. Een totaal ander beeld komt uit de Franse rechtspraak naar voren(56).

(50) P. VAN DIJK, „De Houding van de Hoge raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens”, in *De Hoge raad der Nederlanden*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, 203. Voor een rechtsvergelijkend overzicht: J. VELU, *o.c.* (noot 11), 527.

(51) I.v.m. ouderlijk gezag, zie o.m. Hoge Raad 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510 met noot E.A. ALKEMA en E.A.A. LUIJTEN. Daarover: J. DE RUITER en J.K. MOLTMAKER, *Asser's Personen- en familierecht*, 14de druk, Deventer, Tjeenk Willink, 1992, nrs. 654-658.

(52) Zie b.v. Cass. 10 mei 1985 en 6 maart 1986, geciteerd (noot 27).

(53) Over de verplichting voor de Nederlandse rechter om het E.V.R.M. *ambtshalve* toe te passen: M DE WERD, „Ius curia novit — Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter”, *NJB* 1998, 691; R.A. LAWSON, *o.c.* (noot 11), 102-103, nr. 71.

(54) I.v.m. het ouderlijk gezag: art. 251 N.B.W. I.v.m. de erfrechtelijke positie van het niet-erkende biologische kind, *supra*, nr. 8.

(55) A.W.M. WILLEMS, „Ambtenaar van de Burgerlijke Stand past zonder rechterlijke tussenkomst EVRM toe”, *F.J.R.* 1997, 64-65. Vgl. in *België* de verplichting voor niet-rechterlijke overheden om ongrondwettelijk verklaarde wetten toe te passen: V. BARTHOLOMÉE en J. SOSSON, „La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation: les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990”, *J.T.* 1991, 713, nr. 8. Daardoor dreigt de Belgische Staat aansprakelijk te worden gesteld voor de door de burger opgelopen schade bij het instellen van onnodige procedures (vgl. Rb. Luik 17 november 2000, *J.T.* 2001, noot Y.-H. LELEU).

(56) Zie R. DE GOUTTES, „Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme: avancées et résistances”, *Rev. trim. dr. h.* 1999, 259.

Naast talrijke voorbeelden van expliciet verzet tegen de toepassing van het E.V.R.M.(57), heeft het vraagstuk van het transseksualisme aanleiding gegeven tot een veroordeling van Frankrijk in Straatsburg(58), na twintig jaar hardnekkige weerstand van het Hof van Cassatie tegen de wijziging van het geslacht in de geboorteakte(59). Soms is de wijze waarop het E.V.R.M. wordt toegepast methodologisch gezien gebrekkig(60). In de zaak-*Mazurek* blijkt dit uit het haast onbegrijpelijke verzuim om artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M. voor de interne rechtscollages in te roepen, en ook uit de argumentatie van de Franse regering die de vrij oude *Rasmussen*-rechtspraak (1984) aanhaalde om het actuele gebrek aan consensus over het vraagstuk van de overspelige kinderen in de lidstaten van de Raad van Europa te illustreren (§§ 38, 52).

Tenslotte worden bepaalde strijdigheden met het E.V.R.M. door de rechtsleer opgemerkt, zonder dat deze echter door de rechtspraak bekritiseerd worden. Aldus verschaft de vermelding van de naam van de ongehuwde moeder in de geboorteakte op zich nog steeds geen afstammingstitel (art. 337 Fr.C.c.)(61), en roept het verbod van de vaststelling van de moederlijke afstamming na een anonieme bevalling ernstige vragen op vanuit een mensenrechtelijk oogpunt (artt. 341 en 341-1 Fr.C.c.).

19. Een te eenvoudige uitleg voor deze achterstand wordt soms gevonden bij de bondigheid van de Franse Cassatie-arresten. Deze zijn echter nauwelijks korter dan de Belgische.

(57) Voor een overzicht: R. DE GOUTTES, *o.c.*, 19 e.v.; J.-P. MARGUÉNAUD, *o.c.* (noot 11), 124-137; S.K. MARTENS, „Het Europese Hof voor de rechten van de mens en de nationale rechter”, *N.C.J.M.-Bulletin* 2000, 758. Voorbeelden: weerstand tegen *Poitrimol* (E.H.R.M., arrest Poitrimol t. Frankrijk van 23 november 1993, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 277-A) in Cass. fr. crim. 19 januari 1994, *Bull. civ.*, I, nr. 27; weerstand tegen *Bellet* (E.H.R.M., arrest Bellet t. Frankrijk van 4 december 1995, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 333-B) in Cass. fr. 6 juni 1997, *J.C.P.* 1997, 4070, noot G. VINEY, *Rev. trim. dr. civ.* 1998, 518, noot J.-P. MARGUÉNAUD. Enkele (verrassende) toepassingen van het E.V.R.M. in familierechtelijke materies dienen opgemerkt te worden. Inzake islamitische verstotingen: Cass. fr. 11 maart 1997, *D.* 1997, 400, noot M.-L. NIBOYET. Inzake gelijkheid tussen man en vrouw in de huwelijksvermogensrechtelijke vereffening-verdeling: Cass. fr. 24 februari 1998, *D.* 1999, somm. comm., 290, noot B. AUDIT.

(58) E.H.R.M., arrest *Botella t. Frankrijk* van 25 maart 1992, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 232-C, *J.C.P.* 1997, II, nr. 21955, noot Th. GARÉ, *D.* 1993, 101, noot J.-P. MARGUÉNAUD.

(59) Cass. fr. 11 december 1992, *J.C.P.* 1993, II, 21991, *Rev. trim. D. H.* 1993; vgl. Cass. fr. 16 december 1975, *D.* 1975, 397, noot R. LINDON, *J.C.P.* 1976, II, 18503, noot J. PENNEAU. Daarover: W. GROSHEIDE, „Transsexualiteit en de betrekkelijkheid van de rechtsvinding”, in *Drie treden*, geciteerd (noot 17), 355.

