

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

GRONDSLAGEN VAN DE RECHTSGESCHIEDENIS

1. Inleiding

In een tijd, waarin de meeste gevestigde waarden worden aangevochten, waarin niets als vanzelfsprekend, geen rechtvaardiging behoevend wordt gezien, waarin zeker een beroep op traditie niet volstaat om de gewenste rechtvaardiging te verschaffen, is het zonder twijfel geboden zich nader te bezinnen over het voorwerp en het doel van een wetenschappelijke discipline als de rechtsgeschiedenis. Voor de vruchtbare beoefening van een wetenschap is een klare visie betreffende haar voorwerp en doel nu eenmaal een onmisbaar vereiste. Daarbij komt dat de rechtsgeschiedenis in de meeste rechtsgeleerde faculteiten onder een of andere vorm wordt onderwezen als inleiding tot de studie van het hedendaagse recht. Hieruit vloeit voort dat het niet volstaat de rechtsgeschiedenis uit een louter wetenschappelijk gezichtspunt te rechtvaardigen (zij die haar als wetenschap bedrijven zijn vanzelfsprekend van haar nut overtuigd!), maar dat de nodige argumenten moeten worden verzameld om de studenten ervan bewust te maken dat het zinvol is ze in het kader van hun opleiding tot de kennis van het hedendaagse recht en tot hun toekomstig beroep te belasten met een zekere hoeveelheid informatie over het recht van het verleden¹.

2. Voorwerp en doel van de rechtsgeschiedenis

Rechtsgeschiedenis is een deel van de algemene geschiedenis. Ideaal gezien moet de geschiedenis een synopsis en een integratie bieden van alle aspecten van de menselijke samenleving door de eeuwen heen, vanaf het eerste ogenblik waarop informatie beschikbaar is tot op heden. De onmetelijkheid van deze opdracht heeft tot gevolg dat ze om praktische redenen meestal gesplitst wordt in deelgebieden, hetzij volgens chronologische maatstaven (geschiedenis der oudheid, geschiedenis der mid-

deleeuwen), hetzij volgens aardrijkskundige maatstaven (geschiedenis van België, van de Verenigde Staten van Amerika), hetzij op thematische grondslag (geschiedenis van de economie, van de literatuur, van het recht).

Als wetenschap behoort de geschiedenis van de menselijke samenlevingen tot de maatschappij- of menswetenschappen, die met de natuurwetenschappen gemeen hebben dat zij empirisch zijn, d.w.z. steunen op waarneming en ervaring van een bepaald aspect van de werkelijkheid. Alleen de formele wetenschappen (wiskunde, logica) vallen hierbuiten, daar zij geen direct waarneembare werkelijkheid tot voorwerp hebben, maar wel een geabstraheerde werkelijkheid (kwantitatieve en ruimtelijke verhoudingen, gedachten).

Nagaan in welke mate de wetenschap de mens in de mogelijkheid stelt tot de kennis van de werkelijkheid door te dringen is de taak van de «scientia scientiarum», d.i. van de wijsbegeerte, die tegelijkertijd als uitgangspunt en als bekroning van de overige wetenschappen kan gelden. Dit blijkt o.m. uit de beide bepalingen van de wetenschap, die hierna worden gereproduceerd, en waarvan de ene uit de *Encyclopaedia Britannica* stamt, en de andere uit de *Leergang van marxistische wijsbegeerte* van A. Spirkin. (We stellen met opzet deze beide opvattingen tegenover elkaar, daar we op het gebied van het recht en de rechtsgeschiedenis nog vaak onze houding tegenover de marxistische opvattingen zullen moeten bepalen.)

Voor de *Encyclopaedia Britannica*² is de wetenschap het resultaat van «systematische en onbevooroordeelde waarnemingen (van de werkelijkheid); het behoorlijk onderzoek van deze waarnemingen door daartoe opgeleide vorsers leidt tot classificatie; van deze classificaties worden algemene regels of «wetten» afgeleid; deze wetten kunnen worden aangewend voor verdere waarnemingen; gebrek aan overeenkomst tussen nieuwe waarnemingen en aanvaarde wetten kan tot gevolg hebben, dat de wetten worden gewijzigd, en deze wijzigingen leiden tot verdere

¹ Cf. H. VAN DEN BRINK, *Rechtsgeschiedenis — bij wijze van inleiding*, Deventer, 1976, blz. VII-VIII; K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte I (bis 1250)*, Hamburg, 1972, blz. 9.

