

De Belgische rechtstraditie: van een lang zoeken naar onafhankelijkheid naar een verlangen naar afhankelijkheid ?

DIRK HEIRBAUT en MATTHIAS E. STORME¹

I. Vooraf – de questionnaire van Patrick Glenn	5
II. Frankrijk: de oorsprong van het Belgische recht in 1830	6
III. Het onvermogen om een nationale rechtstraditie te creëren na de onafhankelijkheid ...	9
IV. De rechtspraktijk: van vreemd naar inheems recht	12
V. Voorlopig besluit	20
VI. De positie van het internationaal publiekrecht	20
A. Overdraagbaarheid van bevoegdheden	20
B. Rechtstreekse werking en voorrang van internationaal publiekrecht	21
C. Onrechtstreekse werking	24
D. Voorrang boven de Grondwet?	25
E. Commentaar en conclusies	26
VII. Invloed van buitenlands recht in de 20e eeuw	28
A. In de rechtspraak	28
B. In wetgeving en rechtsleer	29
VII. Formeel statelijk recht en andere rechtstradities	31
A. Geen overleven van oude regionale tradities, behalve enkele plaatselijke gewoonten	31
B. Co-existentie met religieus recht ?	31
C. De plaats van het buitenlandse recht, in het bijzonder buitenlands religieus recht	32
IX. De ontwaarding van het staatsburgerschap	33
X. Invloed van traditioneel “gemeen recht”	34
A. Een Frans-Belgisch “gemeen recht” ?	34
B. De categorieën van de pandektistische Scientia Iuris	35
C. Een transnationale doctrine: het internationaal privaatrecht	35
D. De niet-gecodificeerde traditie als een crypto-formele rechtsbron	36
E. Een informele hiërarchie tussen “gemeen” en “bijzonder” recht	38
XI. Concluderende opmerkingen over de begrippen rechtssysteem en rechtstraditie	41

Samenvatting: Deze bijdrage werd oorspronkelijk geschreven als Belgisch rapport op de questionnaire van Prof. Patrick Glenn ter voorbereiding van zijn algemeen rapport voor het Internationaal Congres voor Rechtsvergelijking, getiteld ‘National Legal Traditions and their Historical Background’. De algemene rapporteur wilde in het bijzonder nagaan of het begrip nationaal rechtssysteem de realiteit dekt en in welke mate het recht van een land gegrond is op nationale of niet-nationale rechtstradities die succesvol overgeleverd werden en die zichzelf kunnen regenereren door omzetting van de praktijk van de tradities in voortdurende normatieve informatie. In overeenstemming met de wensen van de rapporteur hebben we ruim aandacht besteed aan de bronnen en tradities die het Belgische recht zou kunnen gerecipeerd hebben.

De bijdrage vat aan bij de historische bronnen van het Belgische recht. Wanneer België onafhankelijk werd in 1830, was zijn recht Frans (sectie 1.) en ook in de navolgende periode werd er geen nieuwe rechtstraditie gevestigd, althans niet in zoverre zo’n traditie gevestigd wordt door codificatie (sectie 2). Dit was in grote mate het gevolg van de dominante rol die praktizijnen speelden in de ontwikkeling van het Belgische recht (sectie 3). Vermist er niet voldoende Belgische rechtsproductie aanwezig was in 1830 en enige tijd nadien, kozen de Belgische juristen voor de praktische oplossing om Frans juridisch materiaal te gebruiken, nu hun recht toch al Frans was en zij Franstalig waren. Naarmate de hoeveelheid Belgisch materiaal toenam, war er

¹ Prof. D. Heirbaut, Universiteit Gent, schreef onderdelen 2 tot 5 en Prof. M.E. Storme, KU Leuven en Universiteit Antwerpen, onderdelen 6 tot het slot. Deze tekst is een aangevulde versie van het rapport dat oorspronkelijk in het Engels is geschreven.

steeds minder nood om een beroep te doen op buitenlands recht. Dit leidde evenwel niet tot een sterke nationale rechtstraditie, omdat de opkomst van het Nederlands als rechtstaal een groetende kloof veroorzaakte tussen Nederlandstalige en Franstalige juristen in België, waarbij de horizon van de laatste hoofdzakelijk tot de eigen taalgroep beperkt bleef. Op vele vlakken bleef het Belgische recht open voor vreemde invloeden, maar Frankrijk verloor zijn leidende rol in dat proces. Voor zover er een nationale rechtstraditie is, is het veeleer een van pragmatische luiheid, waarbij vreemd recht op een onsystematische wijze wordt gebruikt naargelang de beschikbaarheid en talige toegankelijkheid van het materiaal. Wel bestaan er enkele instellingen en processen die een meer systematische uitwisseling van ideeën met de buurlanden bevorderen (sectie 5).

De situatie is enigszins verschillend wat het internationaal publiekrecht betreft (sectie 4), omdat politieke en ideologische overwegingen ertoe geleid hebben aan dit stel regels de radicale primauteit toe te kennen die een groot deel van de auteurs en het hof van cassatie eraan geven. Er zijn nauwelijks grondwettelijke hindernissen die een uitverkoop van de nationale soevereiniteit zowel als democratie aan supranationale instellingen tegenhouden; niet enkel is aanvaard geworden dat het volkenrecht integraal deel uitmaakt van het interne recht, maar ook – op basis van verkeerde argumenten – dat het voorrang zou hebben op het interne recht. Bovendien misbruikt het Hof van cassatie de beweerde voorrang van het volkenrecht als een voorwendsel om zijn wettelijke verplichting te schenden om bij betwisting van de grondwettigheid van een wet de vraag voor te leggen aan het Grondwettelijk Hof. Het volkenrecht heeft dus gediend als een alibi om politieke beslissingen te handhaven en burgers te beroven van de grondwettelijke waarborgen tegen zulke beslissingen.

De bijdrage bespreekt verder de verhouding tussen het statelijk recht en het religieuze recht, alsook de positie van het buitenlands recht, in het bijzonder buitenlands religieus recht (sectie 6) en de ontwaarding van het staatsburgerschap als relevant rechtsfactor (sectie 7). In sectie 8 onderzoeken de auteurs de aanwezigheid in het Belgische recht van bepaalde transnationale tradities, zoals het Franse gemeen recht, de Duitse *scientia iuris*, de transnationale doctrine van het internationaal privaatrecht en wat er overblijft van het Europese *ius commune*. Ze bespreken ook in welke mater er binnen het Belgische recht een spanningsveld is tussen ‘gemeen recht’ en ‘bijzondere wetten’.

De bijdrage besluit met enkele gedachten over de actuele relevantie van de begrippen rechtssysteem en rechtstraditie vanuit het perspectief van een constitutionele democratie.

Abstract: This article was originally written at the request of Prof. Patrick Glenn as he was preparing his general report for the International Congress on Comparative Law, entitled ‘National Legal Traditions and their Historical Background’. The general rapporteur sought particularly to explore just how accurate the notion of national legal systems is, as well as the extent to which domestic law is based on national or non-national legal traditions which have been successfully transmitted and which may regenerate themselves through conversion of contemporary practice of the traditions into ongoing normative information. In accordance with the general rapporteur’s wishes, we have focused on those sources and traditions to which Belgian law seems to have been receptive.

The article starts by considering the historical sources of Belgian law. When Belgium became independent in 1830, its law was French (Section 1) and the country thereafter failed to establish a new legal tradition, at least to the extent that such a tradition was established in codifications (Section 2). To a large extent, this was because of the dominant part played by practitioners in the development of Belgian law (Section 3). Since there was insufficient Belgian legal production available in 1830, and for some time thereafter, Belgian lawyers took the pragmatic approach of turning to French legal materials, given that their law was already French and they were French-speaking. However, as the amount of available Belgian material increased, there was less and less need to resort to foreign legal rules. However, this did not give rise to a strong national legal tradition, because the rise of Dutch as a language of law caused a growing rift to arise between Dutch- and French-speaking lawyers in Belgium, the latter’s world being restricted mainly to their own language group. In many areas, therefore, Belgian law remains very open to foreign influences, but France has lost its leading role in this process. If there is a national legal tradition, it tends to be that of pragmatic indolence, using foreign law in an unsystematic way on the basis of availability and linguistic accessibility. However, there exist a number of institutions and processes which allow for a more systematic exchange of ideas with neighbouring legal systems (Section 5).

The position is somewhat different with regard to public international law (Section 4), where political and ideological considerations have enabled this body of rules to achieve the radically supreme position which

most leading Belgian authors and the Hof van cassatie / Cour de cassation have conferred on it. There are no constitutional barriers which prevent the country from bartering away its national sovereignty and democracy, and international law has been accepted not only as being an integral part of domestic law, but also – on the basis of false arguments – as being capable of overriding domestic law. In addition, the Hof van cassatie uses the supremacy of international law as a pretext for violating its statutory obligation to consult the Constitutional Court where statutes are alleged to be contrary to the constitution. International law has therefore served as an alibi for upholding political decisions and depriving citizens of constitutional guarantees which protect them against such decisions.

The article further discusses the relationship between state law and religious law in Belgium, as well as the position of foreign law – more particularly foreign religious law (Section 6) – and the devaluation of citizenship as a relevant legal factor (Section 7). In Section 8, the authors attempt to discover the presence in Belgian law of certain transnational traditions, such as the French common law, the German *scientia iuris*, the transnational doctrine of conflicts of law and what remains of a European *ius commune*. They also discuss the question whether there is any tension between the ‘common law’ and ‘specific statutes’ within the Belgian legal system.

The article concludes by advancing some ideas on the continued relevance of the notions of ‘legal system’ and ‘legal tradition’ tradition from the perspective of a constitutional democracy.

Résumé: Cet article a à l’origine été écrit sur demande du prof. Patrick Glenn en préparation de son rapport général pour le congrès international de droit comparé intitulé ‘Tradition nationale et données historiques’. Le rapporteur général voulait spécialement discuter du point de savoir dans quelle mesure le concept de système juridique national est pertinent et dans quelle mesure le droit national est basé sur des traditions juridiques nationales ou non-nationales qui ont été transmises avec succès et qui se régénèrent par la conversion de la pratique contemporaine en information normative continue. Conformément à la demande du rapporteur général, nous nous sommes concentrés sur les sources et traditions auxquelles le droit belge semble être réceptif.

L’article traite d’abord des sources historiques du droit belge. Lorsque la Belgique devenait un état indépendant en 1830, son droit était français (section 1) et le pays n’a pas établi une nouvelle tradition juridique – au moins dans le sens où une telle tradition est établie par des codifications (section 2). Ceci est dû en large partie à la dominance des praticiens en droit belge (section 3). Comme en 1830 – et un temps après 1830 – il n’y avait pas suffisamment de production juridique belge afin de satisfaire les demandes de la pratique, les juristes Belges employaient de manière pragmatique les sources françaises, puisque leur droit était déjà français et eux-mêmes étaient francophones. Lorsque la production juridique belge devenait plus ample, le droit étranger n’était plus nécessaire, mais cela n’a pas mené à une forte tradition juridique nationale, entre autres parce que l’ascendance du Néerlandais comme langue juridique a causé un clivage croissant entre les juristes néerlandophones et francophones en Belgique, dont le monde est essentiellement cantonné à leur propre milieu linguistique. Ainsi, dans beaucoup de domaines du droit il y a toujours une grande ouverture aux influences étrangères, mais la France a perdu son rôle dominant. S’il y a une tradition juridique nationale, c’est plutôt une tradition de paresse pragmatique, usant le droit étranger de manière non-systématique selon sa disponibilité et accessibilité linguistique. Mais il y a quand même des institutions et pratiques par lesquelles l’échange d’idées avec les pays voisinant a lieu de manière plus systématique (section 5).

La situation est différente en ce qui concerne le droit international public (section 4), où des considérations politiques et idéologiques ont joué afin de lui donner cette position radicalement suprême qui lui est reconnue par la doctrine et par la jurisprudence de la Cour de cassation. Il n’y a pas de limites constitutionnelles au bradage de la souveraineté nationale et de la démocratie. Le droit international public n’a pas seulement été reconnu comme faisant partie intégrante du droit national, mais même – sur la base de faux arguments – comme ayant primauté sur le droit national. Et la Cour de cassation se sert de la primauté du droit international afin de se soustraire à l’obligation légale de consulter la Cour Constitutionnelle au cas où l’inconstitutionnalité d’une loi serait invoquée. Le droit international public sert ainsi comme alibi afin de sauver des décisions politiques et de priver les citoyens des garanties constitutionnelles contre de telles décisions.

L’article continue en discutant la relation entre le droit étatique et la loi religieuse en Belgique et la position du droit étranger, spécialement du droit religieux étranger (section 6), ainsi que la dévaluation de la nationalité comme facteur de rattachement ou générateur d’effets juridiques (section 7). Dans la section 8, les

auteurs vont à la recherche d'éléments de certaines traditions transnationales qui seraient présents en droit belge, comme le droit commun français, la *scientia iuris* allemande, la doctrine transnationale de droit international privé et les survivances d'un *ius commune* européen, et discutent la question de savoir s'il y a une tension entre 'droit commun' et 'lois spéciales' dans le système juridiques belge.

L'article s'achève sur quelques idées concernant la pertinence des concepts de système juridique et de tradition de la perspective de la démocratie constitutionnelle.

Zusammenfassung: Den folgenden Aufsatz haben wir ursprünglich verfasst auf Frage von Professor P. Glenn, Generalberichterstatter der für die internationale Rechtsvergleichungstagung. Der Gesamtberichterstatter wollte insbesondere erforschen inwieweit das Konzept eines nationalen Rechtssystems akkurat ist und inwieweit sich das nationale Recht auf nationale oder andere Rechtstraditionen stützt, die erfolgreich übermittelt wurden und sich durch die Konversion der gegenwärtigen Rechtspraxis regenerieren. Wir möchten in unserem Aufsatz der Frage nachgehen, für welche Quellen und Traditionen sich das belgische Recht empfänglich gezeigt hat.

Der Aufsatz fängt mit den historischen Quellen des belgischen Rechts an. Bei der belgischen Staatsgründung 1830 war das belgische Recht ganz einfach das französische Recht (1. Teil). Auch danach wurde in Belgien keine nationale Rechtstradition entwickelt, in dem Sinne, dass eine solche Tradition jedenfalls nicht auf eigene Kodifikationen gegründet worden ist (2. Teil). Dies war eine Folge der Dominanz der Rechtspraktiker (3. Teil). Da es 1830 und in den nachfolgenden Jahren nicht genügend belgische Rechtsliteratur und Rechtsprechung gab, benützten die belgischen Juristen in einer pragmatischen Art und Weise die französische Quellen, eben weil das belgische Recht französisch war und diese Juristen alle französischsprachig waren. Jedoch als mehr und mehr belgisches Rechtsmaterial entstand, wurde der Gebrauch ausländischer Rechtsquellen überflüssig. Dies führte jedoch nicht zu einer neu entstehenden starken nationalen Rechtstradition, weil unter anderem das Aufkommen der niederländischen Sprache als Rechtssprache in Belgien eine immer größere Kluft zwischen den niederländischsprachigen und den französischsprachigen Juristen verursachte. Beide Gruppen leben immer mehr und mehr in ihrem eigenen Rechtskreis. Demzufolge gibt es in vielen Rechtsbereichen eine Offenheit für ausländische Einflüsse, aber Frankreich hat dabei keine vorherrschende Rolle mehr. Falls es in Belgien überhaupt eine nationale Rechtstradition gibt, dann ist dies eher eine Tradition pragmatischer Faulheit, bei der die belgischen Juristen unsystematisch das ausländische Recht nach Verfügbarkeit und eigener individueller Sprachkenntnisse gebrauchen. Allerdings sorgen einige Instanzen und andere Vermittlungswege für einen mehr systematischen Austausch mit den Rechtssystemen unserer Nachbarländer (5. Teil).

Wir stellen im Bereich des Völkerrechts eine etwas andere Lage fest (4. Teil). Politische und ideologische Einflüsse führten dazu, dass das Völkerrecht nach der belgischen Rechtslehre und der Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs eine radikale Vorrangstellung hat. Belgien kennt keine konstitutionellen Sicherungen gegen den Ausverkauf seiner nationalen Souveränität und Demokratie an internationale Organisationen. Das Völkerrecht wird nicht nur problemlos als Teil des nationalen Rechts anerkannt, sondern sogar – aufgrund falscher Argumente – als vorrangig gegenüber dem nationalstaatlichen Recht akzeptiert. Der Kassationsgerichtshof verwendet diese Doktrin des Vorrangs internationalen Rechts sogar als Vorwand, um seine gesetzmäßige Verpflichtung, den Verfassungsgerichtshof zu konsultieren, falls die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes aufgeworfen wird, zu umgehen. Man bedient sich des internationalen Rechts, um politische Entscheidungen aufrecht zu erhalten und um den Bürgern ihre von der Verfassung gewährleisteten Rechtsschutz vorzuenthalten.

Der Aufsatz untersucht weiter die Verhältnisse zwischen dem belgischen Recht und den religiösen Rechten, den Stellenwert des ausländischen Rechts, insbesondere des ausländischen religiösen Rechts (6. Teil), sowie den niedrigen Stellenwert der belgischen Staatsangehörigkeit als eine relevante juristische Tatsache oder Anknüpfung (7. Teil). Im 8. Teil gehen die Verfasser auf der Suche nach Elementen von bestimmten transnationale Rechtstraditionen, welche im belgischen Recht vorhanden sind, wie das französische gemeine Recht, die deutsche *scientia iuris*, die transnationale Doktrin des internationalen Privatrechts oder Überreste eines europäischen '*ius commune*'. Zudem wird erforscht, ob es innerhalb des belgischen Rechts ein Spannungsverhältnis zwischen 'gemeinem Recht' und Sondergesetzgebung gibt.

Der Aufsatz schließt mit einigen Gedanken über die Relevanz der Begriffe 'Rechtssystem' und 'Rechtstradition' aus konstitutionell-demokratischer Sicht.

I. Vooraf – de questionnaire van Patrick Glenn

1. The topic of national legal traditions allows reflection on the concept of tradition as the foundation of contemporary nation states. Positive legal theory has taught that the national legal system is the preferred concept, and that national legal systems are complete and mutually exclusive. They would rest on a sociological fact of general obedience (Hart) or on a presumed Basic Norm (Kelsen). Yet the future of the state is today questioned, and the concept of the national legal system is also challenged. To what extent, however, are state structures and institutions not founded on current facts or presumptions, but on non-binding persuasive authority in the form of legal tradition? This is suggested in Europe by the Treaty of Amsterdam, which speaks of the ‘common constitutional traditions’ of the member States, but the European example may be illustrative of a much wider phenomenon.

2. The concept of legal tradition would differ from that of a legal system in a number of ways. Legal systems would be informed by systems theory, which defines systems as bounded cadres within which the elements of the system are in interaction. Legal systems thus do not overlap and are seen as mutually exclusive. Their relations have been seen generally as conflictual, as suggested by the importance of the 19th and 20th century discipline of the conflict of laws. Legal systems would also exist as simple facts, non-normative in character, such that they do not create any obligation to obey the law. Legal tradition, however, would be best seen as normative though non-binding information. A living tradition is one in which the information of the tradition has been the object of successful *traditio* or transmission, and which regenerates itself through conversion of contemporary practice of the tradition into ongoing normative information (See generally H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 2nd ed. (2004), chapters 1 and 2; ‘La tradition juridique nationale’, *Rev. int. dr. comp.* 2003, 263). The general notion of tradition crystallizes, however, into many different and specific traditions. There are many traditions in law, and the legal system itself may be seen as a particular tradition, the persuasive force of which is now in decline. As the notion of a legal system declines, its traditional character may come more into evidence and the state may be seen as resting generally on the concept of tradition and only more specifically, and to a decreasing degree, on the concept of a legal system.

3. Since a legal tradition is by nature open, and closure occurs only in the case of particular traditions such as those of the national legal system, the national legal tradition is one which in principle is open to different sources of law. The first avenue of enquiry is therefore as to the different sources of persuasive authority which have been influential in the establishment of different nation states. Is there such a thing as a common (public) law, which undergirds all contemporary states, with only minor variations in its different national crystallizations? Since the national tradition remains open, however, after constitution of a particular state, to what extent is it the case that the contemporary state, founded on tradition, remains open in some measure to different sources of law. This topic can be pursued in many different areas of law and through different historical periods down to the present. Some of the questions to be pursued might therefore be as follows:

- i. the multiplicity of sources of the original public and private law of the particular nation state;
- ii. the extent of closure, or non-closure, of sources following state foundation (e.g., prohibition of citation of foreign or doctrinal sources of law);

- iii. the extent to which the national legal tradition can be seen as ‘invented’ (on the notion of invented tradition see E. Hobsbawm & T. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition* (Cambridge Univ. Press, 1983);
- iv. the extent to which each state is open to sources of public international law, even when not formally ratified by the particular state;
- v. the extent to which national judicial practice is open to citation of foreign sources of law, in whatever form;
- vi. whether particular forms of law are more, or less, subject to foreign or international influence, eg, human rights jurisprudence, commercial law;
- vii. the extent to which arbitration has effected an opening of sources of law on a given national territory;
- viii. the extent to which the particular national tradition is receptive to, and reconciled, with, other legal traditions present on the national territory, such as aboriginal law or the religious law of members of national minorities (see, for example, A. D. Renteln, *The Cultural Defence* (New York: Oxford Univ. Press, 2004); A. Estin, ‘Embracing Tradition: Pluralism in American Family Law’ (2004) 63 *Maryland L. Rev.*, 541);
- ix. the extent to which citizenship receives less priority than residence in terms of entitlement to state benefits;
- x. the extent to which national law is still influenced by particular forms of transnational common law, such as that of the common law, or Pandectist doctrine, or hispanic common law, or francophone *droit commun*, etc.