(60) B.v. vage of geen verwijzing naar een verdragsbepaling: Cass. fr. 12 juli 1989, *Bull. civ.*, I, nr. 288.

(61) Vgl. Trib. gr. inst. Brive 30 juni 2000, *Dr. fam.* 2000, nr. 107, noot P.M., *D.* 2001, 27, noot I. ARDEEF.

Pertinenter is het feit dat in tegenstelling tot Nederland en België, de staatssoevereiniteit in Frankrijk een grondwettelijk begrip is (art. 3 Fr. Grondwet), dat zich ent op een prestigieuze geschiedenis — ook op het gebied van de mensenrechten — en een zeer gecentraliseerde staatsinrichting. Diep verankerde vooroordelen tegen de doorwerking van het supranationale recht komen aan het licht bij het zich beklagen over het verlies aan prestige van de nationale wet onder invloed van zowel het E.V.R.M.- als het E.G.-recht(62). Sommige auteurs, vooral uit de privaatrechtelijke sfeer(63), durven aan artikel 55 van de Franse Grondwet een interpretatie te geven(64) die volledig onverenigbaar is met de rechtspraak *Jacques Vabre* en *Nicolo*(65). Anderen minachten een onvoorspelbare rechtspraak van internationale rechters die Angelsaksisch zouden redeneren(66). Ook werd de zgn. „drang” naar de toepassing van internationale mensenrechten vergeleken met één van de oproepen van Markies de Sade om aan alle menselijke driften gevolg te geven(67).

Met het interpretatieve gezag van de Straatsburgse arresten, waarover de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie allesbehalve coherent is(68), kunnen weinig auteurs vrede nemen: het lokt een verwijt van ondemocratische regelgeving uit. Voor Ancel en Lequette levert dit de Franse rechter aan een buitenlandse „*gouvernement des juges*” over, waarvan de leden het Franse rechtstelsel niet kennen, noch zijn tradities, noch zijn gewoontes, noch zijn behoeften en waarvan de

(62) Wat het E.V.R.M. betreft: „*axiomes passe-partout d'une pseudo-constitution étrangère dont le caractère elliptique autorise les interprétations les plus divinatoires*”; wat het E.G.-recht betreft: „*autorité étrangère légiférante*” (J. CARBONNIER, *Introduction au droit*, Paris, P.U.F., 1992, nr. 116). Zie ook P. LAGARDE, recensie van *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1994, 682; B. OPPETT, „L'Eurocratie et le mythe du législateur suprême”, *D.* 1990, 73. In dezelfde trend: B. BEIGNIER, noot onder Reims 15 januari 1998, *Dr. fam.* 1999, nr. 17, p. 19; Ph. MALAURIE, noot *J.C.P.* 1997, I, 22834, 209; Ph. JESTAZ, „L'égalité et l'avenir du droit de la famille”, in *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, 427. Gelukkig verkondigen een aantal auteurs een andere boodschap (zie o.a. J.-P. MARGUÉNAUD, *o.c.* (noot 11); M. MAYMON-GOUTALLOY, *o.c.*).

(63) Over de positievere houding van de publiekrechtelijke rechtsleer: J.-F. FLAUSS, noot, *D.* 1993, 175.

(64) B. ANCEL en Y. LEQUETTE, noot onder Cass. fr. 25 mei 1975, in *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 1992, 456-457: aangezien de rechter deel uitmaakt van de interne orde, blijft hij eraan ondergeschikt en kan hij van zijn bevoegdheden geen gebruik maken om zich aan deze hiërarchie te onttrekken.

(65) „*une révolution de palais*”, volgens J. FOYER et D. HOLLEAUX (*o.c.*, 359).

(66) J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} république*, Paris, Flammarion, 1996, 55. Er weze opgemerkt dat Engelse juristen niet anders over het E.V.R.M. hebben gedacht (zie b.v. L. HOWITT, geciteerd in P. NOORLANDER, *o.c.* (noot 40), 838).

(67) Y. LEQUETTE, noot onder Parijs 14 juni 1994, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1995, 313.

(68) Het Franse Hof van Cassatie heeft dit beginsel reeds erkend (Cass. fr. 10 januari 1984, geciteerd (noot 11)), doch ook meermaals naast zich neergelegd (J.-P. MARGUÉNAUD, *o.c.* (noot 11), 131; noot *Rev. trim. dr. civ.* 1996, 506).

voornaamste opdracht niet het gemene goed van de Franse maatschappij is(69).

Ook het arrest-*Mazurek* heeft zoals elke veroordeling van Frankrijk een golf van verontwaardiging doen ontstaan(70).

Een dergelijk activisme heeft verstrekkende gevolgen, niet alleen omdat het ook verspreid raakt via het universitaire forum, maar ook omdat dit het Franse Hof van Cassatie beïnvloedt, laat staan remt, bij de ontwikkeling van een creatieve rechtsvorming.

C. METHODOLOGIE VAN DE RECHTERLIJKE RECHTSVORMING

20. Gelet op die achtergrond, is het niet verwonderlijk dat Nederland over de meest uitgewerkte methodologie beschikt om een passende remedie te verschaffen aan de rechtszoekende ingeval van strijdigheid tussen een interne en een supranationale norm. Want de aanvaarding van de interne toepassing van een verdrag (*supra*, nr. 14) is één zaak, daarnaast moeten de bevoegdheden van de rechter en van de wetgever bij het wegwerken van een normenconflict afgebakend worden. Wat het E.V.R.M. betreft, moet één van beide staatsorganen zich van die taak kwijten: artikel 13 E.V.R.M. bepaalt immers dat eenieder recht heeft op een „daadwerkelijk rechtsmiddel”, de zgn. „*effective remedy*”, doch laat open aan wie die taak toekomt.