² Uitgave 1964, deel 20, blz. 114, artikel «Science».

waarnemingen, enzovoort. Deze keten van bedrijvigheden wordt gewoonlijk beschouwd als de «methode» van de wetenschap.

Voor de Sovjetwijsgeer Spirkin bestaat de wetenschap uit «kennissen, logisch verbonden tot een systeem en doordrongen van een bepaalde wereldbeschouwing». Het voorwerp van de wetenschap is de natuur, de maatschappij en de gedachtenwereld. De wetenschap weerspiegelt de wereld in begrippen, categorieën, wetten, waarvan de waarachtigheid wordt geverifieerd door de maatschappelijke werkelijkheid. Het wezenskenmerk van het wetenschappelijke denken is de strenge bewijsvoering van al haar stellingen: niets wordt op goed geloof aangenomen. De kracht van de wetenschap ligt in de omstandigheid dat ze gegrondvest is op de feiten, dat ze veralgemeent, en dat ze achter het toevallige, het unieke, het noodzakelijke en wetmatige ontdekt en op grond hiervan een prognose opstelt met enorm praktisch belang»³.

Beide bepalingen bevatten gemeenschappelijke kenmerken, nl. de waarneming, de classificatie en de veralgemening tot «wetten», die op hun beurt dan weer getoetst worden aan de werkelijkheid. Een belangrijk verschil ligt echter in het uitgangspunt: voor de marxist Spirkin is de wetenschap «doordrongen van een bepaalde wereldbeschouwing», terwijl voor de *Encyclopaedia Britannica* de waarneming onbevooroordeeld («unbiased») moet zijn. Het gebruik door Spirkin van de term «proniknutye» (verleden deelwoord van het onovergankelijk werkwoord «proniknut» = doordringen) laat veronderstellen dat de wereldbeschouwing aan de wetenschapsbeoefening voorafgaat. Wellicht is dit uitgangspunt slechts beperkt tot een fundamentele opvatting, b.v. filosofisch materialisme of idealisme (in casu natuurlijk het dialectisch materialisme), en is het verkieslijk bij de wetenschapsbeoefening bewust van een dergelijk uitgangspunt te vertrekken eerder dan onbewust van een misschien verkeerd standpunt uit te gaan. Bepaalde gevaren zijn er echter m.i. wel aan verbonden. Het grootste gevaar ligt hierin, dat de neiging zou kunnen ontstaan de wereldbeschouwing in kwestie als een zo vaststaand gegeven te gaan beschouwen, dat het niet meer nodig blijkt ze op haar beurt steeds opnieuw aan de werkelijkheid te toetsen, en zodoende in een onvruchtbaar dogmatisme te vervallen. Dit zou dan weer in strijd zijn met de (evenzeer marxistische) grondregel dat de wereldbeschouwing, tenzij ze een metafysische oorsprong zou hebben (maar dit wordt door het marxisme met beslistheid verworpen), eveneens uit de waarneming en veralgemening van de werkelijkheid is afgeleid, en daarom ook steeds opnieuw door de werkelijkheid moet worden bewaarheid, en zoniet moet worden herzien. De bepaling van de *Encyclopaedia Britannica* heeft dan ook mijn voorkeur: door de term «onbevooroordeeld» te gebruiken sluit zij het gevaar van verblinding door een bepaald wereldbeschouwelijk uitgangspunt uit, en bovendien legt zij de nadruk op de ononderbroken «keten» van waarnemingen, verificaties, en op het steeds opnieuw in twijfel trekken van de verkregen resultaten.