II. Frankrijk: de oorsprong van het Belgische recht in 1830

4. De bronnen voor het Belgische recht lagen in 1830 niet zozeer in België zelf, dan wel in Frankrijk. In 1795 immers annexeerde Frankrijk de Zuidelijke Nederlanden, het huidige België, en het schafte in de zogenaamde *Code Merlin* al het bestaande recht af om het te vervangen door Frans recht². Op zich was dat overigens nog niet zo een slechte zaak, want hoewel de Zuidelijke Nederlanden al enkele eeuwen politiek verenigd waren, was er van juridische eenmaking tot dan maar weinig sprake geweest. Zelfs nadat de hogere overheid enkele gewoonterechten had afgeschaft, bleven er nog honderden over³, zodat waarschijnlijk nergens anders ter wereld zoveel verschillende rechtssystemen naast elkaar bestonden met de nodige chaos tot gevolg. Naast ‘internationaal’ privaatrecht bestonden dan ook nog interregionaal en ‘intercostumier’ privaatrecht, maar veel soelaas brachten die niet altijd omdat de regels van het conflictenrecht zelf vaak de problemen nog verergerden in de plaats van ze op te lossen⁴. Hoe paradoxaal ook, het probleem was bijgevolg niet zozeer dat er te weinig, maar vooral dat er te veel recht was. De invoering van het Franse recht had dan ook het grote voordeel van de vereenvoudiging, want in een klap verdwenen

² F. STEVENS, ‘L’ introduction de la législation révolutionnaire en Belgique’, in: *La Révolution et l’ordre juridique privé. Rationalité ou scandale*, Paris, PUF, 1988, II, 485-493.

³ Over al deze rechtssystemen, zie P. GODDING, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siècle*, Brussel, Koninklijke Academie, 1987. Over hun verschillen en gelijkenissen, zie P. GODDING, ‘Peut-on déceler un droit commun dans l’histoire du droit privé belge?’, in XVI. *Sartonia* 2003, 125-156.

⁴ D. HEIRBAUT, ‘Rules for solving conflicts of laws in the middle ages: part of the solution, part of the problem’, in A. Musson (red.), *Boundaries of the Law. Geography, Gender en Jurisdiction in Medieval en Early Modern Europe*, Ashgate, Variorum, 2005, 118-129.

al die honderden rechtssystemen en de bijhorende problemen⁵. Een voordeel van de Franse bezetting was dat de Franse wetten op de gerechtelijke organisatie en de grote wetboeken van Napoleon ook in België van kracht werden: het Burgerlijk Wetboek (1804), het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (1806), het Wetboek van Koophandel (1807), het Wetboek van Strafvordering (1808), het Strafwetboek (1810)⁶.

5. In 1815 kwam echter door de nederlaag te Waterloo een definitief einde aan de Franse overheersing. Zuid en Noord kwamen weer samen in het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden. De rest van het verhaal is bekend. Terechte Belgische ontevredenheid leidde tot een opstand en het land werd onafhankelijk in 1830 met nog steeds Frans recht omdat de invoering van nieuwe Nederlandse wetboeken⁷ meteen afgeblazen werd door de Belgische opstandelingen⁸. Het contrast is hier groot tussen de twintig jaar Franse bezetting die het Belgische recht door en door Frans gemaakt hebben en de vijftien jaar vereniging met Nederland die quasi geen sporen nagelaten hebben, met uitzondering dan van de wetten betreffende erfpacht en opstal⁹. Het is overigens maar de vraag of we die wetten wel ‘Nederlands’ in de restrictieve zin kunnen noemen, want ze waren het werk van een commissie waarin in meerderheid Belgen zaten, waarvan de grote figuur, Nicolaï, ook een Belg was¹⁰ en waarin de werktal het Frans was¹¹. In zeker zin waren dus in 1830 de

⁵ P. GODDING, ‘De l’ancien droit Belgique’ au Code civil de 1804: une rupture?’, in: A. Wijffels (red.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 585-610.

⁶ De ‘Bicentenaire’ van de Code civil in België is herdacht in: R. BEAUTHIER en I. RORIVE (red.), *Le code Napoléon, un ancêtre vénéré?*, Brussel, Bruylant, 2004; A. WIJFFELS, *Le Code civil*; D. HEIRBAUT en G. MARTYN (red.), *Un héritage Napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique*, Mechelen, Kluwer, 2005; D. HEIRBAUT en G. BAETEMAN (red.), *Cumulatieve editie van het Burgerlijk Wetboek. De huidige en de originele tekst met alle wijzigingen in België van 1804 tot 2004. Herdenkingsuitgave naar aanleiding van tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België en van het veertigjarig bestaan van het Tijdschrift voor Privaatrecht*, uitg. Tijdschrift voor privaatrecht, Gent 2004; P. WÉRY (red.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brussel, 2004; *Bicentenaire du Code civil, Numéro spécial, Journal des Tribunaux*, CXXXIII, 2004, 225-347. Zie ook C.H. VAN RHEE, D. HEIRBAUT en M. STORME, *De Code de procédure civile (1806) na 200 jaar. De traditie van het Frans civiel procesrecht in vergelijkend perspectief*, Mechelen, Kluwer, 2008. Ter perse is D. HEIRBAUT en G. MARTYN, *Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*.

⁷ Zie over deze wetboeken o.a. A. WIJFFELS, ‘Balancing rationality and tradition: the French Code civil and the codification of civil law in the Netherlands, 1798-1838’, in: BEAUTHIER, *Code civil*, 285-318; B. SIRKS, ‘Van Code Napoléon tot NBW’, in HEIRBAUT en MARTYN, *Un héritage Napoléonien*, 323-327; T. VEEN, ‘En voor berisping is hier ruime stof’. *Over codificatie van het burgerlijk recht, legistische rechtsbeschouwing en herziening van het Nederlands privaatrecht*, Amsterdam, Cabeljauwpers, 2001, 13-21.

⁸ D. HEIRBAUT, ‘Codification: a new beginning for the nation? The relationship of the *Code civil* to the old law and to nationalism’, in BEAUTHIER, *Le Code Napoléon*, 329-332. In 1904 voerden de Nederlandse advocaat Bol en zijn Antwerpse confrater Witteman overigens een lange discussie in de *Journal des Tribunaux* over de al dan niet afschaffing van de Napoleontische en de invoering van de Nederlandse wetboeken in België. Bol beweerde immers dat strikt juridisch gezien in België de Nederlandse wetboeken golden en Witteman slaagde er niet in zijn argumentatie overtuigend te weerleggen. De redactie van de *J.T.* diende uiteindelijk een derde jurist erbij te halen die, waarschijnlijk tot geruststelling van de Belgische lezer, er wel in slaagde aan te tonen dat Bol ongelijk had (R. BEAUTHIER, ‘Célébration du premier centenaire du Code civil’, *J.T.* 2004, 344).

⁹ Wet van 25 December 1824, *Staatsblad van het koninkrijk der Nederlanden*, 1824, nr. 78 en reeds van kracht vanaf 1 januari 1825 omdat de *Code civil* erfpacht en opstal genegeerd had.

¹⁰ Zie over hem, J. GILISSEN, ‘De Belgische commissie van 1816 tot herziening van het ontwerp-burgerlijk wetboek voor het Koninkrijk der Nederlanden’, *TRG* 1967, 413-418.

enige ‘Belgische’ wetten de ‘Nederlandse’. Afgezien daarvan was België in 1830 allerm minst een onafhankelijk land, maar veeleer een Franse provincie (althans toch wat het recht betreft).

6. Gelukkig konden de patriotten onder de Belgische juristen zich toch nog op één echt Belgische creatie beroepen, de grondwet. Die was voor haar tijd zeer vooruitstrevend¹² en was in de negentiende eeuw een model voor geheel Europa¹³. Later onderzoek heeft echter aangetoond dat de Belgische grondwet inderdaad nogal progressief was, maar dat het Belgische werk eraan niet uit innovatie bestond, maar uit het creatief samenbrengen van vreemde of oudere constitutionele teksten. 45 procent van de artikelen kwam uit Franse grondwetten, 40 procent uit de grondwet van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden, 5 procent uit Engeland en amper 10 procent was echt origineel in 1830¹⁴ (De cijfers in de tekst moet men wel relativiseren. Ze betreffen enkel de teksten die rechtstreekse bronnen waren. In de realiteit speelden Engelse en Amerikaanse teksten en het oude constitutionele recht een grotere rol dan men op het eerste gezicht zou vermoeden)¹⁵. De kok mag dan al een Belgische constituant geweest zijn, de ingrediënten kwamen van elders (met op dit punt wel een relatief grote Nederlandse invloed). Net zo min als de rest van het toenmalige recht, was de grondwet van 1831 het product van een Belgische rechtstraditie.

7. Toen België onafhankelijk werd, was bijna geheel het recht Frans en was de Nederlandse invloed beperkt. Het lag toen in de verwachtingen dat de invloed vanuit Nederland beperkt zou blijven. De heersende elite, waartoe ook de juristen behoorden, sprak nu eenmaal Frans, zodat dat de taal van het recht werd¹⁶ en niemand veel gaf om wat in Nederland gebeurde¹⁷. Dat laatste was des te jammer omdat de Nederlandse wetboeken van 1838 in belangrijke mate berustten op werk dat door Belgen, meer bepaald Nicolaï, gedaan was in de periode 1815-1830¹⁸.

¹¹ E.M. MEIJERS, “Voorwoord”, in: NOMOS, *De ontwerpen der commissie van redactie der nationale wetgeving. Het tweede boek van het Burgerlijk Wetboek*, Broederschap van candidaat-notarissen Den Haag 1935, ix.

¹² Cf. E. HOLTHÖFER, *Beiträge zur Justizgeschichte der Niederlande, Belgiens und Luxemburgs im 19. und 20. Jahrhundert*, Frankfurt, Klostermann, 1993, 147.

¹³ J. STENGERS, ‘Quand la constitution belge inspirait les Pays-Bas et le Grand-Duché de Luxembourg’, XII. *La revue générale* 1998, 47-90.

¹⁴ J. GILISSEN, ‘Die belgische Verfassung von 1831. Ihr Ursprung und ihr Einfluss’, in W. CONZE, *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, Klett, 1967, 38-69; J. GILISSEN, ‘La Constitution belge de 1831: ses sources, son influence’, X. *Res publica* 1968, 107-141. Zie ook L. LACCHÉ, ‘Constitución, monarquía, parlamento: Francia y Bélgica ante los problemas y ‘modelos’ del constitucionalismo europeo (1814-1848)’, in *Modelos constitucionales en la historia comparada*, Oviedo, JGPA, 2000, 467-557.

¹⁵ Zie A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, Antwerpen, Kluwer, 1984.

¹⁶ H. VAN GOETHEM, *De taaltoestanden in het Vlaams-Belgisch gerecht, 1795-1935*, Brussel, Academie, 1990, 129-130.

¹⁷ Een notoire uitzondering was François Laurent die goed op de hoogte was van het Nederlandse recht en die in het *Rechtsgeleerd magazijn* advies gaf aan een Nederlandse commissie die werkte aan een nieuw burgerlijk wetboek (I, 1882, 191-208; III, 1884, 40-88; IV, 1885, 38-50, 303-310, 567-580).

¹⁸ Jan Lokin stelt dan ook terecht dat na de onafhankelijkheid België Frans recht had en Nederland Belgisch recht (J. LOKIN, *Tekst en uitleg. Opstellen over codificatie en interpretatie naar aanleiding van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Groningen, Chimaira, 1994, 119).

III. Het onvermogen om een nationale rechtstraditie te creëren na de onafhankelijkheid¹⁹

8. Het jonge België had een Frans recht in 1830, maar de indruk had toen kunnen zijn dat het de bedoeling was dat dit niet lang meer zou duren. De grondwet bevatte immers een oproep voor nieuwe codificaties²⁰, maar het succes van dit codificatieartikel kan men afmeten aan de afschaffing ervan in 1970²¹. In zoverre codificaties een eigen rechtstraditie belichamen, slaagde België er niet in een eigen recht te creëren²². Dat is toch wel merkwaardig, want er was zeker in de negentiende eeuw een zeker enthousiasme voor een nieuw recht, gebaseerd op de eigen inheemse rechtstraditie. Enkele juristen schreven een Belgische rechtsgeschiedenis²³, nogal wat vooraanstaande magistraten hielden mercuriales over het oud-vaderlands recht²⁴, het eerste grote juridische tijdschrift van eigen bodem besteedde er heel wat aandacht aan²⁵ en het ministerie van justitie richtte zelfs een bijzondere commissie op voor de uitgave van de oude rechtsteksten²⁶. Desondanks bleef de impact van deze aandacht voor de geschiedenis op nieuwe wetgeving beperkt, al was het maar omdat er verhoudingsgewijze relatief weinig nieuwe wetten bijkwamen²⁷. Een nieuw burgerlijk wetboek bleef zelfs geheel uit. Een eerste commissie voor een nieuw burgerlijk wetboek geraakte niet verder dan de hypotheekwet van 1851²⁸ en die toont dat als er nieuwe wetgeving kwam, de rechtsgeschiedenis een grote rol kon spelen, want niet toevallig was net op dit punt het oud-vaderlandse recht beter ontwikkeld dan de *Code civil* van 1804²⁹. Dat vervolgens ook François Laurent, België's grootste jurist ooit, faalde om zijn ontwerp van een nieuw burgerlijk wetboek te laten goedkeuren³⁰, is genoegzaam

¹⁹ Voor een in meerdere opzichten vergelijkbaar verhaal over de rechtsontwikkeling in Italië, zie P.G. MONATERI, "The 'weak law': Contaminations and Legal Cultures (Borrowing of Legal and Political Forms)", 13. *Transnational Law and Contemporary problems* 2003, 575 = <http://www.alanwatson.org/PGMonateri.pdf>, eerdere versie op <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Comparative/weak.htm>.

²⁰ Art. 139, 11°.

²¹ *Belgisch Staatsblad*, 8 juli 1971.

²² D. HEIRBAUT, 'The Belgian legal tradition: does it exist', in H. Bocken, H. en W. De Bondt, (red.), *Introduction to Belgian law*, Antwerpen, Kluwer, 2001 (2000), 1-22.

²³ P. GODDING, 'Britz, Jacques', *Nouvelle biographie nationale*, VI, Koninklijke Academie Brussel, 2001, 63-65; P. GODDING, 'Defacqz, Eugène', *Nouvelle biographie nationale*, VI, 106-111.

²⁴ F. STEVENS, "Histoire du droit et nationalisme en Belgique au XIXe siècle", in J. Poumarède, *Histoire de l'histoire du droit*, Presses de l'Université Toulouse 2006, 211-213. Zie ook *Ibid.*, 208-211.

²⁵ I. *Belgique judiciaire* 1842, 1-3.

²⁶ De Commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de la Belgique (G. VAN DIEVOET, 'Geschiedenis van de Commissie', XXXVII. *Handelingen van de koninklijke commissie voor de uitgave van oude wetten en verordeningen van België* 1996, 15-57; F. STEVENS, "Histoire du droit", 207-208.

²⁷ Zie algemeen, D. HEIRBAUT, *Hadden/hebben de Belgische ministers van justitie een civielrechtelijk beleid*, Thorbeckecolleges Leiden, Kluwer Mechelen, 2005.

²⁸ Loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire, *Moniteur belge*, 22 décembre 1851.

²⁹ P. GODDING, *Droit privé*, 239. Het Hof van Beroep van Brussel had niet toevallig net op dit punt vele opmerkingen gemaakt over de ontwerp tekst van de *Code civil* (F. STEVENS, "Der Code civil in Belgien seit 1804. Ein fester Halt", in: W. Schubert en M. Schmoeckel, *200 Jahre Code civil. Die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa*, Keulen, Böhlau, 2005, 210.

³⁰ J. ERAUW, B. BOUCKAERT, H. BOCKEN, H. GAUS en M. STORME (red.), *Liber memorialis François Laurent 1810-1887*, Brussel, Story-Scientia, 1987; D. HEIRBAUT, *Civielrechtelijk beleid*, 21-24.

bekend. Hetzelfde overkwam ook zijn opvolgers³¹ en latere oproepen om werk te maken van een nieuw wetboek zijn zonder resultaat gebleven³². Op dit moment is het Burgerlijk Wetboek in België een “rustig bezit”³³ en dat het ooit een Franse immigrant was, daar ligt niemand nog wakker van³⁴.

9. Nochtans is België er sinds 1831 wel degelijk in geslaagd om enkele nieuwe wetboeken te maken. Zo is het Franse Wetboek van Koophandel in de tweede helft van de negentiende eeuw in verschillende fasen vervangen door nieuwe, Belgische teksten³⁵, kwam er in 1867 een nieuw strafwetboek³⁶, honderd jaar later een Gerechtelijk Wetboek³⁷ en recent zijn er nog het Wetboek van Vennootschappen (1999) en het Wetboek van Internationaal Privaatrecht (2004). Die twee laatste zijn echter veeleer minicodes³⁸ die bovendien nog sterk gedetermineerd zijn door internationale en Europese regelingen³⁹. Ook de andere wetboeken kunnen niet gelden als typisch Belgische teksten. De auteurs van het Strafwetboek waren twee buitenlanders⁴⁰. Het Gerechtelijk Wetboek sluit nog zeer sterk aan bij het voorgaande recht⁴¹. Het negeert bv. dat de algemene evolutie van het procesrecht in Europa erin bestond dat almaar meer landen het Oostenrijkse model met een krachtige rechter in een goed uitgebouwde eerste aanleg⁴². Het Wetboek van Koophandel

³¹ V. LEYSEN, ‘De commissie tot herziening van het Burgerlijk Wetboek’, *Rechtskundig tijdschrift* 1941, 156-192; D. HEIRBAUT, *Civielrechtelijk beleid*, 24-26; F. STEVENS, “‘Où est donc passée la commission de révision?’ La révision du Code civil en Belgique à la fin du XIXe et début du XXe siècle”, in: G. Macours & R. Martinage (red.), *Les démarches de codification du moyen-âge à nos jours*, *Iuris scripta historica* 21, Koninklijke Vlaamse academie van België voor wetenschappen en kunsten, Brussel 2006, p. 213 e.v.

³² D. HEIRBAUT, *Civielrechtelijk beleid*, 27-28; D. HEIRBAUT, ‘Napoleons trouwste onderdanen of waarom de Code civil na tweehonderd jaar nog steeds overeind staat in België’, in D. Heirbaut en G. Martyn, *Un héritage napoléonien*, 82-83, 94-95.

³³ Naar de bekende uitspraak van P. SCHOLTEN, “De codificatiegedachte vóór honderd jaar en thans”, in: P. SCHOLTEN en E.M. MEIJERS (red.), *Gedenboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Tjeenk Willink Zwolle 1938, 1 over het Nederlands Burgerlijk Wetboek in 1938.

³⁴ D. HEIRBAUT, ‘Napoleons trouwste onderdanen’, 94-95.

³⁵ Zie voor een zeer uitvoerige beschrijving hiervan E. HOLTHÖFER, ‘Handels- und Gesellschaftsrecht’, ‘6. Belgien’, in H. Coing (red.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, Beck München, 1986, 3287-3371.

³⁶ E. HOLTHÖFER, ‘Handels- und Gesellschaftsrecht’, ‘6. Belgien’, in H. Coing, (red.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, Beck München, 1986, 3287-3371.

³⁷ F. STEVENS, ‘La codification pénale en Belgique. Héritage français et débats néerlandais (1781-1867)’, in X. Rousseaux, en R. Lévy (red.), *Le pénal dans tous ses états. Justice, états et sociétés en Europe (XIIIe-XXe siècles)*, Brussel, FUSL, 1997, 299-301.

³⁸ P. VAN ORSHOVEN, ‘The Belgian judicial code (1967)’, in C.H. Van Rhee (red.), *European traditions in civil procedure*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 97-102.

³⁹ F. OST, “La codification: idéal et métamorphoses”, *JT* 2004, 228.

⁴⁰ Vandaar bv. ook de bedenking van velen dat het geen zin meer had om voor deze gevallen nog nationale wetboeken op te stellen (D. HEIRBAUT, “Codificatie in België en Nederland: een voorbeeld van hoe het (niet) moet? Een onderzoek naar de factoren van succes en falen van de pogingen tot codificatie van het civielrecht in België en Nederland”, *TPR* 2006, 1729-1732).

⁴¹ GILISSEN, J., ‘Codification et projets de codification en Belgique au XIXe siècle (1804-1915)’, *XIV. Belgisch tijdschrift voor nieuwste geschiedenis* 1983, 243.

⁴² G. DAHLMANN, ‘Verfahrensrecht’, ‘5. Belgien’, in H. Coing, *Handbuch*, III/2, Beck München, 1982, 2589.

⁴³ C.H. VAN RHEE, “De ontwikkeling van het burgerlijk procesrecht in het 20ste-eeuwse Europa. Een terugblik”, in: G. MARTYN, D. HEIRBAUT en R. OPSOMMER (red.), *De rechtsgeschiedenis van de 20ste*

is een ander geval, want hier kwamen in de tweede helft van de negentiende eeuw wel originele teksten tot stand, maar dat gebeurde niet vanuit een streven naar een Belgisch recht. De vroege en snelle industrialisering⁴³ liet nu eenmaal niet veel keuze. De maatschappij veranderde zo snel dat het parlement het recht wel moest aanpassen⁴⁴, maar het enige dat daarbij telde was de economische verandering bij te benen. Systematiek en interne coherentie waren daarbij van geen tel en coördinatie ontbrak⁴⁵. Laat staan dat er dan nog aandacht zou geweest zijn voor het ontwikkelen of behouden van een nationale rechtstraditie. Het is veelbetekenend dat de hervormingen pas laat begonnen, toen ze al onontkoombaar waren en dat, toen het parlement ze later beu werd, het Franse recht opnieuw het model voor België werd⁴⁶. Op die manier is de hervorming van het handelsrecht in de negentiende misschien wel een uitzondering, maar dan toch vooral een die de regels bevestigt.