Deze tweede vraag, die zich alleen stelt bij een dergelijk normenconflict, noopt de nationale rechter tot bezinning: „Kan ik zelf rechtsbescherming bieden aan de burger? Of moet ik me onthouden omdat het tot de taak van de wetgever behoort? Kan ik, met andere woorden, aan rechtsvorming doen?”

21. Op een meer verfijnde wijze dan het Belgische Hof van Cassatie — Frankrijk komt helaas zelfs niet toe aan deze vraag(71) — legt de Nederlandse Hoge Raad in zijn arrest van 12 mei 1999 daar heldere

(69) *O.c.* (noot 65), 464.

(70) Men leze b.v. J. HAUSER (*o.c.*, noot 34) die als praktische raad geeft aan de rechtspraak *Mazurek* te weerstaan, opdat Frankrijk opnieuw veroordeeld zou worden, want dan zal het opstapelen van billijke genoegdoeningen het Franse Ministerie van Financiën ertoe aanzetten om de wetgever aan te sporen tot hervormingen.

(71) Het Verenigd Koninkrijk, een dualistisch rechtstelsel, daarentegen wel, en zelfs via de (omzettings)wetgeving. De Human Rights Act 1998, aangevuld met de parlementaire voorbereidingswerken, bevat richtlijnen ter verzoening van de doelstelling om de doorwerking van het E.V.R.M. te effectueren en het formeel verbod om parlementaire wetgeving buiten toepassing te laten (daarover: P. NOORLANDER, *o.c.* (noot 40), 840-844).

richtlijnen voor vast(72). Dit noemt men „rechtsvorming over de rechtsvorming”(73).

1. *Eerste richtlijn*: de gemakkelijkste herstellwijze bestaat erin de strijdige norm *buiten toepassing* te laten(74). Dit mag volgens de Hoge Raad alleen indien het slachtoffer van de strijdigheid er baat bij heeft(75).
2. Zoniet — *tweede richtlijn* — mag de rechter nieuw recht creëren via rechtsvorming, voor zover hij twee belangen met elkaar afweegt: dat van het slachtoffer dat hem tot voortvarendheid noopt, tegenover dat van de scheiding der machten dat hem tot terughoudendheid aanspoort.

Deze tweede richtlijn wordt door de Hoge Raad in drie sub-richtlijnen nader uitgewerkt:

- a. de rechter kan het rechtstekort zelf aanvullen indien het geldende recht(76) duidelijk aangeeft welke oplossing zich opdringt;
- b. de rechter kan dit echter niet indien meerdere oplossingen denkbaar zijn waartussen een keuze slechts door de wetgever gemaakt kan worden;
- c. de rechter kan dit uitzonderlijk wel, zij het op een voorzichtigere wijze, indien de wetgever op de hoogte was van de strijdigheid en nalatig is geweest bij het wegwerken ervan.

22. Alvorens deze richtlijnen bij wijze van rechtsvergelijkend experiment toe te passen op de *Mazurek*-problematiek (*infra*, nr. 31 e.v.), wil ik er nog even op wijzen dat het Belgische Hof van Cassatie, in zijn rechtspraak over de gevolgen van het *Marckx*-arrest, het vraagstuk van de rechtstreekse werking enigszins vermengd lijkt te hebben met dat van de rechtsvorming.

(72) *Ars Aequi* 1999, 668. Zie ook Hoge Raad 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 230.

(73) S.K. MARTENS, „De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter”, *NJB* 2000, 750. Zie ook J. DE BOER, „De Broedende Kip in EVRM-zaken”, *NJB* 1995, 1027; R.A. LAWSON, *o.c.* (noot 11). Vgl. G.J. WIARDA, „Drie types van rechtsvinding”, in *Een bundel gedachten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1963, 129; W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard, 1973.

(74) Een „*testimonium paupertatis*” volgens J. DE BOER („A whole code of family law; boek 1 B.W. getoetst aan het E.V.R.M.”, in K. BLANKMAN en W.C.J. ROBERT (eds.), *Het E.V.R.M. en het Nederlandse en Belgische personen-, familie- en jeugdrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 6).

(75) Voorbeelden: Hoge Raad 17 november 1993, *BNB* 1994, noot J. WATTEL (vooral 272); Hoge Raad 4 mei 1984, *NJ* 1986, 585, vooral concl. A.G. MOLTMAYER, 2200-2201.

(76) D.i. volgens de Hoge Raad „het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis”.

Voor de tweede maal stelt dat Hof op 17 september 1997(77) vast dat de rechter niet bij machte is zelf in een vordering tot onderzoek naar het buitenhuwelijkse (i.c. overspelige) vaderschap te voorzien op grond van artikel 8 E.V.R.M., omdat het niet gaat om de opheffing van een inmenging van de overheid in het gezinsleven, maar om de verwezenlijking van een *positieve verplichting* die door het Hof in het *Marckx*-arrest uit deze norm afgeleid werd. In die mate zou de bepaling „niet voldoende nauwkeurig en volledig zijn om directe werking te hebben”, aangezien de Staat terzake over verschillende mogelijkheden beschikt om die doelstelling te verwezenlijken.

Die redenering berust nog steeds op de kern van de stelling-Rigaux volgens dewelke een verdragsbepaling haar karakter van rechtstreekse werking verliest zodra er „positieve verplichtingen” uit worden afgeleid(78). Dat is methodologisch gezien iets anders dan te stellen dat ondanks het rechtstreeks werkende karakter van de verdragsbepaling — de eerste vraag — het *zoeken naar een remedie voor het normenconflict*, m.a.w. de „rechtsvorming” — de tweede vraag — niet aan de rechter doch aan de wetgever toebehoort, vermits geen éénduidige oplossing zich op basis van het geldende recht opdringt.