Blijft het probleem van de prognose, dat in de bepaling van Spirkin aangeraakt wordt. Als de wetenschap de bereikte kennis nooit als definitief kan beschouwen, is het

«enorm praktisch belang» van de op grond van die kennis geformuleerde prognose zeer betrekkelijk. Ofschoon Spirkin als marxist klaarblijkelijk in hoofdzaak zinspeelt op de maatschappijwetenschap, moet deze betrekkelijkheid op dit gebied meer dan voor elk ander gelden. De maatschappelijke verschijnselen zijn immers veel complexer dan die van de natuur⁴, en vermeende resultaten zijn niet gemakkelijk te verifiëren wegens de bewuste keuzemogelijkheid die binnen de grenzen van de objectieve gegevens in de meeste gevallen voor de mens open blijft⁵. Het toevallige, het unieke is daarom veel moeilijker uit te schakelen dan b.v. in de natuurwetenschappen. Het best lukt dit met verschijnselen die zich op zulke grote schaal voordoen, dat toevallige en unieke aspecten ervan krachtens de statistische wet van de grote getallen tot de toestand van te verwaarlozen randverschijnselen kunnen worden herleid, zoals b.v. in de demografie en in de macro-economie.

Toch hebben de marxisten m.i. gelijk door aan de prognose een groot belang toe te kennen, want de tegengestelde houding zou de wetenschap elke praktische waarde ontzeggen. Op één voorwaarde echter, nl. dat de geldigheid van de prognose, en van de wetenschappelijke kennis op grond waarvan ze werd opgesteld, eveneens getoetst wordt aan de resultaten van de beslissingen die op grond van de prognose worden getroffen. Het gevaar voor vergissingen, die op het gebied van het maatschappelijk leven wellicht uiterst zwaarwichtige gevolgen kunnen hebben, kan in laatste instantie slechts afgewend worden door de bereidheid om elke, maar dan ook elke wetenschappelijke verworvenheid zonder de minste uitzondering, als voorlopig te beschouwen, en de bereidheid ze steeds opnieuw aan de ervaring te toetsen.

Na deze blik op de wetenschap in het algemeen willen we dichter bij ons eigenlijke onderwerp komen door na te gaan wat we onder geschiedenis dienen te verstaan. We zullen op dezelfde wijze te werk gaan, nl. door de vergelijking van een niet-marxistische met een marxistische bepaling nagaan wat beide gemeen hebben en wat ze van elkaar onderscheidt.

De Duitse historicus Rohlfos stelt vast, dat een bepaling van de geschiedenis, die op bondige, globale en volledige wijze de kenmerken van deze wetenschap weergeeft, niet mogelijk schijnt te zijn. Hij tracht dit te verhelpen door zo volledig mogelijk de verschillende kenmerken van de geschiedenis te omschrijven: pluri-dimensionaliteit, onderlinge afhankelijkheid der geschiedkundige gegevens, genetisch aspect, tijdsgebondenheid, enz.⁶ Wat de geschiedkundige wetenschap voor hem concreet betekent vernemen we bij hem, net zoals bij ons marxistisch voorbeeld, veeleer uit de bepaling van de methodes en vormen van het geschiedkundig onderzoek. Belangrijk lijkt ons

⁴ A. SIRKIN, *op. cit.*, blz. 351.

⁵ Dit is het probleem van de wilsvrijheid. Voor de marxisten (SPIRKIN, *op. cit.*, blz. 356-358) is dit «de bewuste noodzakelijkheid en bedrijvigheid, die rekening houdt met deze noodzakelijkheid», d.w.z. ze wordt beperkt door de gezamenlijke werking van de wetten van natuur en maatschappij. Voor andere opvattingen zoals b.v. die van HUME en BERGSON zie men C.E.M. JOAD, *Guide to Philosophy*, New York, 1957, blz. 229 e.v. 555 e.v.

⁶ J. ROHLFES, *Umriss einer Didaktik der Geschichte*, Göttingen 1971, blz. 36-50.

³ A. SPIRKIN, *Kurs marksistkoi filosofii*, Moskou 1964, blz. 479.

hierbij, dat hij uitgaat van de vaststelling, dat de geschiedenis zich van de natuurwetenschappen onderscheidt door de «principiële onmogelijkheid van een volledige verificatie». Rekening houdend met deze beperking richt de arbeid van de historicus zich volgens Rohlfes naar het volgende schema:

- 1) het vinden en sorteren van de bronnen;
- 2) het rangschikken van de bronnen volgens bepaalde (eventueel vooreerst hypothetische) maatstaven;
- 3) de ontleding van de bronnen, d.i. het nagaan van hun betrouwbaarheid en bewijskracht;
- 4) de interpretatie van de bronnen met het oog op een reconstructie van het verloop van de feiten (eventueel vooreerst op grond van een werkhypothese);
- 5) het doorgronden en verifiëren van de onderlinge verbanden op grond van als kenmerkend bevonden bijzonderheden;
- 6) de beoordeling van de vastgestelde feiten en verbanden⁷.