10. Het onvermogen van België om echt nieuwe, grote codificaties te verwezenlijken kan verklaard worden door verschillende factoren. Vooreerst hadden de Belgische juristen aanvankelijk helemaal geen zin in nieuwe codificaties, alle verklaringen daarover ten spijt. Ten tijde van de Revolutie en van Napoleon mocht er dan al enig verzet geweest zijn tegen het Franse recht⁴⁷, in 1830 was de generatie die het oude recht nog gekend had grotendeels verdwenen. Ze had de fakkel doorgegeven aan juristen die opgeleid waren in het Franse recht en voor wie ‘traditionele’ recht het Franse was⁴⁸. Daarmee sloot het recht overigens mooi aan bij de rest van de maatschappij, waarin het Frans domineerde. Het zou eigenlijk raar geweest zijn, indien de gehele Belgische cultuur Frans was en het recht daarop een uitzondering zou gevormd hebben. Een bijkomend voordeel was dat de voorkeur voor het Franse recht nog financieel voordelig was ook omdat België aanvankelijk de auteursrechten van de Franse juridische uitgevers niet beschermde⁴⁹, zodat de Belgische

eeuw, Academie Brussel 2006, 153-166. Zie ook BUNDESMINISTERIUM VON JUSTIZ (red.), *Franz Klein Symposium. Dokumentation des Symposions zum 150. Geburtstag von Franz Klein*, NWV Wenen 2005.

⁴³ G. DEJONGH en Y. SEGHERS, ‘Een kleine natie in mutatie. De economische ontwikkeling van de Zuidelijke Nederlanden/België in de eeuw 1750-1850’, CXIV. *Tijdschrift voor geschiedenis* 2001, 171-194; B. VAN DER HERTEN, *België onder stoom. Transport en communicatie tijdens de 19de eeuw*, Leuven, Universitaire pers, 2004. Zie ook V. DUJARDIN e.a. (red.), *Nieuwe geschiedenis van België, I, 1830-1905*, Lannoo Tielt 2005.

⁴⁴ *Doc. Parl.*, Kamer, 1864-1865, 17 november 1864, nr. 29, *Révision du Code de commerce*, 1.

⁴⁵ D. HEIRBAUT, *Civielrechtelijk beleid*, 36-39.

⁴⁶ Zie bv. de Wet van 25 oktober 1919 betreffende het beroepskrediet ten bate van de kleine burgerij in handel en nijverheid (B.S. 21 november 1919), geïnspireerd door een Franse wet van 17 maart 1909 (*Journal Officiel* 19 maart 1909).

⁴⁷ F. STEVENS, ‘Résistances et acculturations aux codes. Le code 1804 et les actes de la pratique en Belgique’, in Beauthier en Rorive, *Le Code Napoléon*, 207-215; R. BEAUTHIER, ‘Le “véritable sens” de l’article 2 du Code civil. L’ambition du Code civil de remplacer l’ancien droit à la lumière de la jurisprudence “belge” de la première moitié du 19e siècle’, in Beauthier en Rorive, *Le Code Napoléon*, 217-257; H. VAN GOETHEM, ‘La Belgique sous l’annexion à la France, 1795-1813: l’acceptation des nouvelles institutions judiciaires et du droit français’, in S. Dauchy, J. Monballyu en A. Wijffels (red.), *Auctoritates. Xenia R.C. van Caenegem oblata*, Brussel, Koninklijke Academie, 1997, 289-301.

⁴⁸ Na de onafhankelijkheid was er maar één minister van justitie die nog het oude recht geleerd had als student (J. DELECOURT, ‘Barthélemy (Antoine)’, in *Biographie nationale*, I, Brussel, Koninklijke Academie, 1866, 738-741).

⁴⁹ H. DOPP, *La contre-façon des livres français en Belgique, 1830-1852*, Leuven, Uystpruyst, 1932.

jurist zich goedkope Belgische piraatedities kon aanschaffen van Franse standaardwerken⁵⁰.

11. Die Franse invloed verklaart echter niet alles, want vandaag is ze sterk afgezwakt, zij het dat ze in Franstalig België nog steeds sterker is dan in Vlaanderen. Een nieuw element is Europa, maar dan wel in negatieve zin. Een klassiek argument tegen oproepen voor nieuwe codificaties is dat ze niet langer nodig zijn, gezien de Europese eenmaking⁵¹. De belangrijkste verklaring voor het Belgische falen als het om nieuwe nationale codificaties gaat, is de overheersing van de praktijk. België is nooit een land geweest van grote wetgevers of van grote rechtenprofessoren. De grote figuren van het Belgische recht zijn de mensen van de praktijk: rechters, parketmagistraten, advocaten, notarissen e.d.⁵². Hun houding tegenover het recht is vooral pragmatisch en daarbij doet het er weinig toe vanwaar het recht komt. Belangrijker dan de oorsprong van de rechtsregel, zijn de bruikbaarheid en toegankelijkheid ervan. Vanuit die pragmatische visie is er helemaal geen bezwaar tegen het gebruik van vreemd recht, maar ook niet tegen het interpreteren en aanpassen ervan overeenkomstig de eigen noden. Bijgevolg moet elk onderzoek over de Belgische rechtstraditie zich richten op de rechtspraktijk en de interactie daarin tussen Belgische en vreemde elementen.

IV. De rechtspraktijk: van vreemd naar inheems recht

12. Een essentieel punt bij een onderzoek naar de Belgische rechtspraktijk is dat de meeste Belgische juristen schrijven voor de praktijk en dat zuiver wetenschappelijke publicaties over recht nooit echt populair geweest zijn⁵³, al is er op dat vlak toch enige vooruitgang merkbaar gedurende de laatste decennia⁵⁴. Bijgevolg zijn juridische tijdschriften of rechtsgeleerde werken vaak evenzeer bronnen over de praktijk als de rechtspraak omdat ze in grote mate de verlangens en voorkeuren van de rechtspraktizijnen weerspiegelen⁵⁵. Ze fungeren ook als tussenpersonen die het vreemde recht in welke vorm ook (rechtspraak, rechtsleer, wetgeving of de interpretatie daarvan) onder de aandacht brengen van de praktizijnen. Men kan zelfs stellen dat buitenlands recht meestal via dit kanaal de

⁵⁰ Over deze piraatedities, zie E. VAN DIEVOET, *Het burgerlijk recht in België en Nederland van 1800 tot 1940. De rechtsbronnen*, Antwerpen, De Sikkel, 1943, 89-90; F. VERBEKE, *Belgian law: an annotated bibliographic guide to reference materials, 1803-1993*, Brussel, Belgische commissie voor bibliografie en bibliologie, 1994, 115-135.

⁵¹ Dit argument is uitgebreid bestudeerd in D. HEIRBAUT, 'Codificatie'.

⁵² D. HEIRBAUT, *The Belgian legal tradition*, 74; HOLTHÖFER, *Beiträge zur Justizgeschichte*, 149; R. VAN CAENEGEM, 'Reflexions on the Place of the Low Countries in European Legal History', in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Beck München, 1982, 5-6.

⁵³ D. HEIRBAUT, 'Law reviews in Belgium (1763-2004): instruments of legal practice and linguistic conflicts', in: M. Stolleis en T. Simon, *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt, Klostermann, 2006, 343.

⁵⁴ Cf. F. OST en M. VAN HOECKE, 'La jurisprudence en Belgique', XXXIII. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1994, 107-137.

⁵⁵ Cf. E. CEREXHE, 'La mission des revues juridiques. Réflexions sur le rôle de la jurisprudence et de la doctrine dans l'évolution du droit', LIII/3. *Revue régionale de droit* 1992, 7.

Belgische juristen bereikt⁵⁶. Dit betekent dat de indirecte invloed van vreemd recht via Belgische auteurs vaak groter is dan men op het eerste gezicht zou denken. Bovendien verwijzen rechters niet altijd naar de bronnen die ze gebruikt hebben bij het nemen van hun beslissing⁵⁷. De pleidooien van de advocaten of van het openbaar ministerie bevatten over het algemeen een grotere rijkdom aan referenties dan de vonnissen en arresten⁵⁸, maar de publicatie ervan is sinds de negentiende eeuw sterk afgenomen. Juist daarom zijn rechtsgeleerde werken en juridische tijdschriften nuttige instrumenten om te achterhalen wat het recht in de geesten (*law in minds*) van de praktizijnen gevormd heeft.

13. Voor de eerste generatie Belgische juristen na Napoleon was het normale referentiekader nog steeds het oud-vaderlandse recht. Zij hadden immers hun opleiding gekregen onder het oude recht en probeerden dat nog zoveel mogelijk toe te passen. Concreet bleven zij dus verwijzen naar het oude gewoonterecht en naar het *ius commune*⁵⁹, maar in dat laatste geval ging het dan wel om de Frans-Belgische variant ervan. Opvallend veel van de meer geavanceerde theorieën uit het Duitse *ius commune* bleven lang onbekend in België⁶⁰. Zelfs de oude gewoonten kregen een Frans-Belgisch kader, want rechters verwezen niet alleen naar het oude recht van een streek, maar ook naar dat van naburige gebieden en van Noord-Frankrijk⁶¹. Echt verwonderlijk was dat niet, daar de Zuid-Nederlandse en de Noord-Franse gewoonten altijd al dicht bij elkaar aansloten⁶². Omstreeks 1830 echter brak een nieuwe generatie door. Zij citeerde het oude recht wel nog, maar dat had zijn prestige verloren⁶³. In een daaropvolgende generatie, vanaf de jaren zestig van de negentiende eeuw, verdwenen de verwijzingen naar het oude recht zelfs helemaal⁶⁴. Dit betekende niet dat de rechtsregels zelf veranderden, maar dat ze voortaan in een Frans kader geplaatst werden en vooral dat rechters verwezen naar hun eigen precedenteren en niet langer naar het oude recht. Dat was dus ‘ondergedoken’⁶⁵. Dit zorgde voor problemen, wanneer de precedenteren die steunden op oud recht niet gemakkelijk konden gekoppeld worden aan de Napoleontische wetboeken. In dat geval was iedereen

⁵⁶ Zie voor voorbeelden G. MARTYN, “The judge and the formal sources of law in the Low Countries (19th-20th centuries): from slave to master?”, in: W. Hamilton Bryson en S. Dauchy, *Ratio decidendi. Guiding principles of Judicial Decisions*, Berlijn, Duncker & Humblot, 2006, 207.

⁵⁷ Zie B. BOUCKAERT, *Hoe gemotiveerd is cassatie? Pleidooi voor een waarachtig precedentenhof en een hernieuwde motiveringscultuur*, Kluwer Antwerpen, 1997.

⁵⁸ Vergelijk bv. voor de kanaal- en schoorsteenarresten de 23 pagina’s van het openbaar ministerie met de zes pagina’s van het Hof (Cass., 6 april 1960, *RCJB* 1960, 257-286).

⁵⁹ Bv. Hof Brussel 25 november 1817, *Pas.* 1817, II 518-522; Hof Brussel, 22 juni 1830, *Pas.* 1830, II 154-155.

⁶⁰ Zie bv. voor de burenhinder, D. HEIRBAUT, ‘Les juges belges face au Code civil aux 19ème et 20ème siècles: l’exemple des troubles de voisinage’, in: B. Dölemeyer en H. Mohnhaupt (red.), *Richterliche Anwendung und Umsetzung des Code civil in seinen Europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreich*, Frankfurt, Klostermann, 2006, 261-262.

⁶¹ Dit gebeurt wel meestal in de pleidooien (bv. Hof Luik, 3 april 1827, *Pas.* 1827, II, 122).

⁶² Vandaar dat John Gilissen België en Noord-Frankrijk samen behandelde in zijn *Introduction bibliographique à l’histoire du droit et à l’ethnologie juridique*, Brussel, Ed. de l’Université de Bruxelles, 1963-1988 (fascicel C/3 is gewijd aan: *Belgique et Nord de la France*).

⁶³ Het stond niet langer op zich, maar ontleende zijn autoriteit aan een band met het wetboek (bv. Hof Luik, 7 maart 1846, *BJ* 1846, 1008-1012; Hof Brussel, 9 maart 1848, *Pas.* 1848, II, 153-155).

⁶⁴ Zoals altijd zijn er uitzonderingen, zoals Vred. Aarlen, 15 februari 1879, *Pas.*, 1880, III, 173; 20 januari 1883, *Pas.*, 1884, III, 228-229.

⁶⁵ Dit is zeer goed zichtbaar bij burenhinder omdat de rechters al verwezen naar precedenteren terwijl de advocaten zich soms nog bleven beroepen op het Romeins recht (Cass., 5 augustus 1858, *Pas.* 1858, I, 314-325).

het wel eens over de juridische principes, maar bestond nogal wat discussie over hun wettelijke basis⁶⁶. Een oplossing kwam er pas in de jaren vijftig van de twintigste eeuw toen, naar buitenlands voorbeeld⁶⁷, algemene rechtsbeginselen erkenning kregen als rechtsbronnen⁶⁸. Vele ervan bestonden nochtans reeds in het *ius commune* en het is dan ook terecht hen te beschouwen als Romeins recht in een nieuwe verpakking⁶⁹. Desondanks negeren Belgische juristen deze historische oorsprong, zodat de opkomst van de algemene rechtsbeginselen niet geleid heeft tot een vernieuwde interesse voor het oude recht.

14. Dat Belgische juristen het oude recht bleven toepassen, maar geleidelijk aan zich daarvan steeds minder bewust werden, was niet opmerkelijk, want in Frankrijk deed zich hetzelfde voor⁷⁰. Dat was zeker in de beginperiode de logica zelve, daar in de eerste jaren na de Napoleontische wetboeken het Belgisch recht niet bestond omdat ook België zelf nog niet bestond. De wereld van de ‘Belgische’ jurist kende toen twee niveaus: het Franse keizerrijk en het ressort van het lokale hof van beroep. Algemene Franse publicaties informeerden over het eerste⁷¹, regionale tijdschriften over het tweede. Zij richtten zich daarbij dan op Brussel en Luik⁷², al kreeg ook het Rijnland heel wat aandacht omdat ook daar het Franse recht gold⁷³ (Zelfs na de onafhankelijkheid is die herinnering aan de band met het Hof van Beroep van Trier levendig gebleven)⁷⁴. Het belang van politieke factoren is duidelijk zichtbaar na het vertrek van de Fransen en de vereniging met Nederland. Het Franse recht bleef domineren, maar Den Haag kwam Brussel en Luik vervoegen als nieuwe attractiepool⁷⁵. Een band met Duitsland bleef nog bestaan omdat de overheid heel

⁶⁶ Zie voor de burenhinder voor 1960: S. STIJNS en H. VUYE, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, V, *Zakenrecht*, IV, *Burenhinder*, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, 9-119; S. STIJNS en H. VUYE, ‘Rechtsmisbruik en burenhinder: evenwichtsoefeningen op weg naar een evenwichtslaar’, in: H. Cousy, S. Stijns e.a., *Liber amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2002, 305-321.

⁶⁷ S. JACOBY, *Allgemeine Rechtsgrundsätze: Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte (Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, XIX)*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1997.

⁶⁸ G. MARTYN, ‘De verhoudingen tussen de formele bronnen van het Belgische recht in de twintigste eeuw’, in: G. MARTYN, D. HEIRBAUT en R. OPSOMMER (red.), *De rechtsgeschiedenis van de 20ste eeuw*, Koninklijke Academie, Brussel 2006, 120-123.

⁶⁹ R. KNÜTEL, ‘Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union’, XXXVI. *Juristische Schulung* 1996, 768-778.

⁷⁰ Zie H. KOOIKER, *Lex scripta abrogata. De derde renaissance van het Romeinse recht. Een onderzoek naar de doorwerking van het oude recht na de invoering van de civielrechtelijke codificaties in het begin van de negentiende eeuw, I, De uitwendige ontwikkeling*, Nijmegen, Ars Aequi, 1996 en meer algemeen, J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Quadrige Parijs, 2001

⁷¹ Zie daarover C. BERGFELD, ‘Frankreich’, in F. Ranieri (red.), *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800-1945)*, I, Frankfurt, Klostermann, 1992, 405-461 en art. Halpérin in Stolleis en Simon, *Juristische Zeitschriften*.

⁷² *Décisions notables du Tribunal d’appel de Bruxelles/Décisions notables de la Cour d’appel de Bruxelles (1807-1813); Recueil des arrêts notables de la Cour d’appel de Liège (1808-1839)*.

⁷³ De ondertitel van de *Décisions notables* vermeld in de vorig noot was: *avec les arrêts les plus remarquables des tribunaux de Liège et de Trèves*.

⁷⁴ I. *Belgique judiciaire*, 4.

⁷⁵ Dit is goed merkbaar in de supplementen van deze tijdschriften. Zo had de *Recueil des arrêts notables de la Cour d’appel de Liège*, oorspronkelijk een supplement met zaken van de andere hoven van beroep uit het Franse keizerrijk (*Avec quelques jugemens intéressants des tribunaux de son ressort, et les plus célèbres des autres cours d’appel de l’Empire*). In 1815 veranderde dit. De Franse hoven verdwenen en enkel Brussel en Den Haag kwamen nog aan bod (*Avec un supplément, contenant les arrêts les plus remarquables des Cours de Bruxelles et de la Haye*). In 1817 had een nieuw tijdschrift eveneens een supplement met zaken uit Brussel

wat Duitsers benoemde aan de Belgische rechtenfaculteiten⁷⁶, maar tot veel interesse voor de toen in Duitsland overheersende historische school leidde dat niet⁷⁷. Nochtans was het Belgische element zeer sterk in het invloedrijke *La Thémis*, de speerpunt van de historische school in de Franstalige wereld⁷⁸. De Belgische jurist was blijkbaar alleen maar geïnteresseerd in het Duitse recht, in zoverre dat van Frankrijk afkomstig was.

15. De onafhankelijkheid leidde ertoe dat Den Haag wegviel uit het blikveld van de Belgische jurist⁷⁹, maar die liet zich wel nog steeds leiden door Frankrijk. Franse publicaties bleven populair, maar dan vooral in een speciale versie voor België met als beste voorbeeld de enorm populaire Dalloz⁸⁰. Vele Belgische tijdschriften zagen overigens het leven als klonen van Franse voorgangers (dat kon zonder problemen tot 1852 omdat de rechten van het Franse origineel niet beschermd waren in België). Dat is vaak zeer goed merkbaar in de titel die Frankrijk en België vermeldt, waarbij het Belgische element dan met de tijd sterker werd⁸¹. Afgezien van dit soort publicaties, waren er aanvankelijk weinig Belgische juridische werken of tijdschriften⁸². De gemakzuchtige lezer kon zich zelfs behelpen met de *Revue des revues de droit*, een bloemlezing van de buitenlandse, dus vooral Franse, juridische publicaties⁸³.

16. Een eerste belangrijk, echt Belgisch tijdschrift kwam er pas in 1842 door de oprichting van *La Belgique Judiciaire*. Dit tijdschrift zou tot de Tweede Wereldoorlog België's toonaangevende juridisch tijdschrift zijn⁸⁴. De ondertitel *Gazette des tribunaux belges et étrangers* gaf echter aan dat het de bedoeling bleef om aandacht te besteden aan het buitenlandse recht. De redacteurs wouden rechtspraak uit Frankrijk, Nederland en Duitsland publiceren⁸⁵ en in de praktijk kwamen daar nog *cases* uit Zwitserland, Italië en Luxemburg bij⁸⁶. De voorwaarde daarbij was dat het ging om recht dat gebaseerd was op

en Den Haag (*Jurisprudence de la Cour supérieure de Bruxelles... Avec un supplément contenant 1) les arrêts notables des Cours supérieures de Liège et de la Haye, 2) ceux de la Cour de cassation de de France...*). Zoals de laatste ondertitel aangeeft hadden deze tijdschriften nog steeds aandacht voor Franse rechtspraak, inz. die van het Hof van Cassatie.

⁷⁶ De bekendste van hen was Warnkönig (zie over hem G. WILD, *Leopold August Warnkönig, 1794-1866. Ein Rechtslehrer zwischen Naturrecht und historischer Schule und ein Vermittler deutschen Geistes in Europa*, Karlsruhe, Müller, 1961, inz. 12-34 over zijn Belgische periode).

⁷⁷ J. VAN DEN BROECK, 'Het Burgerlijk Wetboek en de invloed van de Duitse rechtshistorische school in België tijdens de 19de eeuw', in: *Liber amicorum John Gilissen*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 417-425.

⁷⁸ D. HEIRBAUT, 'Law reviews in Belgium', 346.

⁷⁹ De supplementen met Haagse zaken verdwenen na de Belgische onafhankelijkheid.

⁸⁰ F. VERBEKE, *Belgian law*, 139.

⁸¹ Bv. de tweede reeks van de *Pasicrisie ou recueil général de la jurisprudence des cours de France et de Belgique...* (in België gepubliceerd vanaf 1840). Vanaf 1865 werden wel nog Franse zaken gepubliceerd, maar verdween de verwijzing naar Frankrijk uit de titel. De Belgische Pasicrisie was op zijn beurt het model voor een gelijkaardig tijdschrift in Luxemburg (HOLTHÖFER, *Beiträge zur Justizgeschichte*, 198).

⁸² F. VERBEKE, *Belgian law*, 116.

⁸³ F. VERBEKE, *Belgian law*, 116.

⁸³ *Revue des revues de droit ou choix des meilleurs articles qui paraissent dans les recueils suivants...* Gepubliceerd van 1838 tot 1852 toen België een verdrag over de erkenning van de Franse auteursrechten tekende (DOPP, *La contre-façon*).

⁸⁴ D. HEIRBAUT, 'Law reviews in Belgium', 347-348, 355.

⁸⁵ I. *Belgique judiciaire*, 1842, 4.