Wij durven zelfs bij de theoretische juistheid van de stelling van het Belgische Hof van Cassatie in de twee besproken arresten een vraagteken plaatsen. Rechtsvorming kent weliswaar zijn grenzen, zoals b.v. de richtlijnen die door de Hoge Raad gesystematiseerd werden, maar die staan los van het begrip „rechtstreekse werking”. Gelet op de laatste richtlijn (2.c) kan men bovendien stellen dat de rechter toch een keuze met belangenafweging had mogen maken, omdat de Belgische overheid bekend was met het normenconflict(79).

23. Enkele Belgische auteurs nemen een meer vooruitstrevend standpunt in over de methodologie van de rechterlijke rechtsvorming.

Heyvaert en Willekens hebben onmiddellijk na het *Marckx*-arrest op overtuigende wijze aangetoond dat positieve verplichtingen de rechter niet altijd dwingen een nieuwe instelling te creëren. De rechter kan immers meestal een aanknopingspunt vinden in de bestaande regeling, *in casu* het geldende afstammings- en erfrecht. Ofwel zal hij de

(77) Cass. 19 september 1997, *T.B.B.R.* 1999, 45, noot Y.-H. LELEU, *R.W.* 1998-99, 435, noot S. MOSSELMANS. In dezelfde zin: Cass. 10 mei 1985, geciteerd (noot 27).

(78) F. RIGAUX, „La loi condamnée”, *J.T.* 1979, 523-524. Deze auteur overschat het belang van de „gemeenschappelijke wilsuiting van de verdragspartijen” als criterium voor de directe werking (*supra*, nr. 14); *contra* M. BOSSUYT, *o.c.* (noot 25), 941-942, 944-945.

(79) In die zin ook J. DE BOER, *o.c.* (noot 73), 1028-1029, nrs. 7-8.

strijdige bepaling uitschakelen, ofwel ze anders interpreteren, ofwel een andere norm ruimer toepassen. Een voorwaarde is evenwel dat de gekozen oplossing zich als enige mogelijke opdringt, en dat geen administratief kader geschapen moet worden(80).

Deze stelling werd door De Schutter opnieuw verdedigd en, zoals de Hoge Raad, ingekaderd in de theorie van de scheiding der machten. Waar Rigaux erbij blijft dat „*le juge énonce les paroles de la loi*”(81), stelt De Schutter dat de rechter zelf een strijdigheid met de mensenrechten mag wegwerken, zij het op een „proportionele wijze”. Zijn aantasting van de scheiding der machten moet m.a.w. in verhouding staan met de doelstelling om de Belgische Staat het internationale recht te doen eerbiedigen, hetgeen gebeurt wanneer de rechter in het geldende interne recht de middelen vindt om het normenconflict op te lossen(82).

24. Wat Frankrijk betreft, vindt het talmen in de *Mazurek*-problematiek niet alleen zijn oorsprong in het ontbreken van „rechtsvorming over de rechtsvorming”, doch ook in een zuiver erfrechtelijke factor: de ongunstige positie van de langstlevende echtgenoot.

III. Tweede verklaringsfactor: belangenafweging in het erfrecht

A. AANWEZIGE BELANGEN

25. De bescherming van het huwelijk is m.i. eerder het voorwendsel dan de hoofdreden voor de discriminatie van overspelige kinderen. Het Franse Hof van Cassatie kan immers liberale arresten vellen, zoals dat van 3 februari 1999 waarin op verrassende wijze afstand werd gedaan van de klassieke beperkingen aan de geldigheid van giften gedaan door een overspelige man aan zijn concubine(83). Aldus blijft tegenwoordig enkel het overspelige kind nadeel ondervinden van de

(80) A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *o.c.*, 124-125. In die zin ook P. SENAËVE, „Het Marckx-arrest, de directe werking en het Hof van cassatie”, *R.W.* 1985-86, 1828-1829, nr. 10. Deze auteurs menen dat in het afstammingsrecht, gelet op de juridische context, de enige mogelijkheid vaak erin bestaat het meest voordelige regime te veralgemenen.

(81) F. RIGAUX, noot onder Cass. 3 oktober 1983, *R.C.J.B.* 1984, 626, nr. 18.

(82) O. DE SCHUTTER, „La coopération entre la Cour européenne des droits de l’homme et le juge national”, *Rev. b. dr. int.* 1997, 51-53, nrs. 31-32.

(83) Cass. fr. 3 februari 1999, *D.* 1999, 267, noot J.-P. LANGLADE-O’SUGHRUE, *Dr. fam.* 1999, 54, noot B.B., *J.C.P.* 1999, I, 160, noot J. RUBELLIN-DEVICHI, *Rev. trim. dr. civ.* 1999, 817, noot J. HAUSER.

misstap van zijn ouder, die zijn concubine kan belonen bijna zonder enige andere beperking dan het eerbiedigen van de reserve! Dit wekt de indruk dat andere motieven aanwezig zijn om dat kind anno 2001 nog steeds als minderwaardige erfgenaam te beschouwen.

26. De huidige Franse wetgeving geeft blijk van een *onevenwichtige belangenafweging tussen de belangen van het overspelige kind, de belangen van de wettige kinderen, en vooral de belangen van de bedrogen langstlevende echtgenoot.*

Mijn stelling is dat deze onvolmaakte belangenafweging een creatieve rechtsvorming door de Franse rechter in de weg kan staan, omdat de erfrechtelijke roeping van de langstlevende echtgenoot op die wijze opgevat is dat het afschaffen van discriminaties tegenover de overspelige kinderen haar soms schade kan veroorzaken, schade die de rechter niet altijd zonder wetgevende ingreep kan compenseren.