In zijn *Inleiding tot de geschiedkundige vorsing* omschrijft de Poolse historicus Benon Miśkiewicz de taak van de geschiedenis als volgt:

«De taak van de geschiedenis bestaat erin de geschiedkundige gebeurtenissen, d.w.z. feiten, na te vorsen, de authenticiteit en de waarachtigheid van de kennis van deze feiten na te gaan, alsmede hun onderling verband in het geschiedkundig proces, en daaruit de wetmatigheden of ontwikkelingswetten van de maatschappij af te leiden. De feiten stelt zij vast op grond van het bronnenmateriaal, door hieruit door middel van de gepaste onderzoeksmethodes het individuele en maatschappelijk leven van de mens af te lezen. Het onderling verband van de geschiedkundige gebeurtenissen in het geschiedkundig proces en het afleiden hieruit van de wetmatigheden of ontwikkelingswetten van de maatschappij is het uiteindelijke doel van de geschiedenis als wetenschap. De resultaten van deze arbeid zullen afhangen van een juist begrip van het geschiedkundig proces, dat tot uiting komt in de verhouding van de vorser tot de wetten die de maatschappelijke ontwikkeling beheersen⁸».

Bij de vergelijking van Rohlfes en Miśkiewicz valt op dat, wat de eigenlijke methode van de geschiedkundige vorsing betreft, de opvattingen van beide auteurs nagenoeg samenvallen. Voor Rohlfes schijnt het einddoel zich echter te beperken tot een «beoordeling van de vastgestelde feiten en verbanden», terwijl Miśkiewicz de nadruk legt op het ontdekken van de wetmatigheden of ontwikkelingswetten van de maatschappij.

Beide opvattingen sluiten elkaar o.i. echter niet uit. Men kan het met Rohlfes in beginsel erover eens zijn dat «de loutere vaststelling der feiten op het gebied van de maatschappijwetenschappen niet bestaat»⁹. De historicus bewerkt een materie, tegenover welke hij moeilijk een volkomen objectiviteit die zich zou uiten door het zich onttrekken van elk waardeoordeel, bewaren kan. Door de menselijke maatschappij, waarvan hij deel uitmaakt, in haar historisch verloop te bestuderen, bestudeert hij in feite

zichzelf. Het is dan ook onvermijdelijk, dat bepaalde feiten hem met bewondering, andere met afschuw zullen vervullen, dat hij bepaalde gebeurtenissen zal goedkeuren en andere betreuren. Deze beoordeling, waarvoor nauwelijks objectieve, niet aan de tijd gebonden maatstaven te vinden zijn, mag de historicus niet ontegensprekt worden: ze is in laatste instantie ook te beschouwen als een vorm van verificatie van de gedane vaststellingen, nl. het toetsen ervan aan de werkelijkheid, waartoe de morele en politieke opvattingen van de historicus en zijn tijdgenoten behoren. Bij Rohlfes komt dit als des te begrijpelijker voor, daar hij in de eerste plaats een didacticus van de maatschappelijke vorming in de scholen van de Duitse Bondsrepubliek is.

Er mag echter niet uit het oog worden verloren dat de geschiedenis haar aanspraak op de benaming «wetenschap» zou verliezen, zowel volgens de marxistische als volgens de niet-marxistische opvatting (cf. s.), indien ze zich niet eveneens tot doel zou stellen uit de werkelijkheid, die ze ontsluit, bepaalde algemene «wetten» af te leiden. De hedendaagse sociologie en economie b.v. zijn terecht op dit doel gericht: waarom zou het anders zijn voor de geschiedenis, die tenslotte niets anders is dan de synopsis en de integratie van alle maatschappelijke wetenschap in haar ontwikkeling in de tijd?