⁸⁶ Cf. 'A nos lecteurs', LXXVII. *Belgique judiciaire* 1919, 4.

de Franse codificaties⁸⁷, zodat die delen van deze landen die geen Frans recht hadden, genegeerd werden⁸⁸. In de praktijk betekende ‘vreemd’ recht dus vooral ‘Frans’ recht. Ander vreemd recht werd meestal slechts gerecipieerd via Frankrijk. Zo nam België op het einde van de negentiende en in de eerste helft van de twintigste eeuw bepaalde Duitse rechtsregels niet rechtstreeks over van dit buurland, maar slechts na een omweg via Frankrijk⁸⁹. Opmerkelijk in het licht van dit Franse overwicht is de grote aandacht van de Belgische rechtbanken voor Luxemburg, zeker in verhouding tot de omvang van dat land⁹⁰. Merkwaardig is ook dat deze interesse voor Luxemburg bijna geheel verdween tijdens het interbellum.

17. Het hoofddoel van *La Belgique Judiciaire* in 1842 was het dynamiseren van het Belgisch recht⁹¹. De redactie probeerde daarom de Belgische rechtsgeschiedenis te promoten, maar dat werkte niet omdat de interesse van de praktijk daarvoor toen al tanende was⁹². Het nieuwe tijdschrift slaagde er wel in een grotere interesse voor het Belgische recht op te wekken. Vanaf het einde van de negentiende eeuw werden de verwijzingen naar Frans recht in tijdschriften voor de praktijk kariger⁹³ en die tendens nam zelfs nog toe na Wereldoorlog II. Het resultaat is dat vandaag handboeken over rechtsmethodologie niet of bijna niet meer verwijzen naar het Franse recht⁹⁴ en, zelfs wanneer ze dat doen, gebeurt dat niet meer met volle overtuiging⁹⁵. Deze fundamentele ommekeer is mede te danken aan Henri De Page, België’s invloedrijkste rechtsgeleerde in de twintigste eeuw⁹⁶. In de negentiende eeuw waren er weinig juridische auteurs en hun belangstelling voor de praktijk was niet altijd groot. De Page’s omvangrijke *Traité* daarentegen was een ware goudmijn van verwijzingen naar de Belgische rechtspraak, zodat de praktijk niet langer Franse handboeken nodig had. Ook de nieuwe wetgeving in beide landen of de uiteenlopende interpretaties van de oude wetboeken vergrootten de kloof tussen België en Frankrijk⁹⁷. Nationalisme speelde daarbij geen grote rol, op enkele individuen, zoals Léon Hennebicq, hoofdredacteur van de *Journal des tribunaux*, na. Hij verdedigde gedurende het interbellum met veel vuur een supergroot België dat belangrijke stukken van zijn burens zou annexeren⁹⁸. Zijn voorganger Edmond Picard⁹⁹ had reeds

⁸⁷ Duitse zaken kwamen enkel “de cette partie de l’Allemagne que régissent les Codes Napoléon” (*Belgique judiciaire*, I, 1842, 4).

⁸⁸ Duits recht werd dan ook niet meer vermeld na 1900 (cf. ‘A nos lecteurs’, LXXVII. *Belgique judiciaire*, 1919, 4).

⁸⁹ Zie voor voorbeelden E. HOLTHÖFER, ‘Handels- und Gesellschaftsrecht. Belgien’, in H. Coing, *Handbuch Privatrechtsgeschichte*, III/3, 3390, inz. noot 17.

⁹⁰ E. HOLTHÖFER, ‘Belgien’, in: F. Ranieri, *Gedruckte Quellen*, 13.

⁹¹ I. *Belgique judiciaire*, 1842, 1.

⁹² D. HEIRBAUT, ‘Les juges belges’, 263-264.

⁹³ ‘Objet, plan et direction du journal’, *Journal des juges de paix*, 1892-1893, 5.

⁹⁴ Zie bv. de website <http://www.law.kuleuven.ac.be/rechtgenoot/>.

⁹⁵ Zie bv.. A. DE THEUX, I. KOVALOVSKY en N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique: les sources documentaires du droit*, Brussel, FUSL, 2000, 233, 271.

⁹⁶ Zie over hem D. HEIRBAUT, ‘Henri De Page, een man in de schaduw van zijn werk, 5 november 1894-27 augustus 1969’, XLVIII. *TPR* 2001, 111-121.

⁹⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1933, viii.

⁹⁸ G. ARONSTEIN, ‘Hennebicq (Léon), *Biographie nationale*, XXX, Brussel, 1959, 451-458. Zie ook L. HENNEBICQ, ‘Notre cinquantenaire’, L. *J.T.* 1935, nr. 3419, s.p.

⁹⁹ G. ARONSTEIN, ‘Hennebicq (Léon), *Biographie nationale*, XXX, Brussel, 1959, 451-458. Zie ook L. HENNEBICQ, ‘Notre cinquantenaire’, L. *J.T.* 1935, nr. 3419, s.p. en R. LESAFFER, ‘Le *Journal des tribunaux* (1904-1914). De Belgisch-Nederlandse betrekkingen vanuit het standpunt van de Belgische nationalist’, in: F. Stevens en Dirk Van den Auweele (red.), *Uitwysens d'Archiven. Handelingen van de*

eerder “*l’âme belge*” ontdekt en inspireerde zelfs de beroemde historicus Henri Pirenne om België al terug te projecteren naar de vroege middeleeuwen¹⁰⁰.

18. Hoewel gedurende de negentiende en een groot deel van de twintigste eeuw het buitenland van de Belgische jurist vooral bestond uit Frankrijk, was dat niet altijd het geval. Gedurende de Tweede Oorlog verzeilden meerdere Vlaamse juristen in de collaboratie en zij wouden de traditionele band van het Belgische recht met Frankrijk verbreken. In de plaats daarvan dienden Nederland en Duitsland de nieuwe voorbeelden te zijn omdat hun recht beter aansloot bij het ‘Nederlands/Germaanse’ karakter van het Vlaamse volk.¹⁰¹ Hun tijdschrift, het *Juristenblad*, was overigens relatief succesvol, maar dat betekende niet dat de abonnees aanhangers waren van de Nieuwe Orde, maar wel dat het *Juristenblad* er goed in geslaagd was om aan te sluiten bij de verlangens van de praktijk en de juridische tijdschriften van voor de oorlog¹⁰². Het pleidooi van *Het Juristenblad* voor meer aandacht voor de nationale rechtsgeschiedenis¹⁰³ is bv. een echo van wat de voorgangers van *La Belgique judiciaire* honderd jaar eerder al geschreven hadden. Het bleef overigens al evenzeer zonder veel opmerkelijke resultaten.

19. Een andere anomalie in het Frans-Belgische wereldbeeld was de bijzondere positie van Luik, dat voor de Franse Revolutie geen deel uitmaakte van de Bourgondische, Spaanse of Oostenrijkse Nederlanden. Dit Luikse particularisme overleefde de Belgische revolutie¹⁰⁴ en het lag aan de wieg van heel wat Luikse tijdschriften¹⁰⁵ en professionele verenigingen¹⁰⁶. Die vormden dan een tegengewicht tegenover het gemene Belgische recht

XIde Belgisch-Nederlandse Rechtshistorische Dagen. Leuven 22-23 november 1990, Afdeling Romeins Recht en Rechtsgeschiedenis K.U. Leuven, 107 e.v.

⁹⁹ Er is heel wat literatuur over Picard, maar zijn biografen hebben niet altijd elkaars werk benut. In afwachting van het (veelbelovende) doctoraat van Bart Coppein kan de lezer naast zijn artikel “«J’ai vu ce que vous n’avez pas vu». Droit et politique dans la pensée juridique d’Edmond Picard (1836-1924), *JT* 2007, 21-22, 38-39, 57-58, 77-78”, de volgende werken consulteren, evenals de daar vermelde literatuur: J. BEYERS-BELL en H. VAN GOETHEM, ‘Picard, Edmond’, *NEVB*, Tielt, Lannoo 1998, II, 2469-2472; L. DUPONT, ‘Edmond Picard, 1836-1924’, in C. FIJNAUT, *Gestalten uit het verleden 32 voorgangers in de strafrechtswetenschap, de strafrechtpleging en de criminologie*, Brussel, Kluwer, 1993, 97-107; F. RINGELHEIM, *Edmond Picard jurisconsulte de race*, Brussel, Petites fugues, 1999 (zie over het compleet negeren door dit werk van de nederlandstalige literatuur, zeer terecht COPPEIN, “Picard”, 58 noot 68). Voeg daaraan toe L. INGBER, ‘Edmond Picard. Du droit pur au droit nouveau’, in: M. MAGITS, *Lopend rechtshistorisch onderzoek*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 59-86.

¹⁰⁰ V. DUJARDIN, M. DUMOULIN, E. GERARD en M. VAN DEN WIJNGAERT, ‘Inleiding’, *Nieuwe geschiedenis van België*, Tielt, Lannoo, 2005, 17.

¹⁰¹ Ter inleiding’, I. *Het juristenblad* 1941, 1-2.

¹⁰² D. HEIRBAUT, ‘Law reviews’, 363-365. De continuïteit tussen *Het Juristenblad* en het *Rechtskundig Weekblad* voor én na de oorlog verdient nog een grondige studie.

¹⁰³ ‘Ter inleiding’, I. *Het juristenblad* 1941, 1.

¹⁰⁴ Cf. N. CAULIER-MATHY, *Le monde des parlementaires liégeois 1831-1893. Essai de socio-biographies*, Brussel, Académie Royale, 1996.

¹⁰⁵ Bv. *Chronique Liégeoise*, *Gazette des tribunaux du ressort de la Cour d’appel de Liège*, *L’audience. Journal des tribunaux*, *Gazette des tribunaux de la province de Liège*, *L’Echo judiciaire*, *La chronique des tribunaux de la province de Liège*, *Recueil des arrêts notables de la Cour d’appel de Liège*, *Jurisprudence de la Cour d’appel de Liège et de son ressort*.

¹⁰⁶ Zie bv. *Révision du code de procédure civile. Du maintien des avoués. Rapport délibéré et adopté, à l’unanimité, en assemblée générale des avoués du ressort de la cour d’appel de Liège*, Liège, J. Desoer, 1874.

waarin de Brusselse advocaten en magistraten domineerden¹⁰⁷. Dit Luikse element is nu grotendeels verdwenen¹⁰⁸, al houdt elders het lokale element, maar dan op kleinere schaal, soms wel nog stand¹⁰⁹.

20. Ondertussen is een veel groter regionalisme op de voorgrond gekomen door de vernederlandsing van het rechtsleven in Vlaanderen. Een belangrijk instrument daartoe waren vanaf het einde van de negentiende eeuw de verenigingen en tijdschriften van Nederlandstalige juristen¹¹⁰. Omdat het Nederlands in België nog niet rijp was, richtten zij zich eerst op Nederland. Het eerste grote tijdschrift, het *Rechtskundig Tijdschrift*, publiceerde ook Nederlandse zaken¹¹¹ en zelfs in 1931, toen Victor het *Rechtskundig Weekblad* oprichtte, was het nog nodig Nederlands materiaal te gebruiken¹¹². De situatie veranderde toen echter zo snel dat amper een jaar later het *Rechtskundig Weekblad* over voldoende zaken in het Nederlands beschikte¹¹³. Desalniettemin is de band met Nederland gebleven en bij het *Tijdschrift voor Privaatrecht* is die duidelijk merkbaar in de structuur met naast de Vlaamse redactie ook een Nederlandse redactieraad¹¹⁴.

21. Kortom, het recht van andere landen speelt nog steeds een rol, maar Frankrijk heeft zijn leidende positie verloren. Frans recht is nog steeds een voorbeeld, maar dan vooral omdat het een naburig recht is dat zeker in Franstalig België nog zeer geliefd is, maar ook in Franstalig België heeft bv. het Nederlandse recht een zekere invloed¹¹⁵. Een nieuwe factor is Europa, waarvan de invloed vooral merkbaar is in het handels- en economisch recht¹¹⁶. Overigens zijn verwijzingen naar andere Europese landen vaak niet zeer diepgaand omdat Europa bij nader toezien enkel blijkt te bestaan uit de buurlanden. Het belang van dit recht van de buurlanden mag niet overdreven worden. De beïnvloeding gebeurt vooral via de rechtsgeleerden die een doorgeefluik vormen voor het vreemde materiaal, want de gemiddelde jurist heeft niet echt veel zin (en nog minder de tijd) om zich in het vreemde

¹⁰⁷ Picard probeerde daarom in 1881 zijn niet-Brusselse lezers gerust te stellen over zijn *Journal des tribunaux* (E. PICARD, 'Au lecteur', I. *J.T.* 1881, 1).

¹⁰⁸ De *Jurisprudence de la Cour d'appel de Liège et de son ressort* uit 1888 liet het Luikse particularisme nog tot lang in de twintigste eeuw overleven. De naam veranderde in 1978 in *Revue de jurisprudence de Liège* en in 1987 in *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, waarmee het tijdschrift van Luiks Waals werd.

¹⁰⁹ Zie bv. *Limburgs rechtsleven*, opgericht in 1975, maar ook hier is er evolutie zoals bv. bij het *Tijdschrift voor Brugse rechtspraak*, uit 1983 dat het *Tijdschrift voor West-Vlaamse rechtspraak* werd in 1997 en in 2004 versmolt met het *Tijdschrift voor Gentse rechtspraak* tot het *Tijdschrift voor Gentse rechtspraak-Tijdschrift voor West-Vlaamse rechtspraak*.

¹¹⁰ D. HEIRBAUT, 'Law reviews in Belgium', 356-365.

¹¹¹ 'Tot inleiding', *Rechtskundig tijdschrift* 1897, 2 ('*Vlaamsche vonnissen uit Zuid- of Noord-Nederland*') (cf. 'Aan onze lezers', *Rechtskundig tijdschrift* 1906, 1).

¹¹² R. VICTOR, 'Ons doel', I. *RW* 1931-1932, 17.

¹¹³ R. VICTOR, 'Onze tweede jaargang', II. *RW* 1932-1933, 1.

¹¹⁴ Cf. 'Verantwoording', *TPR* 1964, 3.

¹¹⁵ Zo bevatte een herdenkingsnummer van de *Journal des tribunaux* naar aanleiding van de *Bicentenaire* van de *Code civil* interessant genoeg wel een artikel over het NBW, maar geen artikel over Frans recht (E. HONDIUS, 'Le Code civil néerlandais - Les douze premières années', CXXIII. *J.T.* 2004, 235-240).

¹¹⁶ A. BENOIT-MOURY, 'La naissance d'un code des sociétés en droit belge', in *Le nouveau code des sociétés*, Bruylant Brussel 1999, 28-34; E. WYMEERSCH, 'De financiële regulering 1964-2002', in W. Debeuckelaere en D. Voorhoof (red.), *En toch beweegt het recht, Tegenspraak - Cahier*, XXIII, 2003, 170-172. Zie meer algemeen H. BOCKEN e.a. (red.), *De invloed van het Europees recht op het Belgisch recht*, Kluwer Mechelen 2003.

recht te verdiepen¹¹⁷. Voor de rechtspraktijk bestaat vreemd recht eigenlijk enkel maar in zover het toegankelijk is in de publicaties van Belgische auteurs.

22. De opkomst van het Nederlands als rechtstaal heeft geleid tot een groeiende kloof tussen Nederlandstaligen en Franstaligen in België. Hun wereld is in toenemende mate de eigen taalgemeenschap in het eigen land geworden. Bij voorkeur citeren ze literatuur en rechtspraak uit het eigen landsdeel¹¹⁸, al is deze tendens het sterkst bij Franstalige juristen¹¹⁹. Bijgevolg groeit de mentaliteit over recht in beide landsdelen uit elkaar¹²⁰ en vreemde invloeden spelen daarbij een rol. Zo zijn er zelfs in het Hof van Cassatie¹²¹ (dat jammer genoeg niet voorkomt op de traditionele lijst van wat België nog bijeenhoudt: frieten, voetbal, het koningshuis en de sociale zekerheid) verschillen in stijl merkbaar tussen de Frans- en de Nederlandstalige kamers, waarbij die laatste door Nederlandse invloed veel minder oubollig overkomen. De kloof tussen Nederlands- en Franstalige juristen is echter nog altijd niet onoverbrugbaar. Er zijn heel veel tweetalige tijdschriften en vele juristen zijn nog steeds van oordeel dat zij niet hoeven te stoppen aan de taalgrens, zolang de meerderheid van de rechtsregels dat ook niet doet¹²². Het is echter een veeg teken aan de wand dat reeds geruime tijd de best verkopende tijdschriften eentalig zijn¹²³ en dat zelfs in de kranten al artikels verschijnen waarin de eenheid van het Belgische recht onderzocht wordt¹²⁴. Alleen al het feit dat zoiets gebeurt, zegt genoeg. Al even veelzeggend is dat ook in de kranten het debat over justitie vaak enkel binnen de eigen taalgroep gevoerd wordt¹²⁵, alsof justitie in de geesten reeds gesplitst is.

23. Hoe dan ook, de attitude van de Belgische praktizijnen tegenover vreemd recht bewijst alweer hoe pragmatisch ze zijn. Eerst domineerde het vreemde recht omdat nog niet genoeg eigen Belgisch recht voorhanden was. Dat was algemeen het geval voor het Franse recht in de negentiende eeuw en later voor het Nederlandse recht in Vlaanderen. Zodra genoeg Belgisch materiaal beschikbaar werd, verhuisde het vreemde recht naar de

¹¹⁷ Zie bv. L. HERTECANT, 'Bedenkingen geregistreerd door de redactiesecretaris bij het opmaken van de registers', *Tijdschrift voor privaatrecht*, Feestbundel 35 jaar, 1999, ix, over de moeilijkheid om recensenten te vinden voor buitenlandse juridische werken.

¹¹⁸ Een mooie term hiervoor is: "*ignorance intercommunautaire*" door H. DUMONT en F. TULKENS, 'Le droit constitutionnel', CXIX. *J.T.* 2000, 5.

¹¹⁹ Met natuurlijk zoals gewoonlijk de uitzonderingen die de regel bevestigen (cf. M. STORME, 'Slotrede', in M. Storme en P. Taelman (red.), *Tien jaar toepassing wet 3 augustus 1992 en haar reparatiewetgeving. Evaluatie en toekomstperspectieven*, Die Keure Brugge 2004, 184.

¹²⁰ D. HEIRBAUT, *Civielrechtelijk beleid*, 79-82; D. HEIRBAUT, 'L'émancipation tardive d'une pupille de la nation française. L'histoire du droit belge aux 19^{ème} et 20^{ème} siècles', in: A. Wijffels (red.), Bruylant Brussel 2005, 632-638 en de referenties aldaar. Zie ook A. BRACKE, *Naar een volgende stap in de staatsvorming: defederalisering van justitie*, Gent (onuitgegeven licentiaatsverhandeling Politieke Wetenschappen, zal afgewerkt zijn in de zomer van 2007).

¹²¹ Dat in deze materie een belangrijke unificerende rol speelt, cf. J. DUJARDIN, "Voltallige zitting voor een eenduidige interpretatie van het recht", *R.W.* 2001-2002, 649-676.

¹²² Cf. T. VANSWEEVELT, 'Redactioneel. Het tijdschrift voor gezondheidsrecht. Een nieuw tijdschrift'- 'Editorial. La revue de droit de la santé. Une nouvelle revue?', *Tijdschrift voor gezondheidsrecht-Revue de droit de la santé*, 1995-1996, 2-3.

¹²³ D. HEIRBAUT, 'Law reviews in Belgium', 366-367.

¹²⁴ "Procedure of pragmatisme. Ons land kent twee culturen. Zijn er ook twee rechtsculturen?", *De Standaard* 3 april 2007.

¹²⁵ Zie bv. 'La justice traîne, la victime souffre', *Le Soir* 15 mei 2007 over de gerechtelijke achterstand en de politieke voorstellen om eraan te verhelpen, waarbij enkel de visie van Franstalige politieke partijen aan bod komt.

achtergrond. Welk vreemd recht gebruikt wordt, hangt af van politieke factoren, maar vooral van taal en toegankelijkheid. Belgische juristen lezen wat ze kunnen vinden in eigen land in een taal die ze verstaan: Frans in het verleden, Frans of Nederlands vandaag. Deze houding heeft weinig te maken met een nationale rechtstraditie, maar alles met een ‘pragmatische luiheid’, al typeert die misschien wel net het Belgische recht.

V. Voorlopig besluit

24. De voorgaande paragrafen hebben aangetoond dat een nationale rechtstraditie als dusdanig niet bestaat in België. Toen het Hof van Cassatie in de beroemde kanaal- en schoorsteenarresten de traditie aanhaalde, begreep niemand echt wat het Hof daar nu mee bedoelde¹²⁶. Desondanks is het best mogelijk dat in de toekomst sprake zal zijn van een nationale rechtstraditie, of beter, rechtstradities. Aan beide kanten van de taalgrens neemt immers de neiging toe om zich terug te plooiën op het eigen landsdeel. Men gebruikt andere referentiewerken, tijdschriften, handboeken, buitenlandse voorbeelden, enz.¹²⁷. Verschillen in regionaal recht weerspiegelen dit, maar het overgrote deel van het in België gemaakte recht is nog steeds federaal. Voorlopig blijft het verschil tussen Vlaanderen en Franstalig België dan ook vooral beperkt tot de mentaliteit. Grotere veranderingen liggen echter in het verschiet. De regionalisering van justitie blijft de gemoederen beroeren met een splitsing van het ministerie, een eigen grondwet voor Vlaanderen, eigen codificaties en dergelijke meer¹²⁸. De kans is dan ook groot dat het Belgische recht daadwerkelijk uit elkaar valt, maar de toekomst kan ook zijn dat beide landsdelen dankzij Europa uiteindelijk toch weer dichterbij elkaar komen.

VI. De positie van het internationaal publiekrecht

25. Laten we vervolgens de blik wenden naar de positie van het internationaal publiekrecht. Ook hier zien we dat het Belgische recht wordt gekenmerkt door de omzeggens volledige afwezigheid van enige dam tegen het binnenstromen van internationaal publiekrecht; de sluizen staan open.

A. Overdraagbaarheid van bevoegdheden

26. Ten eerste heeft de Belgische grondwet de meeste verregaande bepaling inzake overdraagbaarheid van elke bevoegdheid of onderdeel van de soevereiniteit aan internationale organisaties. Deze bepaling, in de huidige nummering van de Grondwet art.