Deze situatie is sterk te betreuren, want in elke rechtstak staat een verfijnde belangenafweging borg voor een mens- en mensenrechten-eerbiedigende wetgeving(84).

Niet alleen economische belangen staan op het erfrechtelijke spel, maar ook emotionele: de wonden van het overspel, als ze reeds geheeld zijn, kunnen weer geopend worden door confrontaties in het sterfhuis.

Beslissend is derhalve welke erfgenaam in samenloop met de langstlevende en het overspelige kind tot de nalatenschap komt.

B. HYPOTHESEN VAN SAMENLOOP VAN ERFGERECHTIGDEN

1. Enkel (in overspel verwekte) kinderen

27. In de eerste hypothese van samenloop wordt de nalatenschap van een overspelige man alleen tussen zijn kinderen — wettige en overspelige — verdeeld. Deze hypothese komt vaak voor, want niet zelden leidt het overspel tot een echtscheiding en erft de bedrogen echtgenote niet(85).

(84) Zie i.v.m. het erfrecht N. GEELHAND, *Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het erfrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 9-14.

(85) CARBONNIER heeft het hier over een „*enfant adultérin sur mort mariage*” (*La famille*, Paris, P.U.F., 1989, 498, nr. 340). Het kind kan ook zijn overspelig statuut verliezen door wettiging door het huwelijk van zijn vader met zijn concubine (art. 331 Fr.C.c.).

Volgens mij kan in dat geval de rechter zelf de wettelijke devolutieregels veralgemenen naar alle kinderen en het betwiste artikel 760 F.C.c. buiten toepassing laten. Hij vindt een „*effective remedy*” in het bestaande wetgevend materiaal, nl. de wettelijke devolutieregels m.b.t. de kinderen (art. 745 lid 2 F.C.c.). Dit is ook de enige mogelijke oplossing.

Op die wijze maakt hij een einde aan de onbillijke mogelijkheid voor wettige broers om zich ten koste van de overspelige halfbroers te verrijken! De eersten hebben immers geen morele schade geleden door het overspel, en bovendien kunnen broers of zusters zich nooit beklagen over de geboorte van een nieuwe mede-erfgenaam.

2. *Langstlevende echtgenoot en (in overspel verwekte) kinderen*

28. In een tweede hypothese van samenloop erft de bedrogen echtgenote samen met meerdere kinderen, waarvan sommige in overspel verwekt werden. Dit veronderstelt dat het huwelijk niet door echtscheiding ontbonden werd⁽⁸⁶⁾ en/of dat de overspelige afstamming postuum werd vastgesteld, hetgeen in de drie onderzochte landen mogelijk is⁽⁸⁷⁾.

29. In België en Nederland stelt deze hypothese van samenloop geen bijzondere moeilijkheid omwille van de sterke erfrechtelijke roeping van de langstlevende echtgenoot.

De kinderen erven in België en Nederland respectievelijk slechts blote eigendom of een niet-opeisbare geldvordering, terwijl de langstlevende minimum een gebruiksrecht op de hele nalatenschap verkrijgt, d.i. het vruchtgebruik (art. 745*bis* B.W.) respectievelijk de eigendom (art. 4.2A.1.1, lid 2 N.B.W.)⁽⁸⁸⁾.

(86) CARBONNIER heeft het hier over een „*enfant adultérin sur vijf mariage*” (*l.c.*)

(87) België: Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN; Frankrijk: art. 340-3 Fr.C.c.; Nederland: J. DE BOER, *o.c.* (noot 16), 573, nr. 785z.

(88) België: M. PUELINCKX-COENE, *o.c.* (noot 26), 93 e.v.; Nederland: A. NUYTINCK, „Recente ontwikkelingen in het Nederlandse personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht”, *T.P.R.* 2000, 1005 e.v.; M.J.A. VAN MOURIK, in M.J.A. VAN MOURIK (red.), *Handboek nieuw erfrecht*, 2de druk, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 45 e.v. In het vigerende Nederlandse erfrecht wordt de (ontoereikende) wettelijke bescherming van de langstlevende echtgenoot uitgebreid door de rechtspraak (b.v. Hoge Raad 30 november 1945, *De Visser-Harms*, *NJ* 1946, nr. 2) en door de praktijk van de *ouderlijke boedelverdeling* (art. 4:1167 N.B.W. (oud)); Hoge Raad 12 mei 1972, *NJ* 1973, 53; M.J.A. VAN MOURIK, *o.c.* (noot 14), 168 e.v.; A. VERBEKE, „*De legitieme ontbloot of dood? Leve de echtgenoot*”, overdruk *T.P.R.* 2000, nr. 171).

Recente hervormingen hebben in die twee landen immers het door Verbeke erkende „primaat van de langstlevende echtgenoot” ingepast(89). De erfrechtelijke roeping van de langstlevende werd aangepast aan diens belangen, die voornamelijk gericht zijn op het behoud van zijn levenskader en levensstandaard(90), en minder op aanspraken in eigendom op het eigen vermogen van de overledene(91).

In onderhavige problematiek primeren aldus de *patrimoniales* belangen van de weduwe die van de kinderen, met inbegrip van de overspelige, en verdwijnt vooral de concurrentie met hen op de volle eigendom(92). De kinderen worden in een afwachtende positie (achter)gesteld zolang de behartiging van de belangen van de langstlevende nog haar reden van bestaan behoudt, d.i. tot aan diens overlijden of — althans in Nederland — tot aan diens hertrouwen(93). De (bedrogen) langstlevende echtgenoot erft iets *anders* dan de kinderen en mag zich er daarom niet over beklagen dat deze laatsten gelijkwaardig behandeld worden! Bovendien kunnen de *emotionele* gevolgen van een plots opduikend overspelig kind gemilderd worden door — althans in België — bestaande beperkingen van zijn erfrechten *in natura*(94). Aldus komt het basisuitgangspunt van deze belangenafweging naar voren: het overspel — de fout van de ouder — mag

(89) A. VERBEKE, *o.c.*, nrs. 127 e.v.