De «wetten» die uit de geschiedenis af te leiden zijn, kunnen bijgevolg niets anders zijn dan de «wetmatigheden of ontwikkelingswetten van de maatschappij», zoals Miśkiewicz het uitdrukt. Het is ook gerechtvaardigd dat getracht wordt op grond van deze «wetten» prognoses voor de toekomst op te stellen. Daarbij zal men echter wat de «wetten» van de geschiedenis betreft, zeer omzichtig te werk moeten gaan, en niet uit het oog verliezen dat wegens de «principiële onmogelijkheid van een volledige verificatie» de «wetten» van de geschiedenis, meer nog dan die van de natuurwetenschappen, slechts voorlopige verworvenheden zijn, die steeds opnieuw aan de werkelijkheid moeten worden getoetst. In het geval van de geschiedenis is deze werkelijkheid tweemaal: de resultaten van nieuwe vorsingen betreffende het verleden enerzijds, de waarneming van de hedendaagse maatschappelijke gegevens anderzijds. In die zin is de laatste passus van de bepaling van Miśkiewicz met het grootste voorbehoud op te nemen: door de resultaten van de arbeid van de historicus te laten afhangen van een «juist» begrip van het geschiedkundig proces (wat is hier «juist»?), van de «verhouding» van de vorser tegenover de wetten die de maatschappelijke ontwikkeling beheersen (welke verhouding?), wordt hier opnieuw, zoals in de marxistische definitie van de wetenschap in het algemeen, iets vooropgesteld dat in werkelijkheid slechts het resultaat, en dan nog het immer voorlopig resultaat (helaas! zouden we kunnen zeggen) van de wetenschappelijke bedrijvigheid kan zijn.

Kortom, we aanvaarden, ook voor de geschiedenis, de door niet-marxisten en marxisten gedeelde opvatting dat het uiteindelijke doel van de wetenschap het ontdekken van «wetten» is. We verwerpen echter, en dit in de allereerste plaats voor de geschiedenis, de opvatting dat deze wetenschap moet worden bedreven «doordrongen van een bepaalde wereldbeschouwing» of «met een juist begrip van het geschiedkundig proces». Een dergelijke opvatting leidt ertoe het wetenschappelijk onderzoek in hoofdzaak te richten op de verificatie van stellingen, die ab initio als

⁷ ROHLFES, *op. cit.*, blz. 53-61.

⁸ B. MIŚKIEWICZ, *Wstęp do badań historycznych*, Warschau-Poznań, 1974, blz. 91.

⁹ ROHLFES, *op. cit.*, blz. 60.

definitief bewezen aanvaard worden. Zo wordt de wagen vóór het paard gespannen en de wetenschap opgesloten in een steriele kring, waaruit ze zich niet kan losrukken. Dit kan niet anders leiden dan tot onverdraagzaamheid en conservatisme, zowel op theoretisch vlak als, in de mate waarin de verkregen resultaten als richtlijnen voor het menselijk handelen worden aangewend, in de dagelijkse praktijk.

De geschiedenis bestudeert het verloop in de tijd van de maatschappij in haar geheel, de rechtsgeschiedenis dat van één welbepaald aspect hiervan, nl. het recht. Hetgeen voor het geheel geldt, geldt echter ook voor het deel, en het doel van de rechtsgeschiedenis moet dus uiteindelijk ook zijn het ontdekken van «wetmatigheden» of «ontwikkelingswetten». Zo gezien is de opgave van de rechtshistoricus niet meer of minder «onmogelijk» dan die van de vorser op onverschillig welk ander gebied¹⁰. Door te stellen dat de rechtshistoricus naar integrale geschiedschrijving moet streven gaat Van den Brink o.i. te ver¹¹ en gaat hij in laatste instantie aan het specifieke doel van de rechtshistorie voorbij. Het spreekt vanzelf dat de rechtshistoricus zijn bijdrage moet leveren tot de integrale geschiedschrijving. Deze bijdrage is zelfs zeer belangrijk, gezien de grote rol van het recht in de ontwikkeling van de menselijke samenlevingen. Ze is in die zin integraal, dat ze niet kan worden verwezenlijkt door het recht te beschouwen los van de andere maatschappelijke verschijnselen, tussen welke en het recht een verband te bespeuren valt. Ze blijft echter tegelijkertijd partieel, daar de rechtsgeschiedenis een beperkt, specifiek voorwerp heeft, en daar het niet de taak van de rechtshistoricus, maar die van de algemene historicus is, door te steunen op de resultaten bereikt door de historici van het recht, van de economie, van de politieke gebeurtenissen, van de kunst, van de literatuur enz. om een poging tot integrale geschiedschrijving te ondernemen. Om Van den Brink maximaal tegemoet te komen zou men misschien kunnen stellen dat de rechtsgeschiedenis een deel van de integrale geschiedbeoefening is, met de schijnwerper centraal gericht op de rechtsverschijnselen, waarbij de integrale geschiedschrijving dan van de resultaten van de rechtsgeschiedenis gebruik maakt en tevens de overbelichting corrigeert die door het leggen van het accent op de rechtsverschijnselen onvermijdelijk ontstaan is. Dit uiteindelijk doel van de rechtsgeschiedenis, nl. bij te dragen tot en uit te monden in de integrale geschiedschrijving mag echter niet het specifieke en noodzakelijkerwijze partiële doel van deze discipline uit het gezichtsveld doen verdwijnen, nl. het ontdekken van de wetmatigheden van de rechtsontwikkeling.