¹²⁶ S. STIJNS en H. VUYE, *Burenhinder*, 148-151 en 203; J. DABIN, ‘Le devoir d’indemnisation en cas de troubles de voisinage’, noot bij Cass., 6 april 1960, *Revue critique de jurisprudence belge* 1960, 302-303. Zie ook M.E. STORME, “Bedenkingen bij de door het Hof van Cassatie in het privaatrecht gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron: de traditie”, *TPR* 1995, 971-1048 en de bespreking verder *infra* in deze bijdrage.

¹²⁷ D. HEIRBAUT, 632-638. Cf. G. VAN OVERWALLE, ‘Het Nederlandstalig juridisch tijdschrift in België’, *Vlaams jurist vandaag*, 1988/4, 20. Zie ook E. DIRIX, *Privaatrecht en multiculturaliteit*, Intersentia Antwerpen 2007, 13-17.

¹²⁸ Zie o.a. noot 123 en M.E. STORME, ‘Een Vlaamse justitie?’, LXIV. *RW* 2000-2001, 1113-1120; M.E. STORME, ‘Welke justitievorming heeft Vlaanderen nodig?’, LXIII. *RW* 1998-1999, 133-136; M.E. STORME, ‘Ceci n’est pas une pipe - Over de uitweg uit het Belgisch surrealisme’, *Advocare*, 2001-2002, 12-15; TAEYMANS, M., *Defederalisering van justitie: staatsrechtsconferentie 2002*, Brussel, Larcier, 2003.

34, werd ingevoerd in 1970, vele jaren na de ratificatie van de Europese Verdragen in 1957. De overdracht van bevoegdheden aan de Europese Gemeenschappen was tot 1970 duidelijk ongrondwettig, maar weinigen schenen een probleem te maken van deze terzijdestelling van de Grondwet. Vandaag zijn er geen grondwettelijke belemmeringen meer voor de uitverkoop van nationale bevoegdheden; er is niets vergelijkbaars met de strikte vereisten die daarvoor gelden in de Grondwetten van de meeste andere Europese lidstaten, en waarbij omzeggens steeds een wijziging van de grondwet vereist is vooraleer een nieuw Europees Verdrag kan worden geratificeerd. Sommige lidstaten hebben verder ook onwijzigbare bepalingen in hun Grondwet - zo bv. art. 79 van de Duitse Grondwet, dat het onmogelijk maakt om de democratische en federale vorm van de Duitse staat te veranderen. Volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht* houdt dit in dat het zwaartepunt van de politieke macht bij de Duitse natiestaat moet blijven (de *demos* van de Duitse grondwet is de Duitse en geen onbestaande Europese *demos*)¹²⁹. Een dergelijke waarborg van de *demo*-cratie is geheel afwezig in de Belgische grondwet.

27. In beginsel is er nog deze beperking, dat een overdracht van bevoegdheden aan een internationale organisatie niet de bevoegdheid kan omvatten om in te gaan tegen (andere) uitdrukkelijke bepalingen van de Grondwet zelf. Nochtans is ook dit geschonden geweest in het verleden. Toen het Verdrag van Maastricht werd gesloten in 1992, dat voorzag in kiesrechten voor burgers van andere Europese lidstaten bij de lokale verkiezingen, stelde de Raad van State (afdeling wetgeving) - terecht - dat het verdrag niet kon worden geratificeerd tenzij vooraf de Belgische grondwetsbepaling zou worden gewijzigd die het kiesrecht voor alle verkiezingen voorbehield aan Belgische staatsburgers¹³⁰. Regering en parlement stoorden er zich niet aan en het Verdrag werd geratificeerd zonder grondwetswijziging. Wanneer later de Europese Richtlijn inzake kiesrechten diende te worden omgezet, zette de regering-Dehaene het parlement onder zware druk om de Grondwet te wijzigen aangezien dit "noodzakelijk was om onze internationale verplichtingen na te leven".

B. Rechtstreekse werking en voorrang van internationaal publiekrecht

28. Vervolgens is het ook zo dat de Belgische rechtbanken, daarin gevolgd door de meerderheid van de rechtsleer en de politici, aan elke regel van internationaal (publiek)recht met rechtstreekse werking voorrang geven boven het Belgische recht. Deze voorrang van het volkenrecht over het nationale recht wordt door de meeste auteurs zelfs evident gevonden en gezien als een traditioneel kenmerk van het Belgische recht, hoewel het dat niet is. Het is m.i. in tegendeel een "*invented tradition*".

29. Dit vraagstuk moet aan de hand van twee vragen ontleed worden. De eerste vraag is onder welke voorwaarden regels van internationaal recht deel uitmaken van het interne recht, de tweede of ze voorrang hebben op het (andere) nationaal recht.

30. Wat de eerste vraag betreft, lijkt het Belgische recht er vandaag van uit te gaan dat alle regels van internationaal publiekrecht die België verbinden ook deel uitmaken van het interne recht - de zogenaamde monistische leer, als onderscheiden van de dualistische leer die door de meeste andere landen wordt aangehangen. M.i. is dit monisme ten dele het gevolg van een misverstand. Het standaardarrest dat men meestal ten gronde legt aan de

¹²⁹ BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 55 = <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html>.

¹³⁰ R.v.St., Advies van 6 mei 1992, *Parl. Stukken Kamer* 1991-92, nr. 482/1, p. 69-72.

aanvaarding van het internationaal recht als deel van het interne recht is het arrest-*Drecoll* van Hof van cassatie d.d. 25 januari 1906, dat het volgende stelde:

Attendu qu'à des degrés divers le Droit des Gens forme partie du Droit respectif des Nations;

Que ce principe est si vrai que Blackstone déclarait que la Loi des Nations, c'est-à-dire le Droit des Gens, quand il s'élève une question qui est de son ressort, doit, en Angleterre, être adopté dans toute sa plénitude par la loi commune et être regardé comme faisant partie de la loi du pays;

Que, de même, aux Etats-Unis le droit des Gens est considéré comme formant partie intégrante de la loi du pays, ainsi que l'attestaient déjà Thomas Jefferson et Daniel Webster, qui tous deux ont rempli des fonctions de secrétaire d'Etat;

Que la Cour suprême y a placé le droit des gens coutumier au même rang que le droit des gens conventionnel, et a proclamé que les Cours fédérales doivent respecter le droit des gens comme une partie du droit national;

Attendu que ce principe est également vrai en Belgique.

31. In dit arrest wordt het beginsel dat internationaal recht deel uitmaakt van het interne recht gemotiveerd met een verwijzing naar het Engelse en Amerikaanse recht. Maar deze beide rechtsstelsels zijn uitgesproken dualistisch en helemaal niet monistisch betreffende het grootste deel van wat wij vandaag internationaal publiekrecht noemen ! Het is dus duidelijk dat het begrip internationaal recht als deel van het interne recht in 1906 helemaal niet het domein omvatte dat wij vandaag internationaal publiekrecht noemen. Wat begrepen werd als internationaal recht, dat deel uitmaakte van het nationale recht, was niet een ander niveau van rechtsregels dan die van het overige nationale recht, maar een stel rechtsregels die andere vragen betroffen dan die van het andere nationale recht. Enkel in die zin maakte het internationaal recht in Engeland en de VS deel uit van het interen recht (en dan nog was de verwijzing naar Blackstone fout¹³¹). Het arrest van 1906 begreep internationaal recht in de zin van het Romeinsrechtelijke concept van *ius gentium*, als de rechtstak die zich bezighoudt met het recht inzake vreemdelingen, diplomaten e.d.m. en met de relaties tussen staten in het internationale verkeer (maar zeker niet met mensenrechten !). In zoverre deze materies niet geregeld werden door nationale wetten of geratificeerde verdragen, werden ze beheerst door een transnationaal gewoonterecht, het in de loop der eeuwen voor deze vragen ontwikkelde *ius gentium*. Het gebied van het "internationaal recht" in het arrest van 1906 omvatte veeleer internationaal privaatrecht dan wat nu internationaal publiekrecht wordt genoemd. En de idee dat deze gewoonterrechtelijke regels voorrang zouden hebben boven nationale wetten was manifest niet aanvaard.

32. Anders dan in het Engelse en Amerikaanse recht heeft in het Belgische recht in de loop van de twintigste eeuw echter een monistische opvatting de bovenhand gekregen. Ingevolge die leer maakt elke regel die België verbindt in de interstatelijke rechtsorde deel

¹³¹ In zijn *Commentaries* schreef Blackstone immers over de 1709 Act of Queen Anne (7 Anne cap. 12) betreffende immuniteit van buitenlandse diplomaten dat “*In consequence of this statute thus declaring and enforcing the law of nations, these privileges are now held to be part of the law of the land*”, wat duidelijk betekent dat het eerst door de invoering ervan bij *statute* was dat die privileges deel zijn gaan uitmaken van het interne recht (vgl. E.R. ADAIR, “The law of nations and the common law of England. A study of 7 Anne cap. 12”, 2. *Cambridge Historical Journal* 1928, p. 290 v.). Het is wel correct dat Lord Mansfield de tegenovergestelde mening was toegedaan, nl. dat *the law of nations* ook zonder incorporatie deel uitmaakte van het Engelse recht (met name in in *Triquet v. Bath* (1764) 3 Burr. 1478).

uit van het interen recht en heeft deze rechtstreekse werking onder dezelfde voorwaarden als andere nationale wettelijke of grondwettelijke bepalingen, d.i. wanneer de bewoordingen voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn om toepasbaar te zijn in een concreet geschil voor de nationale rechter zonder verdere implementatiemaatregelen.

33. Het tweede punt, namelijk de voorrang van regels van internationale oorsprong boven regels van nationale oorsprong, is nog veel meer een relatief recente ontwikkeling. Nog in 1966 besliste het Hof van cassatie betreffende gewoonterechtelijke regels van volkenrecht (dus niet betreffende een geratificeerd verdrag) in dezelfde zin als de Engelse¹³² en Amerikaanse rechtspraak:

*Attendu que quelque éventuelle contradiction entre le droit interne (...) et les principes coutumiers du droit international public (...) qui gouvernent les relations entre Etats, encore serait-il que ces derniers principes ne sauraient faire échec à l'application du premier.*¹³³

34. Het is duidelijk dat gewoonterechtelijke regels van volkenrecht waarover het hier gaat gezien werden als subsidiaire regels, d.i. regels die toepassing vonden zolang er geen nationale regeling gold krachtens een wet of een andere nationale rechtsbron van vergelijkbare rang. Zij golden dus slechts *praeter legem* en zeker niet *contra legem*.

35. Op 27 mei 1971 velde het Hof van cassatie het beruchte arrest in de zaak *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski (smeltkaasarrest)*¹³⁴ betreffende een conflict tussen het Europees Gemeenschapsrecht en een latere nationale wet. In overeenstemming met de leer van het Gemeenschapsrecht en gegeven de wijziging van de Grondwet in 1970, was de beslissing dat het Gemeenschapsrecht voorrang had boven niet alleen een eerdere maar ook een latere nationale wet, correct.

36. Doorgaans leest men in dit arrest evenwel ook een erkenning van een algemene voorrang van de "internationale rechtsorde" op het nationale recht. Deze radicale en verreikende interpretatie volgt m.i. niet uit dat arrest, maar is wel de heersende leer vandaag. Wel kan men met zekerheid stellen dat het arrest ook de voorrang van door België geratificeerde verdragen boven de nationale wet impliceert, een stelling die minder onschuldig is dan ze lijkt¹³⁵, en bovendien des te merkwaardiger is omdat het Hof van

¹³² Bv. *Lord Atkin in Chung Chi Cheung v. The King*, (1937) AC 160 op p. 168, in 33. *The American Journal of International Law* 1939, (376) 378: "international law has no validity save in so far as its principles are accepted and adopted by our own domestic law. (...)The courts acknowledge the existence of a body of rules which nations accept among themselves. On any judicial issue, they seek to ascertain what the relevant rule is, and having found it, they will treat it as incorporated into the domestic law, so far as it is not inconsistent with rules enacted by statutes or finally declared by their tribunals".

¹³³ Cass. 26 mei 1966, *Pittacos*, Pas. 1966 I, 1211.

¹³⁴ *Arr Cass* 1971, 959, concl. Procureur-Generaal W. Ganshof Van Der Meersch = Pas. 1971 I, 886.

¹³⁵ Volgens Prof. Paul Vermeulen (hoogleraar staatsrecht VUB en later Eerste Voorzitter van de Raad van State) was het arrest ingegeven door de wens van het Franstalige establishment om de Belgische taalwetten te kunnen toetsen aan volkenrechtelijke regels en op die manier mogelijks terzijde te schuiven (zie o.m. zijn tussenkomst in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois, journées juridiques Jean Dabin*, Faculté de droit UCL, Larcier Brussel 1973, p. (554 v.) 555 en 557 v.) en meer algemeen om een instantie te hebben die zich boven de Vlaamse meerderheid in het Belgische Parlement kon plaatsen. Weliswaar had men in "Straatsburg" niet veel binnengehaald (het arrest van het EHRM van 23 juli 1968 in de "Belgische taalzaak" liet de taalwetten omzeggens helemaal heel; men bekwam enkel de zeer beperkte "*liberté du père de*

cassatie nooit de toetsing door de (gewone) rechter van wetten aan de grondwet heeft aanvaard¹³⁶.

37. Rechtsvergelijkend bekeken hebben zeer weinige landen hun soevereiniteit zo verregeand opgegeven als België. Vele landen aanvaardden weliswaar de voorrang van geratificeerde internationale verdragen boven nationale wetten. Sommige aanvaardden ook de voorrang van "algemeen erkende beginselen van volkenrecht" voor nationale wetten (bv. art. 25 van het Duitse *Grundgesetz*; vgl. ook art. 190 van de Zwitserse federale grondwet). Zeer weinige landen echter aanvaardden de voorrang van gelijk welke gewoonterechtelijke regel van volkenrecht boven het nationale recht, laat staan van allerlei betwiste interpretaties van volkenrechtelijke beginselen door comités van vanuit democratisch oogpunt erg betwistbaar allooi (zoals bv. het Comité voor Uitbanning van Rassendiscriminatie).

C. Onrechtstreekse werking

38. Ten derde maken zelfs volkenrechtelijke regels zonder rechtstreekse werking in zekere zin deel uit van het Belgische interne recht. Zij mogen en moeten namelijk worden gebruikt bij de uitlegging van het nationale recht. Zo werden bv. normen en verslagen van

famille".

Zie

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=699959&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> of *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 6), maar daar kon een rechtstreekse werking van het internationaal recht zoals geïnterpreteerd door Belgische (cassatie)rechters misschien wel aan verhelpen. Zou het werkelijk toeval zijn dat het arrest van 1971 er kwam kort nadat de grondwetswijziging van 1970 de taalgrens had ingeschreven in de Grondwet, zodat alvast de taalwetten niet meer op basis van een grondwettigheidstoetsing konden worden terzijde geschoven?

Ten aanzien van de grondwet is de Franstalige houding minder eenduidig: enerzijds stond de Grondwet een Franstalige interpretatie in de weg doordat de grondwetswijziging van 1970 duidelijke de indeling van het land in drie eentalige taalgebieden en één tweetalig gebied had bevestigd. Anderzijds hadden de Franstaligen in "Straatsburg" ook niet veel binnengehaald. Minstens sommige Franstalige academici streefden vanaf 1971 naar een grondwettigheidstoetsing door het minstens toen nog sterk Franstalig georiënteerde Hof van cassatie, en verwierpen de wettelijke regeling van 1971 die de bevoegdheidsconflicten aan de Raad van State toevertrouwde (die vanuit Franstalig oogpunt niet voldoende betrouwbaar werd geacht, wat overigens tot op vandaag het geval is met weerkerende scheldpartijen tegen de "chambre flamingante" van de Raad van State). In die lijn pleitte ook procureur-generaal Ganshof van der Meersch in 1973 voor grondwettigheidstoetsing door de gewone rechter (en dus uiteindelijk door het Hof van cassatie) (Concl. Ganshof van der Meersch voor het arrest van het Hof van Cassatie van 3 mei 1974, *Arr.* 1974, 969 = , *R.W.* 1974-75, 77). De wet die de bevoegdheidsconflicten aan de Raad van State toevertrouwde werd nooit uitgevoerd en in 1984 werd een apart Arbitragehof, paritair en zonder taalkamers, opgericht. Sinds de inwerkingtreding van dit paritaire Grondwettelijk Hof werd voor de Franstalige agenda de voorrang van het internationaal recht (of wat daaronder wordt verstaan) weer een prioriteit.

¹³⁶ De grondwettigheidstoetsing is steeds verworpen geweest sedert een eerste arrest van Cass. 23 juli 1849, *Pasicrisie* 1849, I p. 443. Mijn ervaring als advocaat leert me dat minstens een deel van de rechterlijke macht "niet houdt van de Grondwet", en zeker het Hof van cassatie niet. Dit is manifest het geval sinds de grondwettigheidstoetsing ingevolge een grondwetswijziging werd ingevoerd, maar daarbij werd toevertrouwd aan een nieuw Hof, het Grondwettelijk Hof (eerst Arbitragehof genoemd). Het Hof van cassatie heeft sindsdien talloze excuses uitgevonden om in strijd met zijn wettelijke verplichting toch maar geen prejudiciële vragen te stellen aan dat Grondwettelijk Hof of zelfs het gezag van gewijsde van arresten van dat Hof naast zich neer te leggen (bv. in het arrest van 20 december 2007, *RW*, 2007-2008, 1368 noot P. POPELIER "Rechterlijk overgangsrecht revisited").

de Wereldgezondheidsorganisatie meermaals gebruikt om de Belgische wetgeving uit te leggen¹³⁷.

39. Opmerkelijk is ook de wijze waarop het Grondwettelijk Hof verwijst naar regels van volkenrecht, aangezien dit Hof geen bevoegdheid heeft om de conformiteit van wetten met het volkenrecht te toetsen, maar enkel de bevoegdheid om ze aan de Grondwet te toetsen. Desalniettemin gebruikt het Hof regels van volkenrecht als middel voor de uitlegging van de nationale grondwet telkens wanneer de grondwettelijke regel in wezen dezelfde is of over hetzelfde handelt als de volkenrechtelijke. In de praktijk gaat het dan met name om regels over fundamentele rechten en vrijheden in internationale regelingen zoals het EVRM

en de VN-Convention over burgerlijke en politieke rechten.

D. Voorrang boven de Grondwet?

40. De positie van het Hof van cassatie is zelfs nog extremer: volgens dat Hof zou het volkenrecht, minstens de mensenrechtenverdragen, zelfs voorrang hebben boven de Grondwet. De Grondwet is aldus in België niet meer "*the supreme law of the land*". De Belgische grondwetgevende macht heeft aldus de controle over het eigen rechtssysteem verloren - wat vanuit democratisch perspectief bijzonder problematisch is.

41. Het Grondwettelijk Hof anderzijds heeft terecht geoordeeld dat het bevoegd is om de grondwettigheid te toetsen van wetten die internationale verdragen ratificeren¹³⁸. Dit impliceert logisch gezien ook de voorrang van de Grondwet boven dergelijke verdragen. Het Hof probeert doorgaans wel een verzoenende interpretatie, door waar mogelijk een interpretatie te geven die geen conflict veroorzaakt tussen de Grondwet en internationaalrechtelijke verplichtingen, maar kiest waar nodig toch – en terecht - voor de voorrang van de Grondwet¹³⁹.

42. Bij Bijzondere wet van 9 maart 2003 heeft de wetgever evenwel de grondwettigheidstoetsing door het Grondwettelijk Hof ingeperkt door elke toetsing door middel van een prejudiciële procedure van de wetten tot ratificatie van de Europese Verdragen en het EVRM onmogelijk te maken (en dus voor de reeds bestaande verdragen elke toetsing onmogelijk te maken) en voor toekomstige verdragen deze te beperken tot een abstracte toetsing gevorderd door een belanghebbende binnen 60 dagen na de afkondiging. Indien Europese instellingen een Europees Verdrag "evolutief" interpreteren, door het buiten de grenzen van de oorspronkelijke bedoelingen en bewoordingen (*original*

¹³⁷ Bv. Cass. 1 oktober 1997, *Arr* 1997, 378; R.v.St. 10 juli 2002, nr. 109.145, *Bourdeaud'hui e.a.*; R.v.St. 25 October 2001, nr. 100.331, *Coghe*; R.v.St. 17 September 1999, nr. 82.291, *Mutualité libérale Centre-Charleroi-Mons*.

¹³⁸ Bv. Grondwettelijk Hof nr. 26/91 van 16 oktober 1991, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/1991/1991-026n.pdf>; Grondwettelijk Hof nr. 12/94 van 3 februari 1994, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/1994/1994-012n.pdf>; Grondwettelijk Hof nr. 33/94 van 26 april 1994, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/1994/1994-033n.pdf>.

¹³⁹ Met name in arrest nr. 10/2008 van 23 januari 2008 inzake de inperking van het beroepsgeheim van de advocaat door in uitvoering van Europese richtlijnen uitgevaardigde witwaswetgeving, zie <http://grondwettelijkhof.be/public/n/2008/2008-010n.pdf>.

intent) van de verdragssluitende staten uit te rekken¹⁴⁰, en er een draagwijdte aan geven die strijdig is met de Belgische grondwet, dan bestaat daartegen geen remedie meer in het Belgische rechtssysteem.