(90) P. CATALA, „Pour une réforme des successions”, *Rép. Defrénois* 1999, 450, nr. 4; A. VERBEKE, *o.c.*, nrs. 187 en 189.

(91) Wat de aanspraak van de langstlevende echtgenoot op het gemeenschappelijke vermogen, laat staan de zgn. aanwinsten, betreft, dient *de lege ferenda* rekening gehouden te worden met een vermoeden van gelijke bijdrage tot de vorming van dat vermogen (*ibid.*, nrs. 131 en 183). Minder vanzelfsprekend zijn haar aanspraken op aanwinsten die ingeschreven zijn op naam van de andere echtgenoot in een stelsel van scheiding van goederen (meer daarover: *ibid.*, nrs. 145 e.v.).

(92) In België erft de langstlevende echtgenoot het gemeenschappelijk vermogen in volle eigendom ingeval de erflater slechts zijverwanten of ascendenten nalaat (art. 745bis, §1 B.W.). In dat geval concurreert ze wel met een overspelig kind op de (andere) helft van dat vermogen (in blote eigendom). Dit lijkt me niet onlogisch en brengt voor de langstlevende echtgenoot in beginsel geen economisch *verlies* teweeg, aangezien redelijkerwijze vermoed kan worden dat beide echtgenoten in gelijke mate bijgedragen hebben tot de vorming van de aanwinsten.

(93) De kinderen kunnen hun aanspraken gestalte geven via de uitoefening van zgn. *wilsrechten*. Samenvattend kan dit in geval van overlijden, faillissement of hertrouwen van de langstlevende echtgenoot (zie A. NUYTINCK, *o.c.*, 1007 e.v.; M.J.A. VAN MOURIK, *Nieuw erfrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 69 e.v.; A. VERBEKE, *o.c.*, nrs. 168-169).

(94) *België*: art. 745quater, § 1, lid 2 B.W.: ontzegging van het recht om de omzetting van het erfrechtelijk vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot te vorderen. Sommige auteurs vinden deze maatregel discriminatoir, laat staan disproportioneel t.o.v. het beoogde doel (M. PUELINCKX-COENE, *o.c.* (noot 26), 133-136, nr. 96). *Adde* art. 837 B.W.: mogelijkheid om het overspelige kind uit de verdeling in natura te weren, mits uitbetaling van zijn erfdeel (eveneens kritisch: M. PUELINCKX-COENE, *o.c.* (noot 26), 223-224, nr. 175). *Nederland*: in het nieuwe erfrecht vloeit een dergelijke beperking voort uit het feit dat de langstlevende echtgenoot principieel in volle eigendom erft (*supra*, nr. 29 en noot 88).

geen *economische benadeling* van het kind — de onschuld zelve — veroorzaken(95). Een mensenrechtenconforme oplossing verleent m.i. aan buitenhuwelijkse kinderen een *gelijkwaardig* aandeel, doch niet noodzakelijk een *gelijkaardig*.

30. Bij gebrek aan een dergelijke modernisering verkeert Frankrijk bijna nog in de tijd van de *Code civil*, toen men het primaat van de bloedverwanten huldigde, men het erfrecht veel minder op de vermoede genegenheid baseerde(96), en men vond dat de helft van de huwelijkse aanwinsten volstond om de langstlevende te voldoen(97), temeer daar faciliteiten bestonden om elkaar te begiftigen via huwelijkcontract(98).

Vandaar dat ingeval kinderen of bevoorrechte ascendenten of zijverwanten(99) tot de nalatenschap geroepen zijn, de langstlevende echtgenoot zijn roeping in volle eigendom(100) verliest, en slechts vruchtgebruik op respectievelijk 1/4 of 1/2 van de nalatenschap verkrijgt (art. 767 Fr.C.c.). Van reserve is er uiteraard geen sprake, hoogstens van een onderhoudsvordering in geval van behoefte(100) (art. 207-1 Fr.C.c.).

Aldus concurreert naar Frans recht de langstlevende echtgenoot met bloedverwanten op de volle eigendom, hetgeen niet alleen indruist tegen het „primaat van de langstlevende echtgenoot”, maar evenmin beantwoordt aan zijn belang.

31. Gelet op deze wettelijke achtergrond en de besproken richtlijnen van de Hoge Raad (*supra*, nr. 21), kan de taak van de post-*Mazurek* rechter ten experimentele titel nader omljnd worden.

(95) Over een „*principe d'innocence*”: G. CORNU, „La naissance et la grâce”, *D.* 1971, 170, nr. 28.

(96) M. GRIMALDI, *o.c.* (noot 6), 162, nr. 168.

(97) Intussen werd de omvang van de wettelijke gemeenschap van de roerende goederen en de aanwinsten verminderd tot enkel de aanwinsten.

(98) Artt. 1094, 1094-1 Fr.C.c.: uitbreiding van beschikbaar deel t.v.v. de langstlevende echtgenoot met optiemogelijkheid in geval van contractuele erfstelling (*donatio mortis causa*): ofwel 100 % volle eigendom, ofwel 1/7 volle eigendom + 3/4 vruchtgebruik. Zie Y.-H. LELEU, *o.c.* (noot 7), 89.

(99) Dit zijn ouders, broers, zusters, neven en nichten. Voor meer details: M. GRIMALDI, *o.c.* (noot 6), 187-188, nr. 204.