De wijze waarop hierbij te werk dient te worden gegaan is in grote trekken dezelfde als die van de geschiedenis in het algemeen, zoals hierboven geschilderd aan de hand van de opvattingen van Rohlfes en Miśkiewicz. We zullen hierop later terugkomen. Het komt ons inderdaad voor dat we eerst een vraag moeten beantwoorden, waarop het antwoord als een noodzakelijke bestaansvoorwaarde van de rechtsgeschiedenis vormt: is het recht uiteraard een historisch verschijnsel? Zoals uit de volgende regels zal

blijken, leidt niet elke opvatting betreffende het wezen van het recht op dit punt tot hetzelfde besluit.

3. Historiciteit van het recht

Het antwoord op voormelde vraag is inderdaad, op het eerste gezicht althans, verschillend naargelang men zich op een idealistisch-spiritualistisch of op een materialistisch-sociologisch standpunt stelt. Als men het recht beschouwt als de verwezenlijking van een of andere absolute idee, dan komt men, welke ook de oorsprong en inhoud zijn, die men aan die idee toeschrijft, eerder tot een statische dan tot een dynamische opvatting van het recht. Inderdaad, in die hypothese doen de verschillende achtereenvolgende verschijningsvormen van het recht zich voor als onvolmaakte weerspiegelingen van de absolute rechtsidee, die uiteraard a priori gegeven, onveranderlijk en bijgevolg a-historisch is. Deze achtereenvolgende verschijningsvormen kunnen in chronologische volgorde beschreven worden, maar hun onderling verband wordt niet in een lineair, chronologisch perspectief gezien, maar in het licht van hun verhouding t.o.v. de absolute idee. Een dergelijk uitgangspunt leent zich dus in geringe mate tot rechtsgeschiedenis in de zin waarin wij ze opgevat hebben. Over het algemeen kan men zeggen dat de idealistisch-spiritualistische opvattingen over het wezen van het recht hebben overheerst tot in de 19e eeuw. In de oudheid vindt men ze b.v. bij Plato, voor wie de idee een hogere graad van werkelijkheid bezit dan de materie¹², bij Aristoteles, die een onderscheid maakt tussen «natuurlijke gerechtigheid» en «wettelijke gerechtigheid»¹³, bij de Stoïcijnen, bij Cicero¹⁴, bij de moralistische natuurrechtsoopvatting van Ulpianus («honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere»). In de Middeleeuwen krijgt het natuurrecht een godsdienstige inslag: het «jus naturale» van de H. Thomas van Aquino is weliswaar op de rede gegrondvest: deze is echter geenszins tegengesteld aan het geloof, maar is er als het ware de meest treffende uitdrukking van¹⁵. Als gevolg aan de Renaissance treedt in de 16e eeuw een zekere verwereldlijking van het begrip natuurrecht op: voor Grotius zou dit eveneens gelden indien God niet bestond of zich niet met de menselijke aangelegenheden zou bezighouden¹⁶. Hiermee werd de grondslag gelegd voor het «*Vernunftrecht*» van de 17e eeuw (Hobbes, Spinoza, Pufendorf), dat in de 18e eeuw samen-vloede met de «Aufklärung» en zo het geestelijk klimaat tot stand bracht, waarin het «irrationele» ancien régime door de «rationele» revoluties van het einde van de 18e eeuw (Amerika 1776, Frankrijk 1789) kon worden afgelost. De meest kenschetsende verwezenlijkingen van deze rechtsoopvatting vormen de verschillende verklaringen van de mensenrechten, die naar aanleiding van deze revoluties werden afgekondigd, en de codificatiebeweging, die haar

¹² JOAD, *op cit.*, blz. 277.