43. Volgens art. 26 §2 van de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof van 6 januari 1989 is het Hof van cassatie in andere gevallen wel verplicht om de procedure op te schorten en een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof betreffende de grondwettigheid van een wet, wanneer die vraag wordt opgeworpen. Het Hof van cassatie gebruikt alle mogelijke trucs om deze verplichting te ontduiken. Zo werd in enkele recente arresten als excuus gebruikt dat het EVRM voorrang heeft boven de grondwet; het Hof van cassatie besliste dat naar zijn oordeel de betwiste wetsbepaling (een inperking van de vrijheid van meningsuiting) niet strijdig was met het EVRM en dat het om die reden geen vraag moest stellen aan het Grondwettelijk Hof over de verenigbaarheid van die inperking met de Grondwet¹⁴¹. Op deze wijze worden de grondwettelijke vrijheden uitgehold en de vaak verdergaande interpretatie ervan door het grondwettelijk Hof omzeild. In 4 arresten van 7 oktober 2008 werd zo bv. een prejudiciële vraag tot toetsing aan art. 150 van de grondwet (recht op een jury bij politiek misdrijf) verworpen met het argument dat de vraag uitging van een onjuiste rechtsopvatting, namelijk een ruimere definitie van politiek misdrijf dan diegene die het hof van cassatie zelf hanteert. Met andere woorden: het Hof van cassatie eigent zich de bevoegdheid toe zelf te beslissen wat de juiste interpretatie van de Grondwet is en op grond daarvan te weigeren een prejudiciële vraag te stellen die van een ruimere rechtsbescherming uitgaat ...

E. Commentaar en conclusies

44. Belgische rechtsgeleerden hebben een belangrijke rol gespeeld in de ontwikkeling van het volkenrecht, minstens in de tweede helft van de 19^e en eerste helft van de 20^e eeuw¹⁴², en wellicht ook in de tweede helft van de 20^e eeuw. In die tweede helft werd het volkenrecht een dominante rechtsbron. Zegt ook dat niet iets over het bestaan of niet-

¹⁴⁰ Een manifest voorbeeld van zo'n evolutieve interpretatie is het arrest-*Marckx* van het EHRM d.d. 1 juni 1979, waarbij traditionele familierechtelijke regels strijdig werden verklaard met het EVRM, hoewel dit zonder twijfel de *original intent* van de verdragspartijen te buiten ging.

¹⁴¹ Cass. 9 november 2004, @ <http://www.cass.be> = <http://www.droit.fundp.ac.be/cours/pen/cassvzw.pdf> = http://www.diversiteit.be/index.php?action=rechtspraak_detail&id=45&select_page=38.

Zie met name de kritische bedenkingen van F. MEERSSCHAUT, "De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet", noot onder Cass 9 november 2004, *TBP* 2005, 49 v. (waarin hij terecht pleit voor de invoering van een grondwettigheidsklacht of *Verfassungsbeschwerde* zoals die in onder meer Duitsland en Spanje bestaat, en waarmee tegen arresten van het onwillige Hof van cassatie beroep zou kunnen worden aangetekend bij het Grondwettelijk Hof); Hugo LOEVESTEIN, 't *Pallietkerke* november 2004; F. KEULENEER, "De Enron-constructie van Cassatie", *Juristenkrant* 2004 nr. 99, p. 2-3. Kritisch ook, met name w.b. de onterechte weigering prejudiciële vragen te stellen aan het Arbitragehof: B. GORS, "Une cause de refus de renvoi prejudicial: la primauté de la convention européenne sur la constitution", *Rev.B.Dr.Const.* 2005, 507 v.; onrechtstreekse kritiek op dit laatste punt ook bij P. VAN ORSHOVEN, "Wie beoordeelt de schending van internationale mensenrechtenverdragen door de wetgevende macht?", *RW* 2007-2008, 878. Vgl. ook nog over het door cassatie intact gelaten arrest *a quo* van 21 april 2004 F. KEULENEER, "Pseudo-rechtspraak baart juridische draak", *Tertio* nr. 220, p. 3, <http://www.tertio.be/archief/2004/T220/T220-bil.htm>.

¹⁴² In 1868 stichtte Gustave Rolin-Jaquemyns de *Revue de Droit International et de Législation Comparée* in Gent. In 1879 wordt het *Institut de Droit International* in Gent opgericht door Pasquale S. Mancini (eerste voorzitter ervan), Johann Caspar Bluntschli en opnieuw G. Rolin-Jacquemyns (als secretaris-generaal).

bestaan van een nationale traditie ? Zeker ook, maar het zegt ons vooral veel over de interne machtsstrijd binnen het nationale rechtssysteem.

45. Wat het eerste betreft, kan erop gewezen worden dat de afwezigheid van een Belgische nationale identiteit door sommigen in België gecultiveerd wordt als een specifiek Belgische nationale identiteit¹⁴³. Zo ook zou men kunnen zeggen dat omwille van het ontbreken of weggevallen zijn van een nationale Belgische identiteit en het uiteenvallen van het land, ook in het recht internationalisme gecultiveerd wordt als (Belgische) nationaliteit. Het kan natuurlijk ook de kwade trouw verraden van diegene die de machtsverschuiving naar de deelstaten betreuren en de nieuwe autonomie van die opkomende deelstaten proberen te ondermijnen door een verregaande voorrang van het internationaal recht in te voeren¹⁴⁴. Want al is België zeker geen modelstaat inzake de naleving van de internationale verbintenissen die men is aangegaan, er is zeker een establishment dat het imago wil scheppen van een echt post-nationaal land. De realiteit achter de schermen is minder prozaïsch; het gaat veeleer om een strijd om het behoud van de macht met andere middelen.

46. Kijken we naar de toepassing van het volkenrecht, dan moeten we vaststellen dat ondanks de grote theorieën, het toch niet zo vaak gebeurt dat wetten strijdig worden verklaard met het volkenrecht (andere dan het Europees gemeenschapsrecht welteverstaan). In de recente rechtspraak van het Hof van cassatie dient het volkenrecht zelfs als alibi om ongrondwettige wetten toe te passen en grondwettelijke waarborgen naast zich neer te leggen.

47. Op het gebied van de fundamentele vrijheden is de Belgische Grondwet (zeker de oorspronkelijke van 1831¹⁴⁵) immers meermaals een stuk radicaler geformuleerd dan het volkenrecht. Grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden - in het bijzonder vrijheden zoals de vrijheid van drukpers en meer algemeen van meningsuiting - worden afgezwakt door ze te lezen "in het licht van" zwakkere internationale standaards. Dit geldt in het bijzonder voor de bescherming van de vrije meningsuiting en de eigendom, die beiden duidelijk beter beschermd zijn in de Belgische grondwet dan in het volkenrecht (waarin de vandaag dominante opvattingen allerlei beperkingen op de vrije meningsuiting toelaten en, erger, zelfs beperkingen aan die vrijheid verplicht stellen onder het mom van

¹⁴³ Dit cultiveren vinden we zeer expliciet bij sommige kunstenaars, die een Belgische identiteit cultiveren omdat het geen nationale identiteit is of zou zijn. Bv. de auteurs 'Les B@lges', toneelstuk opgevoerd in het *Théâtre national* in 2002 (zie http://www.transquiquennal.be/article.php3?id_article=37), of de auteur D. LESAGE, *Onzuivere gedachten*, Antwerpen 1996, i.h.b. p. 28 (voor kritiek, zie P. DE GRAEVE, 'Een mond vol onzuiverheid, de schepping volgens Dieter Lesage', in *De brakke hond*, 2002, nr. 74, ook @ <http://www.brakkehond.be/74/graev1.html>).

¹⁴⁴ Aldus verklaarde de Waalse socialiste Anne-Marie Lizin (2003-2007 voorzitter van de federale Senaat) in 1991, toen ze Staatsecretaris voor Europese Zaken was, dat dankzij Europa de Vlamingen opnieuw de rechtsposities zouden verliezen die ze in en op België hadden weten te veroveren.

¹⁴⁵ Bv. door de waarborg van de jury voor politieke misdrijven en drukpersmisdrijven, de getrapte aansprakelijkheidsregel voor publicaties, het censuurverbod, het verbod op verbeurdverklaring, enz. De waarborg van de jury werd vooreerst door de rechtspraak uitgehold (bv. Cass. 7 december 1971 en Cass. 18 september 1973, waarbij de bescherming van de vrijheid van drukpers beperkt wordt tot publicaties die volgens de rechter een mening zouden inhouden) en vervolgens door het parlement middels de discriminerende afschaffing van de jury voor drukpersmisdrijven "die door racisme of xenofobie ingegeven zijn", een grondwetswijziging die manifest door politieke partijen werd doorgevoerd om een politieke tegenstander te treffen

racismebestrijding en vergelijkbare ideologieën). Het Grondwettelijk Hof, wiens bevoegdheid enkele jaren gelden werd verruimd, heeft daartegen al minstens op één vlak (naast het reeds genoemde arrest over het beroepsgeheim) de striktere grondwettelijke waarborgen gehandhaafd, met name door het grondwettelijk verbod van elke voorafgaande censuur op gedrukte uitingen voor de publicatie ervan hoog te houden¹⁴⁶, daar waar andere rechtscolleges de grondwettelijke regel op dit punt wel eens uitholden.

48. Vele ontwikkelingen in de recente Belgische rechtspraak op deze gebieden zijn de uitdrukking van een *guerre de juges*. Het Hof van cassatie, dat voor 1980 herhaaldelijk geweigerd heeft de grondwettigheid van wetten te toetsen (maar merkwaardig genoeg wel bereid was wetten te toetsen aan het volkenrecht), heeft nooit echt aanvaard dat er in 1984 een nieuw Hof werd opgericht waaraan men vragen over de toetsing van wetten aan de grondwet moet voorleggen (prejudicieel). Door het volkenrecht boven de Grondwet te plaatsen, probeert het Hof de suprematie te herwinnen.

VII. Invloed van buitenlands recht in de 20e eeuw.

A. In de rechtspraak

49. Buitenlands recht wordt zelden geciteerd in de rechtspraak (althans in zoverre Belgisch recht van toepassing is en geen buitenlands recht ingevolge de verwijzingsregels van het internationaal privaatrecht). Nu en dan zal men een verwijzing naar Frans recht vinden (of in mindere mate Staats-Nederlands) in beslissingen van de lagere rechtbanken en hoven van beroep. In de arresten van het Hof van cassatie zijn er helemaal geen verwijzingen naar rechtspraak of rechtsleer (behalve naar arresten van het Hof van Justitie van de EG of het Grondwettelijk Hof, of in sommige oudere arresten inzake het niet gecodificeerde internationaal privaatrecht), *a fortiori* niet naar buitenlandse rechtspraak of rechtsleer. In de conclusies van het openbaar ministerie kan men nu en dan een rechtsvergelijkende analyse vinden van de rechtsvraag vooraleer de analyse naar Belgisch recht wordt uiteengezet.

50. De Raad van State en het Grondwettelijk Hof verwijzen wel eens naar de eigen precedentes en soms naar die van het EHRM, maar niet naar buitenlands recht. Interessant om weten is wel dat, wanneer het Grondwettelijk Hof (toen nog Arbitragehof geheten) in 1985 zijn eerste arrest velde, het de structuur van de arresten van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* gekozen heeft als model voor zijn arresten, en dit “formaat” sindsdien steeds heeft gebruikt (wat de stijl betreft, zijn de Belgische arresten wel een stuk minder uitvoerig in de argumentatie dan de Duitse).

51. Desondanks is het duidelijk dat de Belgische rechtspraak beïnvloed is door buitenlandse ontwikkelingen, in het bijzonder die in de buurlanden. Gegeven de oorsprong van het Belgische burgerlijk wetboek, bleef het Franse recht een grote invloed hebben op de uitleg van het burgerlijk wetboek en de verdere ontwikkeling van de rechtsfiguren van het burgerlijk recht (zij het dat sommige van die ontwikkelingen ook een herleving van het oud-vaderlandse recht vormden, zie verder). Het Belgische recht is op deze wijze het Franse o.m. gevolgd in vraagstukken zoals de uitbreiding van foutloze aansprakelijkheden

¹⁴⁶ Grondwettelijk Hof nr. 157/2004 van 6 oktober 2004, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2004/2004-157n.pdf>.

(uitleg van art. 1384 en v. B.W.), medeplichtigheid aan andermans wanprestatie, ongegronde verrijking in het algemeen (Cass. (B.) 27 mei 1909, beïnvloed door Cass. (Fr.) 15 juni 1892, zie verder *infra*), enz.

B. In wetgeving en rechtsleer

52. De invloed van buitenlands recht op de wetgeving en rechtsleer is redelijk belangrijk geweest en wordt meestal ook uitdrukkelijk erkend. Daarbij mag men niet vergeten dat, aangezien België een klein land is, de academische en politieke wereld op persoonlijk vlak minder uit elkaar liggen dan in vele grotere landen. Talrijke rechtsprofessoren hebben deel uitgemaakt van de wetgevende macht, ook al heeft het aandeel van de juristen onder de volksvertegenwoordigers nu een historisch dieptepunt bereikt. De achteruitgang van de macht van het parlement in vergelijking met de uitvoerende macht heeft de invloed van de academische wereld in de jongste decennia wellicht verminderd. Het gevolg daarvan is dat het buitenlandse recht en de buitenlandse wetgeving zeker nog regelmatig een inspiratiebron vormen, maar op een oppervlakkiger manier; of juist: oppervlakkige indrukken van het buitenlands recht spelen een rol in allerlei “hervormingen” die politici voorstellen en al dan niet uitvoeren. Maar het klopt dat verwijzingen naar buitenlands recht wel regelmatig opduiken in de parlementaire stukken.

53. De rechtstreekse invloed van buitenlands recht op de wetgeving is grotendeels de invloed van Frans en Staats-Nederlands recht, gegeven de eenheid van taal tussen het Franstalige deel van België en Frankrijk en het Nederlandstalige deel en Staats-Nederland. Het Franse recht heeft bv. invloed gehad op de invoering van een reeks zgn. rechtstreekse vorderingen, bv. in het verzekeringsrecht, en objectieve aansprakelijkheden, bv. voor verkeersongevallen met zwakke weggebruikers. In de jongste decennia hebben vele Vlaamse juristen de blik op Staats-Nederland gericht en bleven de Franstalige juristen naar Frankrijk kijken. Tot op vandaag is de eenheid van het formele rechtssysteem (op die gebieden waar het een federale bevoegdheid is gebleven, waaronder het grootste deel van het privaatrecht) nog een sterker gegeven dan de verscheidenheid in taal; maar zodra men achter de coulissen van de formele bronnen van het recht kijkt, kan men niet ontkennen dat taalgrenzen een bijna even belangrijke invloed hebben in de rechtsontwikkeling als de staatsgrenzen.

54. De circulatie van juridische ideeën over de staatsgrenzen heen vindt vooral plaats in wetenschappelijke uitwisselingen. Er vinden regelmatig zulke uitwisselingen plaats tussen vooral jonge rechtswetenschappers uit de Nederlandstalige rechtsfaculteiten van de zuidelijke en de noordelijke Nederlanden (Vlaanderen en Staats-Nederland), of tussen deze uit Franstalige rechtsfaculteiten van Wallonië en Frankrijk. Sommige wetenschappelijke verenigingen hebben deze uitwisseling ook specifiek bevorderd, zo bv. de *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland* of de Belgische afdeling van de *Association Henri Capitant pour la culture juridique française*.

55. De *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland* was tweetalig bij zijn oprichting meer dan 50 jaar geleden, maar is in de praktijk een uitsluitend Nederlandstalige vereniging sedert vele jaren. Elk jaar worden drie onderwerpen bediscussieerd op vergelijkende wijze, vertrekkend van telkens een preadvies door een (Staats-)Nederlandse en een Belgische preadviseur. Het *Tijdschrift voor privaatrecht* heeft een Vlaamse én een Nederlandse redactie/adviesraad. De Vereniging en het Tijdschrift hebben zonder twijfel bijgedragen tot de verspreiding van regels en rechtsfiguren uit

Staats-Nederland in België, onder meer wat betreft de “marginale toetsing”¹⁴⁷, de conversie van nietige rechtshandelingen¹⁴⁸, de *rechtsverwerking*¹⁴⁹, de ontwikkeling van het kort geding¹⁵⁰, de rol en controle van partijbeslissingen¹⁵¹ en bindende derdenbeslissingen¹⁵², de kwaliteitsrekeningen¹⁵³ enz.

56. De invloed van het Duitse recht is wellicht ook belangrijk geweest, maar meer verborgen en indirect. De belangrijkste abstracte categorieën van de Duitse *scientia iuris* zijn ook in de Belgische rechtsleer terechtgekomen, soms vrij snel, meestal met veel vertraging, zo bv. de begrippen *Rechtsgeschäft* (rechtshandeling, *acte juridique*), *Verfügungsmacht* (beschikkingsbevoegdheid, *pouvoir de disposition*), *mittelbare Stellvertretung* (middellijke vertegenwoordiging, *représentation indirecte*), e.d. Ook sommige rechtsfiguren uit het Duitse handelsrecht zijn in de handels- en rechtspraktijk belangrijk geworden, zoals de onafhankelijke garanties, het eigendomsvoorbehoud, de *Prokura*, de orderbevestiging, e.d.

57. De invloed van het Anglo-Amerikaanse recht anderzijds is er vooral via een andere weg gekomen, nl. de praktijk van de advocatenkantoren. Natuurlijk zijn ook sommige ontwikkelingen in de wetgeving beïnvloed door het Anglo-Amerikaanse recht, maar daarbij gaat het meestal om een ontwikkeling die niet rechtstreeks of exclusief van over de oceaan kwam, maar veeleer in een groot deel van Europa plaatsvond (bv. ontwikkelingen inzake producentenaansprakelijkheid, medische aansprakelijkheid, beurswetgeving, mededingingsrecht, de verschoonbaarheid na faillissement, enz.). Vele andere ontwikkelingen stammen veeleer uit de professionele en handelspraktijk dan uit wetgevende initiatieven. Men kan daarbij denken aan de ontwikkeling van nieuwe types van overeenkomst of figuren uit het contractenrecht sinds de jaren '60 zoals *leasing*, *factoring*, *franchising*, kredietkaarten, documentaire kredieten, *letters of intent*, *escrow*; typische contractsbedingen zoals het vierhoekenbeding (*entire agreement clause*), bedingen van deelbaarheid bij nietigheid; typische beroepspraktijken zoals *affidavits* en *legal opinions*. Daarbij kan natuurlijk worden opgemerkt dat de meeste van deze praktijken niet strijdig waren met de gevestigde regels van het Belgische recht, maar dat kan natuurlijk ook betekenen dat het Belgische recht en de privaatrechtelijke praktijk in de 20^e een hoge graad van soepelheid had en heeft.

¹⁴⁷ J. RONSE, ‘Marginale toetsing in het privaatrecht’, *TPR* 1977, 207 v.

¹⁴⁸ J. RONSE, *TPR* 1965, 199.

¹⁴⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *TPR* 1980, 736.

¹⁵⁰ I. VEROUGSTRAETE, *TPR* 1980, 262.

¹⁵¹ J. RONSE, *TPR* 1977, 207; M.E. STORME, *TPR* 1988, 1259

¹⁵² Marcel STORME, ‘De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen’, *TPR* 1984, 1243 v.; Marcel STORME & Matthias STORME, ‘De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht’, Preadvies voor de Jaarvergadering 1985 van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, *TPR* 1985, 713 v.

¹⁵³ E. DIRIX, ‘Kwaliteitsrekeningen’, *TPR* 1996, 71 v.; E. DIRIX & R.D. VRIESENDORP, *De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch et Nederlands recht*, 1998; zie ook M.E. STORME, ‘Van trust gepeend? Trusts en fiduciaire figuren in het belgisch privaatrecht’, *TPR* 1998, 703 = <http://www.storme.be/trust.html> (met integratie van het artikel ‘De kwaliteitsrekening, zakenrechtelijk bekeken’, dat eerder werd gepubliceerd in *Inzake kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, E. Dirix & R.D. Vriesendorp (eds), Kluwer Antwerpen/Deventer 1998, 55 v.).

VII. Formeel statelijk recht en andere rechtstradities

A. Geen overleven van oude regionale tradities, behalve enkele plaatselijke gewoonten

58. Anders dan bv. in Spanje en het Verenigd Koninkrijk heeft de eenmaking van het recht onder de Franse bezetting na 1795 niets overgelaten van de oude regionale of lokale rechten, en er heeft evenmin een revival van dit pre-unitaire recht plaatsgevonden, noch na het einde van de Franse bezetting noch na de Belgische Omwenteling van 1830. Er is natuurlijk een steeds toenemend corpus aan regionaal recht sinds 1970, maar dit uitsluitend ten gevolge van overheveling van bevoegdheden naar de Gemeenschappen en Gewesten en niet door een herleving van ouder regionaal recht.

59. Wel verwees en verwijst het eengemaakte recht van het Burgerlijk Wetboek soms naar de plaatselijke gewoonte, zo bv. op het gebied van huur en pacht, betreffen de afstand van gebouwen en beplantingen (art. 674 B.W.; art. 35 Veldwetboek van 7 oktober 1886), de hoogte van afsluitingen (art. 663 B.W.), de rechten van de vruchtgebruiker (art. 590 II B.W.). Het B.W. van 1804 bevatte nog meer zulke bepalingen (de belangrijkste op het gebied van huurrecht werd afgeschaft in 1991). De verwijzing naar het plaatselijk gebruik werd in de 19^e eeuw vaak begrepen als een verwijzing naar de gecodificeerde lokale en plaatselijke costuymen of andere regels uit het oud-vaderlandse recht. Aldus werden de relevante delen van die oude costuymen opnieuw gepubliceerd (en wanneer de oorspronkelijke tekst Nederlands was ook vertaald in het Frans) in de 19^e eeuw. Nog in 1882 publiceerde de *Union des géomètres de Bruxelles* een nieuwe Franse vertaling van de “statuten” van Brussel houdende codificatie van het recht inzake erfdiensbaarheden uit 1657, omdat deze op bepaalde gebieden nog praktisch belang hadden¹⁵⁴. Er waren talrijke dergelijke publicaties in de 19^e eeuw, soms getiteld ‘*Coutumes de la Belgique*’¹⁵⁵. In sommige wetten was verder voorzien dat eenieder de lokale gebruiken kon gaan inzien op het vredegerrecht van het kanton. Op sommige plaatsen kan dit vandaag nog, maar over het algemeen is de invloed van die oude gebruiken als dusdanig vandaag zeer beperkt.