(100) De langstlevende erft 1/2 van de nalatenschap in volle eigendom in aanwezigheid van erfgenamen van de derde orde, doch op voorwaarde dat ze slechts in de moederlijke of in de vaderlijke lijn opkomen (artt. 753, 766 Fr.C.c.). Hij erft de hele nalatenschap in volle eigendom in aanwezigheid van erfgenamen van de vierde orde (art. 765 Fr.C.c.) Zie M. GRIMALDI, *o.c.* (noot 6), 178 e.v.

32. A. In een *eerste sub-hypothese* van samenloop, tussen wettige kinderen, overspelige kinderen en de bedrogen echtgenote, is de gelijkschakeling door de rechter mogelijk en zelfs geboden, via het niet-toepasselijk verklaren van artikel 760 van de Franse *Code civil* en de uitbreiding van wettelijke devolutieregels (*supra*, nr. 27; cf. richtlijn 2.a).

De erfrechtelijke roeping van de bedrogen echtgenote wordt immers reeds door de aanwezigheid van huwelijkse kinderen herleid tot 1/4 vruchtgebruik (art. 767, lid. 1, § 2 Fr.C.c.). Dat één van de afstammelingen (bovendien) in overspel verwekt werd, brengt haar op zich geen patrimoniale schade toe(101), terwijl haar emotionele belangen behartigd worden door de mogelijkheden van uitsluiting van de verdeling *in natura*(102).

33. B. In een *tweede sub-hypothese* van samenloop, ditmaal tussen de bedrogen echtgenote en enkel overspelige kinderen, zou de afschaffing van de discriminaties door de rechter een fors patrimoniaal verlies voor de langstlevende echtgenote inhouden, want zonder die overspelige kinderen zou ze ofwel meer vruchtgebruik, ofwel volle eigendom erven, afhankelijk van de andere in samenloop zijnde erfgenamen die geen kinderen zijn.

Het is immers zo dat indien naast overspelige kinderen ook bevoorrechte ascendenten of zijverwanten erfgerechtigd zijn, de langstlevende echtgenote krachtens artikel 767, lid. 1, § 3 van de Franse *Code civil* een aandeel *in vruchtgebruik* zou verliezen, zij zou nl. een vermindering ondergaan van 1/2 naar een 1/4. De huidige discriminatie bestaat erin dat ze de helft vruchtgebruik *blijft* erven ondanks de aanwezigheid van kinderen, gelet op hun overspelige verwekking.

Indien echter naast overspelige kinderen slechts verdere of helemaal geen erfgerechtigden opkomen(103), zou de langstlevende echtgenote *een aandeel in volle eigendom* verliezen. Krachtens artikel 759 van hetzelfde wetboek, *blijft* ze volle eigendom erven, ondanks de aanwezigheid van kinderen, omdat ze in overspel verwekt werden. Haar aandeel in volle eigendom — de helft of de hele nalatenschap naargelang welke verdere verwant erfgerechtigd is — wordt evenwel gehalveerd, ten bate van alle overspelige kinderen.

(101) M. GRIMALDI, *o.c.* (noot 6), 188, nr. 204.

(102) Zie de artt. 731, 761 Fr.C.c. (inzake preferentiële toewijzing); art. 762 Fr.C.c. (begiftiging met uitsluiting van de latere verdeling).

(103) Zie art. 765 en 766 Fr.C.c.; M. GRIMALDI, *o.c.* (noot 6), 182, nr. 195.

Naar mijn mening zou de rechter in deze sub-hypothese van oordeel kunnen zijn dat de belangen van de bedrogen echtgenote extra aandacht verdienen, omdat het precies het overspelige kind is dat de aantasting veroorzaakte(104). Hij kan dan van mening zijn dat de bestaande Franse wetgeving geen pasklare oplossing daarvoor biedt, en mag zich derhalve terughoudend opstellen (cf. richtlijn 2.b).

Een progressieve rechter zou nochtans mogen oordelen dat aan de belangen van de langstlevende echtgenoot in deze sub-hypothese geen groter gewicht moet worden toegekend dan in de eerste, en het noch onlogisch noch disproportioneel vinden dat haar roeping toch tot 1/4 vruchtgebruik wordt gereduceerd omwille van de aanwezigheid van het overspelige kind. De „*effective remedy*” zou er dan in bestaan artikel 759 van de Franse *Code civil* buiten toepassing te verklaren; de vervangingsoplossing — 1/4 vruchtgebruik voor de langstlevende — bestaat ook in het geldende Franse recht(105) (cf. richtlijn 2.a).

IV. Besluit

34. Optimisme blijft de boodschap. Alleen in de tweede sub-hypothese van samenloop die niet frequent voorkomt, mag de rechter zich terughoudend opstellen. Daarbuiten is de actieruimte voor voortvarende rechtspraak zeer breed. Enkele positieve geluiden in de lagere Franse rechtspraak hebben zich trouwens reeds laten horen.

35. Een dubbele taak blijft nochtans voor de Franse wetgever weggelegd: tegelijkertijd de in overspel verwekte kinderen en de langstlevende echtgenoot erfrechtelijk promoveren.

Zal hij daarbij inspiratie zoeken bij andere Europese rechtsstelsels en de discussie beperken tot het kiezen van de adequate middelen ter verwezenlijking van het „primaat van de langstlevende echtgenoot”? Dit kan helaas betwijfeld worden.

(104) Vinden dit onbillijk *de lege lata*: J. THIERRY, noot onder E.H.R.M. 1 februari 2000, *D.* 2000, 335; A. VERBEKE, *o.c.*, nr. 14, noot 20.