¹³ ARISTOTELES, *Nichomachische Ethiek*, Boek V, Hfs. 7, 1134 G.

¹⁴ CICERO, *De re publica*, 3, 22, 33.

¹⁵ M. VILLEY, *Leçons et histoire de la philosophie du droit*, Parijs, Sirey, 1957, blz. 49 e.v.

¹⁶ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, Proloog, par. 11.

¹⁰ VAN DEN BRINK, *op. cit.*, blz. 19-21.

¹¹ *Ibidem*.

hoogtepunt bereikte met de vier Napoleontische «codes» van 1804-1810¹⁷.

Als men het recht niet beschouwt als de verwezenlijking van een idee, zoals de gerechtigheid, de rede enz., maar wel als een produkt van de maatschappelijke werkelijkheid, maakt de statische opvatting plaats voor een dynamische, die uiteraard beter vatbaar is voor een historische benadering. Zolang het recht als een produkt van de rede werd aangezien, die per definitie overal en altijd identiek is, kon men geen afdoende verklaring vinden voor de grote verscheidenheid van de rechtsnormen, die Montesquieu in zijn «*De l'Esprit des Lois*» reeds had onderstreept, ofschoon hij aanhanger bleef van het «redelijk» recht¹⁸. De twee nieuwe geestesstromingen die het meest bijgedragen hebben tot het ontstaan van een dynamische rechtsopvatting zijn de *historische school* en het *marxisme*, beide ontstaan in Duitsland.

De historische school ziet, zoals haar naam het laat veronderstellen, in het recht een produkt van de geschiedenis. Voor Savigny en zijn geestesgenoten is het recht historisch gegroeid in de schoot van ieder volk en brengt het de typische kenmerken van het nationaal bewustzijn van dit volk, de «*Volksgeist*» tot uitdrukking. Deze geest komt op natuurlijke wijze tot uiting in het gewoonterecht van ieder volk. Het recht is bijgevolg niet gegrondvest op abstracte beginselen, hoe rationeel ook, maar op de nationale juridische tradities. De historische rechtsschool verzette zich daarom tegen de rationalistische codificaties, maar ging zich verdiepen in de studie van beide takken van de Duitse nationale rechtstraditie: het sedert het einde van de 15e eeuw officieel gereciperde Romeins recht (Savigny, Hugo) en het oude Duitse gewoonterecht (Grimm, von Stein)¹⁹.

Ofschoon ze op die wijze een merkwaardige bloei van de nationale rechtsgeschiedenis inluidde, die niet tot Duitsland beperkt bleef, sluit de historische school aan bij de rationalistische traditie, daar ze tenslotte uitliep op de uitbouw van een systematische rechtswetenschap met sterk romanistische inslag, de *Pandektenwissenschaft*, die leidde tot een nieuwe codificatie, het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch van 1896, van kracht op 1 januari 1900²⁰. Het romantische beroep op een (ondefinieerbare) «*Volksgeist*» is bovendien evenmin te interpreteren als een werkelijke bevrijding van het recht van de idealistische opvattingen, die het sedert de oudheid hadden beheerst. De uiteindelijke «demystificatie» van het recht en de schepping van een materialistische rechtsopvatting is het werk geweest van Marx en Engels.

Marx en Engels waren echter in de eerste plaats filosofen en sociale hervormers. Als dusdanig hebben ze geen enkel werk geschreven, dat specifiek betrekking heeft op het recht en zijn grondslagen. Hun rechtsopvattingen moeten dan ook afgeleid worden uit het geheel van hun

geschriften over wijsbegeerte, politiek en economie. Wel werden in de 20e eeuw in de landen die door de marxistische ideologie worden beheerst, talrijke pogingen ondernomen om op grond van die opvattingen tot een samenhangende theorie over de grondslagen en het wezen van het recht te komen²¹. We zullen ons hier echter beperken tot de stellingen die op deze punten uit de werken van Marx en Engels zelf af te leiden zijn²².