B. Co-existentie met religieus recht ?

60. Een geheel andere vraag betreft de co-existentie van het statelijke en het religieuze recht. De traditionele positie van het Belgische recht is de volgende:

- enerzijds een ruime vrijheid van godsdienst en religieuze praktijken, met verbod van staatsinmenging in de interne aangelegenheden van een religieuze organisatie (art. 16 GW van 1831);
- anderzijds zijn de regels van religieus recht in beginsel zonder relevantie voor de burgerlijke rechtsorde.

61. Aldus had het religieus huwelijk geen enkel gevolg in de burgerlijke rechtsorde en werden personen die enkel kerkelijk gehuwd waren in alle opzichten als ongehuwd beschouwd.

¹⁵⁴ Union des géomètres de Bruxelles, *Coutume de Bruxelles. Statut du bornage suivi du statut des partageurs jurés et des matières du louage et de l’usufruit*, Bruylant Brussel 1882, 219 pp.

¹⁵⁵ Bv. *Coutumes de la Belgique mises en rapport avec les articles du code civil qui renvoient aux règlements et usages locaux*, Deprez-Parent Brussel 1840, 104 pp. met verwijzing naar oude gecodificeerde gewoonten van steden als Brussel, Gent, Aalst, Ieper, Oudenaarde, Mechelen, Lier, Geel, Herentals, Tienen, Nijvel e.d.

62. Dit betekent niet dat kerk en staat in alle opzichten volledig gescheiden waren: ter compensatie voor de massale onteigening van kerkelijke goederen onder de Franse republiek, waarborgde de Belgische Grondwet (in navolging van het Concordaat tussen Napoleon en de H. Stoel en dat tussen Willem I en de H. Stoel) de financiering van de katholieke kerk en andere erkende erediensten (met name de protestantse, de joodse sinds 1870, de oosters-orthodoxe en islamitische sinds 1976). Sedert 1973 financiert de staat ook de “niet-confessionele levensbeschouwing” van het vrijzinnig humanisme op een wijze die sterk lijkt op die van de kerken en binnenkort wordt het boeddhisme wellicht ook erkend als een niet-confessionele religie. Anderzijds verbiedt de Grondwet nog steeds een kerkelijk huwelijk voor personen die niet vooraf burgerlijk zijn gehuwd. Dit alles bewijst dat het Belgische model gebaseerd was op een *entente* tussen gematigde katholieken en gematigde liberalen: de katholieken zouden geen aanspraken formuleren jegens de burgerlijke rechtsorde zolang deze niet onverzoenbaar was met de religieuze opvattingen. Het was perfect aanvaardbaar dat de staat de religieuze regels niet tot de zijne maakte en oplegde, zolang de staat van zijn kant geen regels oplegde die voor religieuze mensen onverzoenbaar waren met hun geloof en religieuze plichten. Zo was er geen onverzoenbaarheid tussen het christelijk geloof en de verplichting om burgerlijk te huwen vooraleer een kerkelijk huwelijk te sluiten, zolang het burgerlijk huwelijk gedefinieerd bleef als de vereniging van één man en één vrouw.

63. Natuurlijk hebben de politici altijd geprobeerd om het recht bij te sturen in de richting die het minst conflicteerde met hun persoonlijke wijsgerige en religieuze opvattingen; dit gold voor gelovigen en niet-gelovigen. Dit ideologisch streven heeft in loop van de Belgische geschiedenis meermaals ernstige conflicten veroorzaakt, maar het grootste deel van de tijd was er een reële vreedzame co-existentie. Behalve in de jongste geschiedenis betroffen de zwaarste conflicten het onderwijs, met name de vrijheid van onderwijs, de inmenging van de overheid in het onderwijs en de financiering van private scholen (die meestal een confessionele grondslag hadden en hebben).

64. In de jongste decennia, in het bijzonder sinds een anti-christendemocratische coalitie aan de macht kwam in 1999, is het conflict opnieuw scherper geworden omdat de politieke meerderheid een reeks wetten heeft gemaakt waartegen personen die de opvatting van die meerderheid niet delen ernstige religieuze of morele bezwaren hebben: naast de eerdere legalisering van abortus ook die van euthanasie, de afschaffing van het huwelijk als het verbond tussen één man en één vrouw, de mogelijkheid dat kinderen door adoptie worden toevertrouwd aan gelijkslachtige paren, enz. Deze ontwikkelingen gaan precies in de tegenovergestelde richting als diegene van de meeste migrantengemeenschappen, die hierover doorgaans striktere opvattingen hebben dan de *mainstream* van het katholicisme in België of er althans sterker aan vasthouden.

C. De plaats van het buitenlandse recht, in het bijzonder buitenlands religieus recht

65. Wat de openheid voor de toepassing van vreemd recht, waaronder ook het religieuze recht uit het land van afkomst van migrantengemeenschappen betreft, is er in de recente ontwikkelingen een grote paradox.

66. Enerzijds is het multiculturalisme een officiële doctrine geworden in België (zo wordt het multiculturalisme in de eindtermen voor het Vlaams onderwijs sinds 1995 als een axioma vooropgesteld). Anderzijds werd de toepassing van vreemd recht, in het bijzonder van religieuze oorsprong, op verschillende manieren ingeperkt.

67. Op de eerste plaats is ondanks de enorme migratie de toepassing van vreemd recht als nationaal recht van de betrokkene niet toegenomen doordat het veel gemakkelijker is geworden de Belgische nationaliteit te verwerven.

68. Vervolgens is het belang van de nationaliteit als aanknopingsfactor in het nieuwe Wetboek Internationaal Privaatrecht verminderd ten gunste van de “gewone verblijfplaats”; daardoor is ook de toepassing van vreemd recht verminderd.

69. Ten derde is ingevolge de laïcistische ontwikkelingen de inhoudelijke kloof tussen het statelijke recht en het religieuze recht van vooral migrantengroepen sterk toegenomen. De exceptie van internationale openbare wordt gebruikt om vreemd recht buiten toepassing te laten en de Belgische laïcistische visie op te leggen. In het bijzonder recente ideologische veroveringen zoals het gelijkslachtig huwelijk worden gepromoot als dusdanig essentieel dat elk vreemd recht dat die veroveringen niet aanvaardt buiten toepassing blijft. Zo verbiedt art. 46 van het WIPR van 2004 de toepassing van vreemde rechtsregels die dergelijke rechtsfiguur niet toestaan, zodra een van de partijen de nationaliteit of gewone verblijfplaats heeft van een land dat dit wel toestaat. De exceptie van openbare orde wordt ook gebruikt om de echtscheiding volgens een vreemd recht, dat mannen en vrouwen niet identiek behandelt, af te wijzen.

70. Op die wijze is er een duidelijke tegenspraak ontstaan tussen de officiële ideologie van het multiculturalisme en de sterk verminderde tolerantie tegenover “vreemd” recht, althans wanneer het echt vreemd is aan de heden ten dage dominante ideologie.

IX. De ontwaarding van het staatsburgerschap

71. De betekenis van het (Belgisch) staatsburgerschap is in de jongste decennia sterk verminderd.

72. Op de eerste plaats verbiedt het recht van de Europese Unie, met zeer beperkte uitzonderingen, elk onderscheid op grond van nationaliteit, althans ten aanzien van burgers van andere lidstaten (ten dele ook daarbuiten). Op basis van het Verdrag van Maastricht is ook de meerwaarde inzake kiesrecht inzake lokale verkiezingen weggevallen.

73. Ook de meerwaarde van de Belgische nationaliteit vergeleken met het niet-bezitten ervan is, eenmaal men legaal in het land verblijft, sterk verminderd. Tegelijkertijd zijn ook de vereisten om de Belgische nationaliteit te verkrijgen zeer sterk afgezwakt (“snel-belg-wet”).

74. In het huidige recht zijn dus nog slechts een zeer beperkt aantal rechten afhankelijk van het Belgisch staatsburgerschap, waaronder het kiesrecht bij parlementsverkiezingen en toegang tot sommige openbare ambten. Op grond van het nieuwe WIPR wordt Belgisch recht ook voor veel meer vragen toegepast ten aanzien van vreemdelingen die hier verblijven, vermits de gewone verblijfplaats de nationaliteit ten dele heeft vervangen als aanknopingsfactor.

75. De indruk rijst daardoor dat de Belgische overheid het niet meer tot zijn taak ziet om de eigen burgers een bijzondere bescherming te bieden, wat men ook ziet in de ontwikkeling

van het uitleveringsrecht. Er is een belangrijk verschil met de Duitse opvatting van de staat (overheid) als een waarborg voor de eigen burgers, zoals die recent nog tot uiting kwam in een beslissing van het *Bundesverfassungsgericht* waarbij de uitlevering van een Duitser (*in casu* zelfs genaturaliseerd van Syrische afkomst) ondanks een Europees arrestatiebevel werd geweigerd; de Duitse wet die het Europese kaderbesluit¹⁵⁶ omzette werd ongrondwettig verklaard¹⁵⁷, precies omdat ze aan Duitse staatsburgers geen hogere bescherming bood dan aan niet-burgers; het Hof benadrukte dat het een fundamenteel kenmerk is van de grondwettelijke orde dat een staat zijn burgers specifiek moet beschermen.

76. Hoe verschillend de ideologie in het Belgische recht vandaag is kan men zien aan het arrest van het Hof van beroep te Gent dat¹⁵⁸ dat het Vlaams Blok een criminele organisatie noemde om het discriminatie op basis van nationaliteit zou nastreven. Het Hof besliste dat de omstandigheid dat zelfs internationale verdragen (zelfs art. 1.2 van het verdrag tegen rassendiscriminatie) staten toelaat een onderscheid te maken tussen burgers en vreemdelingen, private personen nog niet de vrijheid geeft dat te doen... Misschien kan men toch de vraag stellen of deze officiële politiek die discriminatie op grond van nationaliteit ook aan private personen verbiedt niet precies leidt tot een verscherping van de afkeer tegen discriminatiebestrijding die daarbij niet langer publiek wordt bekendgemaakt maar des te meer in private kring (wat sommige Duitse politici de ‘*Vier-Augen-Gesellschaft*’ hebben genoemd, de vier-ogen-maatschappij¹⁵⁹).

X. Invloed van traditioneel “gemeen recht”.

A. Een Frans-Belgisch “gemeen recht” ?

77. De verhouding met het Franse recht werd hoger reeds uitvoeriger besproken. Een enkele opmerking nog over de graad van gemeenschappelijkheid. De Belgische wetgeving bevat nog steeds een groot aantal bepalingen die letterlijk gelijk zijn aan Franse bepalingen (het Belgische B.W. bevat nog meer bepalingen die ongewijzigd zijn sinds 1804 dan het Franse). Een aantal daarvan worden echter anders uitgelegd, zoals bv. art. 1384 (foutloze aansprakelijkheden) en art. 1648 (vrijwaringsplicht van de verkoper). Dit schept een interessant soort rechtsconflict: wanneer een Belgische rechter art. 1648 van het Franse B.W. moet toepassen, moet hij dat doen in de Franse interpretatie en niet in de Belgische

¹⁵⁶ Kaderbesluit Raad van de EU betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, nr. 2002/584/JBZ, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:NL:HTML>.

¹⁵⁷ BVerfg 18 juli 2005, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html; Engelse samenvatting op <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg05-064en.html>. Zie mijn commentaar op <http://webh01.ua.ac.be/storme/meerwaardeduitsenationaliteit.html>. Het Cypriotische Hoogerechtshof heeft de uitlevering van eigen onderdanen zelfs simpelweg ongrondwettig verklaard zonder zich druk te maken over het Europees recht, arrest nr. 294/2005 van 7 november 2005, besproken door A. TSADIRAS in 44. *Common market law review* 2007, 1515 v., ook opgenomen in http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/EN/EJN680.pdf.

¹⁵⁸ Hof Gent 21 april 2004, *CGKR* v. *Vlaamse concentratie*, http://www.diversiteit.be/index.php?action=rechtspraak_detail&id=322.

¹⁵⁹ De term zou zijn uitgevonden ofwel door sociaal-democraat Bodo Hombach ofwel door de Hamburgse burgemeester Klaus von Dohnanyi.

(zie het cassatiearrest inzake *Babcock-Smulders*¹⁶⁰). Het paradoxale gevolg hiervan is dat de Franse rechtspraak in België in zekere zin de bindende kracht van een precedent heeft, terwijl de Belgische rechtspraak zelf die niet heeft¹⁶¹.

B. De categorieën van de pandektistische *Scientia Iuris*

78. Zoals reeds gezegd, is de rechtstreekse invloed van het Duitse recht een heel stuk kleiner geweest dan die van het Franse recht en, in mindere mate, Staats-Nederlandse recht (zie hoger over de uitwisseling van professoren met Duitsland in de 19^e eeuw¹⁶²). Desalniettemin zijn de concepten en categorieën van de 19^e-eeuwse Duitse *Rechtswissenschaft* in grote mate gerecipieerd geraakt in het Belgische recht.

79. Een evident voorbeeld is het reeds genoemde begrip “rechtshandeling” (*Rechtsgeschäft*). Meer in het algemeen begonnen de “algemene inleidingen tot het recht” in België in de 20^e eeuw (en beginnen ze ten dele nog) met dezelfde vragen en concepten als het beruchte “algemeen deel” van de Pandektenwetenschap en het Duitse BGB. Een van de belangrijkste aanvoerroutes van de Duitse rechtswetenschap waren de Franse vertalingen van Duitse werken, te beginnen met de werken over de Duitse versies van de Code Napoleon zoals die ingevoerd waren in Baden en het Rijnland, in het bijzonder de beroemde vertaling van K.S. Zachariae von Lingenthal’s *Französisches Civilrecht* door Aubry & Rau (*Cours de droit civil français d’après Zachariae*, eerste uitgave 1837)¹⁶³. Vanaf het begin van de 20^e eeuw begonnen de handboeken stilaan het begrippenapparaat van de Pandektisten als kader te hanteren, zo bv. PLANIOL’s *Traité* van 1911, weliswaar een Frans werk maar met grote invloed ook in België.

C. Een transnationale doctrine: het internationaal privaatrecht

80. Het Belgische IPR was tot voor kort (2004) niet of nauwelijks gecodificeerd, en in wezen gegrond op doctrines die internationaal gehanteerd werden en in grote mate gemeenschappelijk waren aan de landen van continentaal Europa. In de 19^e eeuw werden de regels van het IPR overigens gezien als een deel van het *ius gentium* en tot op zekere hoogte van het natuurrecht (*ius naturale*) veeleer dan als een zaak van interne wetgeving.

81. Terwijl in de meeste rechtstakken de rechtspraak werd gezien als een interpretatie van de wet en niet als een (formele) rechtsbron op zichzelf (*la jurisprudence forme corps avec la loi*), lag dit anders met de rechtspraak die de regels van IPR ontwikkelde. In alle traditionele handboeken werd de rechtsleer eveneens als een formele rechtsbron op dit gebied (en meestal enkel op dit gebied) besproken.

¹⁶⁰ Cass. 9 oktober 1980, *Arr* no. 90 = *JT* 1981, 72 concl. Krings = *RCJB* 1982, 3 note F. RIGAUX.

¹⁶¹ Zie verder F. RIGAUX, "L'interprétation judiciaire d'une norme empruntée à un autre ordre juridique", *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Kluwer Antwerpen 1983, p. 1203 v.

¹⁶² Minstens één bekende Belgische rechtsgeleerde studeerde in Berlijn bij Savigny: Hippolyte ROLIN, later parlamentslid, minister van openbare werken, stafhouder te Brussel (maar geen hoogleraar). Zie J. HERBOTS, 'Een comparatist in het land van de witte olifant', 38. *Jura Falconis* 2001-2002, <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/38n4/herbots.htm>.

¹⁶³ Zie meer algemeen over die uitwisseling tussen Franse en Duitse juristen K.H. NEUMAYER, "Deutsche und französische Zivilrechtswissenschaft – Besinnliches zu einem Nachbarschafts- und Partnerschaftsverhältnis unter Verwandten", in *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein*, Mohr Tübingen 1969, p. 165 v.

82. Men kan daarvan een bevestiging zien in het volgende. Over het algemeen wordt bij een gewijzigde interpretatie van een rechtsregel door de rechtspraak gehandeld alsof deze nieuwe interpretatie eigenlijk altijd al de juiste is geweest: een *overruling* is declaratief en daardoor in feite retroactief (niet slechts prospectief). Dit wordt gerechtvaardigd door de ideologie dat rechters geen recht scheppen, maar het enkel toepassen. In één geval echter werd de ommekeer in de rechtspraak niet als declaratief beschouwd maar als een wijziging van de regel, en het betrof precies een regel van IPR. Het Hof van cassatie aanvaardde dat de “nieuwe” verwijzingsregel inzake huwelijksgoederenrecht enkel voor de toekomst gold¹⁶⁴. Dit toont m.i. aan dat de regel beschouwd werd als een regel die formeel door de rechtspraak werd geschapen veeleer dan een interpretatie van een bestaande wet.

83. Het transnationale karakter van het IPR is verminderd in de tweede helft van de 20^e eeuw (zij het dat er zeer recent een kentering komt door de voortschrijdende europeanisering van het IPR). Paradoxalerwijze heeft de toename van internationale verhoudingen bijgedragen tot een nationalisatie van het IPR. Nu er meer nationale rechtspraak en rechtsleer was, werd er minder beroep gedaan op buitenlandse bronnen inzake IPR. Weliswaar werd de inhoud van de regels ten dele bepaald door uniforme verdragen, maar de verwijzingsregel zelf werd meer en meer een nationale regel. Dit heeft tenslotte geleid tot een omvattende codificatie van het IPR bij wet van 16 juli 2004.¹⁶⁵

D. De niet-gecodificeerde traditie als een crypto-formele rechtsbron

84. Sommige algemeen aanvaarde regels van Belgisch recht hebben geen wettelijke grondslag. Vele daarvan hebben geen andere grondslag dan de “traditie”. Nu is de traditie als rechtsbron omzeggens steeds een regel die dateert van voor de codificatie, dus uit het *ius commune* zoals het in Frankrijk en België werd uitgelegd. In sommige rechtspraak – vooral uit de 19^e eeuw – wordt de traditie ook uitdrukkelijk als rechtsgrond vernoemd. Enkele voorbeelden:

- De hoofdelijke aansprakelijkheid van personen die een gemeenschappelijke fout hebben begaan, komt uit het oude recht: ze is te vinden bij Pothier, niet in de Code Napoléon¹⁶⁶.
- Ook de hoofdelijkheid tussen handelaars-medeschuldenaars komt uit het oude recht, opnieuw te vinden bij Pothier maar niet in de Code¹⁶⁷.
- de herleidbaarheid van het loon van de lasthebber, ook zonder dat er sprake is van misbruik van omstandigheden (gekwalficeerde benadeling), door de meeste auteurs beschouwd als een anomalie in ons recht, werd door het Hof van cassatie in 1851 uitdrukkelijk gemotiveerd met een beroep op de Romeinsrechtelijke traditie¹⁶⁸; recentere rechtspraak bevat die verwijzing niet meer, maar verwijst op zijn beurt naar die oudere rechtspraak¹⁶⁹.
- De verplichting van de beroepsverkoper om de goederen die hij verkoopt vooraf te onderzoeken op gebreken, een traditionele regel bevestigd in een hele reeks

¹⁶⁴ Cass. 9 september 1993, *Arr.* 1993, 978 = *Pas.* 1993, I 666-675.

¹⁶⁵ http://www.ipr.be/content/NL_01010.aspx.

¹⁶⁶ Zie b.v. R.J. POTHIER, *Traité des obligations* nr. 268.

¹⁶⁷ Zie b.v. R.J. POTHIER, *Traité des obligations* nr. 267.

¹⁶⁸ Cass. 17 januari 1851, *Pas* I 314.

¹⁶⁹ B.v. Cass. 6 maart 1980, *RCJB* 1982, 519 n. E. DIRIX.

cassatiearresten, te beginnen met het arrest-*Ateliers du Kremlin* van 4 mei 1939¹⁷⁰, wordt vaak gegrond op art. 1648 B.W. maar die bepaling bevat geen dergelijke regel; deze gaat terug op de regel van traditie ‘*spondet peritiam artis*’, die we – opnieuw – vinden bij Pothier¹⁷¹ en door het Hof van cassatie als een buitenwettelijke rechtsregel wordt aanvaard.

- De “objectieve” aansprakelijkheid bij onevenredige burenhinder, die wordt opgehangen aan de definitie van het eigendomsrecht in art. 544 B.W. en de gelijkheid voor de lasten van de eigendom, gelezen in art. 16 (vroeger 11) GW, werd door de standaardarresten van het Hof van cassatie, nl. de schoorsteen- en kanaalarresten van 6 april 1960¹⁷² uitdrukkelijk met een verwijzing naar de traditie gemotiveerd (waarbij ik wens op te merken dat die arresten m.i. een inperking bevatten die de traditie niet bevatte, waar doorgaans precies het omgekeerde wordt geleerd¹⁷³); in het begin van de 19e eeuw werd daarbij uitdrukkelijk naar het Romeins recht verwezen, later werd dat een vage verwijzing naar de traditie of naar de eigen precedentes (zie de bespreking hoger over het “onderduiken” van het Romeins recht bij dit leerstuk).
- De specifieke regels betreffende de *actio pauliana* zijn al evenmin te vinden in het B.W., dat de *actio* enkel in zijn principe bevat (en bv. niet het onderscheid tussen kosteloze handelingen en handelingen onder bewarende titel), en gaan al evenzeer terug op het oude *ius commune*.
- De nadere regels betreffende de bescherming van bezitters te goeder trouw en de bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw zijn al evenmin te vinden in het B.W., dat opnieuw enkel het algemeen beginsel bevat in art 2279 B.W. zonder de onderscheidingen te maken die we terugvinden in de rechtspraak en grotendeels op het oude recht voortbouwen.
- De adagia ‘*Nemo auditur turpitudinem suam allegans*’ en ‘*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*’ zijn weliswaar geen algemeen geldende regels in het

¹⁷⁰ Cass. 4 mei 1939, *Pas.* I 223, *nv Ateliers du Kremlin t. Ingersoll-Rand*, in verwerping van een voorziening t. Hof Brussel 16 juni 1937. Zie verder onder meer Cass. 12 december 1958, *Van Wijnendael t. nv de Schelde, Humbert cs.*, *Pas.* 1959 I, 383 = *R.C.J.B.* 1960, 204 noot G. van HECKE, verwerping van een voorziening t. Hof Gent 12 juli 1957; Cass. 13 november 1959, *Tange t. Lagrou*, *Pas.* 1960 I 313 = *J.T.* 1960, 59, verwerping van een voorziening t. Hof Gent 1 maart 1958; Cass. 6 mei 1977, *Cras t. Lamoral, André*, *Arr.* 915 = *R.C.J.B.* 1979, 162 noot M. FALLON, in verwerping van een voorziening t. Hof Antwerpen 17 november 1975.