(105) Zie M. GRIMALDI, *o.c.* (noot 6), 166, nr. 174, die schrijft over het gelijkaardige negatieve gevolg op de roeping van de langstlevende echtgenoot van de gelijkschakeling tussen huwelijkse kinderen en buitenhuwelijkse (natuurlijke) kinderen door de Wet van 3 januari 1972: „*son préjudice (van de langstlevende echtgenoot) n'est que l'effet secondaire, la conséquence inéluctable de l'amélioration de la situation des enfants naturels: ce que l'on donne aux uns, on le prend nécessairement aux autres*”.

In alle haast werd een wetsvoorstel in de Franse Kamer gestemd; het moet nog door de Senaat goedgekeurd worden(106). Uit een vluchtige lezing daarvan blijkt reeds dat de belangenafweging opnieuw in het voordeel van de bloedverwanten uitvalt(107) en dat de continuïteit zoek geraakt is met de indrukwekkende doctrinale reflectie *de lege ferenda*(108), waarnaar het Europese Hof in arrest-*Mazurek* uitvoerig verwijst om de toenemende consensus over bepaalde grondbeginselen aan te tonen (§ 52). Daarin eerder dan in het onvoorbereide recente wetsvoorstel liggen de grondslagen van een verfijnde belangenafweging.

36. De moraal van dit verhaal is dat rechtsvergelijking elk wetgevingsproces kan stimuleren en kan bijdragen tot een harmonisatie van het erfrecht in Europa(109), op voorwaarde natuurlijk dat men zich hoedt voor natio-centrisme en men taalkundige obstakels overbrugt. *Moge de T.P.R.-Wisselleerstoel daartoe bijdragen.*

Dankwoord

37. *Het Tijdschrift voor Privaatrecht* is de derde Vlaamse instelling die mijn onderzoek steunt, na het FWO-Vlaanderen en de KULeuven. Ik ben de Redactie van het *Tijdschrift* zeer oprecht dankbaar voor het instellen van de Wisselleerstoel die ik vandaag mag aanvaarden.

(106) Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant, goedgekeurd door de Kamer in eerste lectuur op 8 februari 2001 (nr. 638), grondig geamendeerd door de Senaat in eerste lectuur op 21 juni 2001 (nr. 119) en opnieuw goedgekeurd door de Kamer in tweede lectuur op 28 juni 2001 (nr. 698). De Senaat heeft o.m. overgangsmaatregelen toegevoegd die de „nieuwe bepalingen” i.v.m. overspelige kinderen onmiddellijk toepasselijk verklaren op reeds opengevallen doch niet verdeelde nalatenschappen. Dergelijke „nieuwe bepalingen” dienaangaande ontbreken echter, vermits het wetsvoorstel zich ertoe beperkt de discriminatoire bepalingen af te schaffen (zie volgende noot). Zie: J. FERTAL, „Le nouveau statut successoral du conjoint successible”, *Gaz. Pal.* 23-30 juni 2001, 22.

(107) Zie b.v. art. 766 Fr.C.c.: in samenloop met kinderen erft de langstlevende echtgenoot 1/4 volle eigendom van de nalatenschap. M.b.t. overspelige kinderen, zie de zuivere afschaffing — d.i. zonder belangenafweging — van de artt. 334-7, 759 t.e.m. 764, 908, 908-1, 915 t.e.m. 915-2, 1097 en 1097-1 Fr.C.c. Zeer kritisch: P. CATALA, „Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant”, *J.C.P.* 2001, 861.

(108) Twee regeringsontwerpen met een breder opzet dan het erfrecht van de langstlevende echtgenoot werden ingediend (een eerste versie schakelde alle kinderen gelijk (25 december 1991, nr. 2530); een tweede versie voerde de discriminaties opnieuw in (8 februari 1995, nr. 1941). Vgl. het Verslag van de Commissie Dekeuwer-Défossiez (*Rénover le droit de la famille*, Paris, La Documentation Française, 1999). Zie ook: A.G.L.A. STILLE, „Franse plannen met de langstlevende echtgenoot”, in *Ying-Yang. Bundel opstellen aangeboden aan Prof. mr. M.J.A. van Mourik*, Deventer, Kluwer, 2000, 369.

(109) A. VERBEKE en Y.-H. LELEU, „Harmonization of the law of succession in Europe”, in *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998, 173.

Waarde collega Storme, misschien kan ik U, gelet op de wordingsgeschiedenis van het *T.P.R.*, het best bedanken door U mijn vaste voornemen te herhalen om de juridische bronnen van ons land als één geheel te beschouwen en ze alleen in functie van hun wetenschappelijk gehalte te beoordelen.

De Katholieke Universiteit Nijmegen en haar rechtsfaculteit ben ik zeer erkentelijk voor de wijze waarop zij als gastinstelling fungeren. Ik hoop de reeds bestaande samenwerkingsverbanden met mijn thuisinstelling te mogen verstevigen.

Waarde collega Van Mourik, een beter onthaal kon ik me niet inbeelden. Ik ben hier te gast bij één van de meest befaamde professoren familiaal vermogensrecht en zal ongetwijfeld veel bijleren. De erfenis-Picasso en die van andere kunstenaars zal ik onder de loep nemen, om tijdens mijn verblijf in Uw instituut een rechtsvergelijkende studie van de vererving van artistieke en intellectuele eigendomsrechten aan te vatten.

De Université de Liège, verdient mijn oprechte dank voor de aanmoediging tot het uitbreiden van buitenlandse contacten. Zij mag verder op mij rekenen als tussenschakel met Vlaanderen en Nederland.

Mijn lieve Deirdre, jij wordt bedankt voor jouw steun tijdens de voorbereidingsfase van deze leerstoel, en vooral voor het verbreden van mijn visie over de mensenrechten. Ik ben uiteindelijk ook maar een Waal die af en toe Franse gedachten over dit alles had!

U allen, collega's, dames en heren, beste studenten, dank ik voor uw aanwezigheid en vooral voor Uw aandacht.