¹⁷¹ R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente* § 213. Zie voor nadere bespreking van de rechtspraak P.A. FORIERS, ‘La garantie du vendeur professionnel et la Cour de cassation de Belgique. Quelques observations et réflexions’, *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruylant Brussel / Dalloz Paris 1974, (247) 249 v.

¹⁷² Cass. 6 april 1960, *Pas.* I (915) 933 = *Arr.* 720.

¹⁷³ Deze rechtspraak is m.i. veeleer een inperking tegenover de traditionele regels van ons aansprakelijkheidsrecht, krachtens welke een inbreuk op een subjectief recht (meer bepaald op een zakelijk recht als eigendom) als dusdanig aanleiding geeft tot een stopzettingsaanspraak (stakingsvordering, *actio negatoria*) en behoudens bewijs van een rechtvaardigingsgrond eveneens tot schadevergoeding. Zie daarover mijn bijdrage “De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten: zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken”, in *Overeenkomsten en derden : De externe gevolgen van overeenkomsten en de derde-medeplichtigheid*, BVBJ, Vlaams Pleitgenootschap, Jeune Barreau Brussel 1995, p. (119) 129 v., (ook op <http://www.storme.be/3medeplichtigheid.html>) met o.a. de verwijzingen naar P.-g. P. LECLERCQ in voetnoten 13 en 14. Uit diens mercuriale van 15 september 1927 en besluiten voor de arresten van 17 november 1927, *Pas.*, 1928, I, 13 en 4 juli 1929, *Pas.*, I, 261 komt de Romeinsrechtelijke traditie duidelijk als grondslag naar voor.

Belgische recht (althans het tweede niet), maar toch regels die in bepaalde gevallen wel gelden en al evenzeer ontbreken in de wet en teruggaan op het *ius commune*.

- De goederenrechtelijke regels inzake het “openbaar domein” van de verschillende overheden (de staat – nu de federale overheid, gemeenschappen en gewesten), de provincies en de gemeenten) hebben ook nauwelijks een wettelijke grondslag. Het B.W. sluit de toepassing van het “gemeen recht” uitdrukkelijk uit en verwijst naar de bijzondere regels (art. 537 B.W.), die evenwel grotendeels niet gecodificeerd zijn.

85. In andere gevallen wordt de regel weliswaar vastgeknoopt aan een wetsbepaling die een bijzondere toepassing van de regel bevat, maar niet met de algemeenheid die eruit wordt afgeleid, en die opnieuw vaak teruggaat op een regel uit de traditie. Zo bv.:

- de *exceptio non adimpleti contractus* of opschortingsrecht bij wederkerige verbintenissen, waarvan slechts enkele bijzondere gevallen in de wet te vinden zijn;
- de *actio de in rem verso*, d.i. de subsidiaire aanspraak wegens ongegronde verrijking in het algemeen, waarvan de erkenning in België (Cass. 1909¹⁷⁴) weliswaar geïnspireerd is door een arrest van het Franse *Cour de cassation* van 15 juni 1892, maar waarvan zowel de naam als de inhoud teruggaan op het oude *ius commune*¹⁷⁵.

86. In de meeste van die gevallen zou men ook kunnen stellen dat men een bijzondere regel die wel in de wet te vinden is, veralgemeend heeft. Maar de generaliseerbaarheid van een bijzondere regel veronderstelt dat die regel gezien wordt als een toepassing van een meer algemene regel. En in een eerdere analyse van de Belgische rechtspraak¹⁷⁶ heb ik proberen aan te tonen dat het Hof van cassatie minstens in het verleden vrij gemakkelijk regels heeft veralgemeend wanneer die stammen uit de traditie of het *ius commune* en zelden wanneer ze uit een tussenkomst van de wetgever stammen. Dit herinnert eraan dat hoewel alle wetsbepalingen gelijk zijn, sommige meer gelijk zijn dan de andere.

E. Een informele hiërarchie tussen “gemeen” en “bijzonder” recht

87. In geval van antinomie tussen wetsbepalingen geeft een traditionele regel de voorrang aan de bijzondere regel boven de algemene: ‘*leges speciales derogant generalibus*’. Maar de algemeenheid of bijzonderheid van een regel blijkt niet altijd uit de bewoordingen alleen. Het is al een vorm van *interpretatio iuris* om te beslissen dat een bepaalde regel meer algemeen is dan een andere. Verder is het *corollarium* van de voorrang van de bijzondere regel normaal de beperkende interpretatie van die bijzondere regel, overeenkomstig het oude adagium *statute stricte sunt interpretanda*. Op het eerste gezicht is dit een hermeneutische dialectiek die typisch is voor het Anglo-Amerikaanse recht (de stelsels van *common law*), waar de wetgeving (*statute law*) voorrang heeft boven het “gemeen recht” (*common law*), maar beperkend wordt geïnterpreteerd. Een gelijkaardige dialectiek is echter ook in het Belgische recht en andere “gecodificeerde” stelsels van *ius civile* te vinden. Hoewel formeel alle wetsbepalingen van wetboeken en bijzondere wetten (in formele zin) dezelfde rang hebben, zijn er toch informele hiërarchieën en

¹⁷⁴ Cass. 27 mei 1909, *Pas I*, 272.

¹⁷⁵ Zie daarvoor o.a. R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Juta Kaapstad 1990, 834 v.

¹⁷⁶ M.E. STORME, ‘Bedenkingen bij de door het Hof van cassatie gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron: de traditie’, *TPR* 1995, (971 v.), nr. 23 v. en i.h.b. nr. 32 (ook op <http://www.storme.be/cassatie&traditie.html>).

onderscheidingen:

- het onderscheid tussen gemeen recht en bijzondere wetten;
- en een onderscheid tussen meer of minder “gevestigde” wettelijke regels.

De Belgische rechtswetenschap heeft hieraan tot nu toe jammer genoeg weinig aandacht besteed¹⁷⁷.

88. Het eerste aspect zien we bv. in gevallen waarin bepalingen uit bijzondere wetten zo worden uitgelegd dat ze niet in plaats van maar naast het gemeen recht gelden. De beperkende interpretatie van de bijzondere wet, doorgaans een relatief recente wet, komt er hier op neer dat deze een bijkomende rechtsgrond of aanspraak biedt, maar de gemeenrechtelijke regel daarnaast laat bestaan (cumulatieve interpretatie). Zo bv. besliste de rechtspraak, nadat de wetgever een regel invoerde die de eenzijdige beëindiging van bepaalde verkoopsconcessies zonder vergoeding door de concessiegever beperkte tot gevallen van ernstige wanprestatie van de concessiehouder (Wet van 27 juli 1961), dat het gemeen contractenrecht niettemin daarnaast kon worden ingeroepen om de overeenkomst te ontbinden op grond van het stilzwijgend ontbindend beding (art. 1184 B.W.)¹⁷⁸ zowel als op grond van een uitdrukkelijk ontbindend beding (*pactum commissorium*)¹⁷⁹. Bovendien is het uitdrukkelijk ontbindend beding een rechtsfiguur die niet in de wet is geregeld, maar een traditionele rechtsfiguur van het *ius commune*.

89. Wat het tweede aspect betreft, merkte ik reeds op dat sommige wettelijke regels meer gelijk zijn dan andere. Sommige regels zijn duidelijk beter bestand tegen verandering dan andere, zijn “dieper geworteld”. Sommige blijken emotioneel bijna een grondwettelijke rang te hebben, hoewel dat formeel duidelijk niet het geval is. Zo is er in het verleden sterke weerstand geweest tegen voorstellen om de traditionele regel dat eigendom *solo consensu* overgaat en wel reeds vanaf het sluiten van de overeenkomst, te wijzigen¹⁸⁰. Er is sterke weerstand tegen de afschaffing of inperking van de erfrechtelijke reserve voor reservataire erfgenamen, ondanks pleidooien voor de afschaffing ervan door “verlichte” rechtsprofessoren, omdat de praktijkjuristen en een groot deel van de bevolking sterk gehecht blijven aan deze rechtsfiguur.

90. De traditionele waarde van bepaalde regels wordt ook soms aangevoerd om het verwijt van discriminatie te beantwoorden. Bv. de patroniem, d.i. de regel dat een kind de naam van de vader draagt, is volgens het Grondwettelijk Hof de codificatie van een aloude gewoonterrechtelijke regel; dit werd impliciet als een voldoende rechtvaardiging beschouwd om het onderscheid tussen vader en moeder niet discriminerend te achten, nu er

¹⁷⁷ Voor enkele elementen, zie mijn genoemde bijdrage ‘Bedenkingen bij de door het Hof van cassatie gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron: de traditie’, *TPR* 1995, (971 v.), nr. 19 v. (ook op <http://www.storme.be/cassatie&traditie.html>).

Zie verder o.m. de bijdragen van W. ZWALVE, "Interpretatieproblemen voor de codificatie", *Liber memorialis François Laurent*, Story Gent 1989, 447 v. en J.H. LOKIN, o.m. "Interpretatieproblemen na de codificatie", in *Liber memorialis François Laurent*, Story Gent 1989, 331 v.

¹⁷⁸ Cass. 9 februari 1990, *Yamaha*, *R.W.* 1990-91, 700, Cass. 22 oktober 1993, *R.W.* 1993-94, 725.

¹⁷⁹ Cass. 19 april 1979, *Arr* 984 = *BRH* 1980, 44 noot F. MAUSSION.

¹⁸⁰ Een ouder voorbeeld vinden we in het verzet tegen het ontwerp-Van Biervliet, verzet dat gevoerd werd met argumenten zoals “we zullen Nederlandse en Duitse boeken moeten gaan lezen in plaats van Franse”, zie *Belg. Jud.* 1895, (242) 254. Het ontwerp van J.J. Van Biervliet (*Rapport sur la revision des dispositions préliminaires du livre III du Code Civil*) werd gepubliceerd als bijlage bij zijn *Cours de droit civil*, Uystpruyst Leuven 1921, p. 367 v.

geen *grondrecht* zou bestaan om de eigen familienaam aan zijn kinderen te geven¹⁸¹.

91. In andere gevallen hebben bepaalde rechtsregels ook formeel een soort grondwettelijke rang gekregen door ze onder een grondwettelijke vrijheid of waarborg onder te brengen of door de aantasting ervan als een discriminatie te beschouwen; zo bv. het beroepsgeheim van de advocaat, waarvan de grondwettelijke bescherming oorspronkelijk alleen op art. 10 en 11 van de grondwet werd gegrond (gezien de toen beperktere bevoegdheid van het Arbitragehof)¹⁸².

92. Een ander fenomeen is nog merkwaardiger: de symbolische waarde van bepaalde rechtsbeginselen leidt ertoe het bestaan te ontkennen van rechtsfiguren die het Belgische recht nochtans wel degelijk kent. Een voorbeeld daarvan betreft het beginsel van de *numerus clausus* van zakelijke rechten. Het is een stevig gevestigd beginsel dat ons goederenrecht slechts zakelijke rechten erkent die door de wet of althans het objectieve recht worden geregeld en dat partijen geen andere zakelijke rechten kunnen scheppen door middel van een overeenkomst. Dit beginsel verhindert de wetgever natuurlijk niet om bijkomende zakelijke rechten te scheppen door middel van een wet. Nochtans argumenteren rechtsprofessoren soms dat de *trust* als rechtsfiguur niet kan worden ingevoerd in het Belgische recht omwille van de *numerus clausus*. Zelfs volksvertegenwoordigers argumenteren soms dat een bepaalde voorgestelde regel niet mag worden ingevoerd omdat dit zou ingaan tegen de *numerus clausus*, en soms wringt men zich in bochten om nieuwe regels in de bestaande goederenrechtelijke categorieën in te passen, terwijl het veel eenvoudiger zou zijn om te erkennen dat de wetgever een bijkomende opsplitsing van het eigendomsrecht voorziet. De emotionele waarde van de *numerus clausus* leidt aldus tot de ontkenning van het goederenrechtelijk karakter van rechten die door de wet of de rechtspraak zijn erkend en nochtans alle kenmerken van een zakelijk recht hebben. Een klassiek voorbeeld hiervan is het zgn. retentierecht van de houder op een zaak die hem werd toevertrouwd door een persoon op wie hij een schuldvordering heeft die in nauw verband staat met die zaak (*debitum cum re iunctum*). De rechtsgevolgen hiervan zijn m.i. dezelfde als die van een uitdrukkelijk overeengekomen vuistpand¹⁸³. Desondanks blijven de meeste Belgische auteurs, anders dan bv. de Zwitserse rechtsleer, zich in bochten wringen om te stellen dat het niet om een zakelijk recht gaat, meer om een louter persoonlijk recht hoewel het tegenwerpbaar is aan derden en in vele gevallen zelfs tegen de werkelijke eigenaar van de zaak. Een ander voorbeeld zagen we bij de invoering van de regels op de certificatie van effecten (wet van 15 juli 1998); in de parlementaire voorbereiding werd gesteld dat de certificaathouder over geen zakelijk recht op de gecertificeerde aandelen kan beschikken omdat er geen nieuwe vorm van opsplitsing van het eigendomsrecht plaatsvindt¹⁸⁴; desondanks kan het recht van de certificaathouder

¹⁸¹ Arbitragehof nr. 2002/161 van 6 november 2002, <http://grondwettelijkhof.be/public/n/2002/2002-161n.pdf>, overwegingen B.5 tot B.7. M.i. zijn er overigens los van de traditie voldoende redenen om de patroniem niet discriminerend te achten (de civielrechtelijke band die de naam tussen kind en vader creëert compenseert de veel sterkere natuurlijke band tussen kind en moeder); er kunnen ook goede redenen zijn om de regel te veranderen, maar het niet-discriminerend karakter ervan maakt dat het niet de bevoegdheid van de rechter is om de keuze van de wetgever hier terzijde te schuiven.

¹⁸² Te beginnen met arrest nr. 2000/46 van 3 mei 2000, <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2000/2000-046n.pdf>.

¹⁸³ Zie verder mijn "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006 p. (939) randnr. 100 v.

¹⁸⁴ De auteurs van het wetsontwerp lijken het nodig te vinden uit te leggen dat de certificatie van effecten kan worden ingevoerd omdat ze enkel maar contractuele rechten verschaft en geen splitsing van het eigendomsrecht inhoudt (Wetsontwerp, *Stukken Kamer* 1997-98, nr. 1430-1, p. 5,

om de certificaten om te wisselen in de gecertificeerde effecten niet alleen tegen de uitgever van de certificaten worden ingeroepen maar is het ook tegenwerpbaar aan derden, inbegrepen de verkrijgers van de effecten, wat aantoont dat het een zakelijke aard heeft.

XI. Concluderende opmerkingen over de begrippen rechtssysteem en rechtstraditie

93. Is het begrip rechtssysteem een gedateerd begrip ? Ik denk niet dat het voorbijgestreefd is, maar het moet wel worden genuanceerd.

94. Enerzijds moet het begrip rechtssysteem worden aangevuld en gecorrigeerd aan de hand van het begrip rechtstraditie, en wel om twee redenen. Ten eerste verbergt het begrip rechtssysteem een deel van de rechtswerkelijkheid. Het recht ken nog andere “formanten” (*legal formants*)¹⁸⁵ dan alleen de formele rechtsbronnen. Verschillende elementen van “traditie” spelen daarbij soms een belangrijke rol. De grenzen van rechtstradities vallen daarbij niet helemaal samen met die van rechtssystemen; er kunnen overlappende en tegenstrijdige tradities aanwezig zijn binnen een rechtssysteem zowel als over de grenzen van rechtssystemen heen. Een herwaardering van de notie traditie behoedt ons ook voor de valse gedachte dat elke rechtsregel eenvoudigweg ter beschikking staat van de gevestigde macht. Zo ook kan de idee van een ongeschreven “aloude constitutie”¹⁸⁶ erg nuttig zijn in onze tijd om de burgers telkens opnieuw te beschermen tegen misbruiken door de macht, hoe democratisch die macht ook moge zijn verworven.

95. Anderzijds moet de gedachte van een rechtssysteem ook niet weggeworpen worden, noch als analyse-instrument noch als normatieve idee.

96. Als analyse-instrument helpt het begrip rechtssysteem ons om bewust te blijven van het feit dat de openheid van een rechtssysteem voor input van buitenuit sterk bepaald wordt door interne factoren. De interne machtsverhoudingen binnen het systeem bepalen welke input van buiten uit wordt aanvaard en hoe deze wordt behandeld, gewijzigd en gebruikt. Aldus is de extreme openheid van het Belgische rechtssysteem voor internationaal publiekrecht m.i. een symptoom van de diepe identiteitscrisis van België en een manier om steun te zoeken tegen het verder uiteenvallen van het land in een internationale rechtsorde, die echter de nationale rechtsorde noch kan noch mag vervangen. Ze is ook evident verbonden met de belangen van bepaalde personen, instellingen of gemeenschappen en in het bijzonder hun pogingen de

<http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/49/1430/49K1430001.pdf>), alsof de wetgever niet de mogelijkheid zou hebben zo'n splitsing door te voeren. Meerdere auteurs hebben erop gewezen dat er in werkelijkheid wel zakelijke rechten aan beide partijen toekomen. Zie o.a. mijn analyses in "[Van trust gespeend ? Trusts en fiduciaire figuren in het belgisch privaatrecht](#)", *TPR* 1998, 703 v., ook op <http://www.storme.be/trust.html>

¹⁸⁵ Voor de betekenis van deze uitdrukking, zie vooral R. SACCO, “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”, 39. *American Journal of Comparative Law* (1991) 1 v. en 343 v.; en *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica Parijs, 1991; A. WATSON, “From legal transplants to legal formants”, 43. *American Journal of Comparative Law* (1995), p. 469 v.

¹⁸⁶ Zie hierover mijn rede “Om niet te delen in haar zonden. Beschouwingen over de rechtvaardiging van secessie bij aantasting van de “vrijheit hunder constitutien”, in *Vivat academia* 2007 nr. 137, p. 139-165, ook op <http://www.storme.be/omniettedeleninhaarzonden.html>; in het bijzonder in verband met de Brabantse (en Vlaamse) omwenteling van 1789: Geert VAN DEN BOSSCHE, *Enlightend Innovation and the Ancient Constitution. The intellectual justifications of Revolution in Brabant (1787-1790)*, Koninklijke Vlaamse Academie W.K. Brussel 2001; voor Engeland J.G.A. POCOCK, *The Ancient Constitution and Feudal Law*, Cambridge University Press 1957.

gevestigde belangen te handhaven door beroep te doen op internationale regels. Ten dele is de rol van het niet-nationale recht ook de weerwraak van de juristen jegens de politici, nadat de politici zich meester hebben gemaakt van de rechtstraditie die het veld was van de juristen, en gehandeld hebben alsof alles in die traditie vatbaar is voor wijziging op grond van de subjectieve wil van de wetgever. Het is echter de vraag of de remedie (het formuleren van abstracte rechtsbeginselen die voorrang zouden hebben op het positieve recht van de democratisch gelegitimeerde instellingen) niet erger is dan de kwaal.

97. Als normatieve idee blijft het concept van een rechtssysteem om meerdere redenen waardevol. Op de eerste plaats is het streven naar coherentie in het recht een uitdrukking van de imperatief van gelijke rechtsbescherming van de burgers. Het concept rechtssysteem is ook verbonden met de beginselen van transparantie en verantwoordelijkheid van de wetgever. In die zin is het concept rechtssysteem natuurlijk ook verbonden met de natiestaat. Deze centraliseert de rechtsvormende macht om deze transparanter en democratischer uit te oefenen. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat “*multilevel governance*” en democratie onverzoenbaar zouden zijn. Het Zwitserse federalisme bewijst het tegendeel. Maar er rijst wel een ernstig democratieprobleem wanneer de voorrang (*supremacy*) wordt verleend aan regels die worden uitgevaardigd door niet verkozen organen die een of ander soort volkenrecht ontwikkelen zonder zich in het democratisch proces te moeten verantwoorden tegenover de bevolking (en bovendien nog eens vaak ontsnappen aan de belastingplicht die voor andere burgers geldt). Dat is nog meer het geval wanneer het internationaal recht dat op die manier wordt opgelegd niet het product is van een gemeenschappelijke rechtstraditie, maar in wezenlijke onderdelen de negatie van de betrokken naties – zoals we zien in de negatie van de christelijke traditie in het ontwerp van Europese grondwet en dito in het verdrag van Lissabon. Immers, zoals de Amerikaanse Antonin Scalia terecht opmerkte, “*the Constitution is meant to protect against, rather than conform to, current "widespread belief"* – een grondwet strekt ertoe ons te beschermen tegen hedendaags gangbare opvattingen en niet om ons te verplichten er ons aan te conformeren ...¹⁸⁷ .

¹⁸⁷ In *Maryland v. Craig*, 27 juni 1990 (<http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-478.ZS.html>). Zie ook de bespreking van deze visie door R. VAN CAENEGEM, *Historical considerations on judicial review and federalism in the United States of America, with special reference to England and the Dutch Republic*, Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, Brussel 2003, p. 19.