De rechtsopvattingen van Marx en Engels kenmerken zich vooral door twee hoofdtrekken:

1^o Het *historisch materialisme* stelt voorop, dat de grondslagen van de menselijke samenlevingen te vinden zijn in de materiële aspecten ervan, en meer bepaald in de voorwaarden waarin de goederen geproduceerd worden («*productieverhoudingen*»). De verschijnselen van het sociaal bewustzijn worden door deze materiële elementen bepaald. Het recht is bijgevolg niet de verwezenlijking van een of andere abstracte gedachte, maar wel de uitdrukking van de stoffelijke werkelijkheid.

Deze opvatting heeft belangrijke gevolgen. Er bestaan geen abstracte rechtsbeginselen, die eeuwig en overal geldig zijn, daar het recht bestendig gewijzigd wordt in functie van de stoffelijke grondslagen van het maatschappelijk leven. Het recht is dus een uiteraard tijdelijk en veranderlijk verschijnsel, dat niet de minste zelfstandigheid bezit²³. «De inhoud die men gewoonlijk aan het recht toeschrijft kan slechts ontleend zijn aan een aan het recht vreemde werkelijkheid, en als deze werkelijkheid evolueert, kan het recht niet mee-evolueren, maar uitsluitend de werkelijkheid, op ieder ogenblik van haar evolutie, een formeel kader verschaffen. Dit kader kan misschien als eigen aan het recht beschouwd worden, maar zelf ondergaat het nooit enige omvorming»²⁴. Marx en Engels merken daarin in hun *Duitse Ideologie* op dat «het recht, evenmin als de godsdienst, een *eigen* geschiedenis heeft»²⁵.

2^o Het *verschijnsel «recht» is onafscheidbaar verbonden met het begrip «staat»*²⁶. Hieronder verstaan Marx en Engels een sociale en politieke organisatie die als instrument dient om de heersende klasse, b.v. de burgerij, in de mogelijkheid te stellen haar heerschappij over andere klassen van de bevolking, b.v. het proletariaat, te vestigen en te handhaven. Het recht is daarom van nature onderdrukkend²⁷. Daar de indeling van de bevolking in antago-

²¹ Zie voor de U.S.S.R., D. PFAFF, *Die Entwicklung der sowjetischen Rechtslehre*, Köln 1968, en: *Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts*, onder de redactie van G.N. MANOV, Moskou 1970, Duitse vertaling verschenen in (*Staatsverlag der D.D.R.*), Berlijn 1974; voor Polen; S. EHRLICH, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warschau 1971; voor Zuid-Slawië: R. LUKIC, *Théorie de l'Etat et du Droit*, Parijs, Dalloz, 1974.

²² K. STOYANOVITCH, *La pensée marxiste et le droit*, Parijs, P.U.F., 1974.

²³ STOYANOVITCH, *op. cit.*: «non-autonomie», «temporarité», «variabilité», blz. 69-85.

²⁴ STOYANOVITCH, *op. cit.*: «non-évolutivité», blz. 86-93.

²⁵ MARX en ENGELS, *Die Deutsche Ideologie*, Dietz Verlag, Berlijn, 1953, blz. 63.

²⁶ ENGELS, *De oorsprong van de familie, van de privé-eigendom en van de staat*, 1884.

²⁷ STOYANOVITCH, *op. cit.*: «oppressivité», blz. 94-102.

¹⁷ Zie o.m. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 Auflage, Göttingen, 1967, blz. 249-347; W. SEAGLE, *Weltgeschichte des Rechts*, München, 1969, blz. 274 e.v., 388 e.v.; J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe s. Essai de définition*, Brussel, 1967.

¹⁸ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, livre I, chap. 3.

¹⁹ WIEACKER, *op. cit.*, blz. 348-429.

²⁰ *Ibidem*, blz. 430-485.

nistische klassen echter niet eeuwigdurend is, maar een einde zal nemen wanneer het proletariaat, na de privé-eigendom van de produktiemiddelen te hebben afgeschaft en de politieke macht te hebben veroverd, de voorwaarden van een klassenloze, communistische samenleving zal hebben geschapen, zijn staat en recht geroepen om vroeg of laat te verdwijnen²⁸.

Deze stellingen hebben, ofschoon ze in vele opzichten voor kritiek vatbaar zijn²⁹, nochtans enorm bijgedragen tot de hedendaagse opvattingen over het recht. Door het recht los te maken van de idee (rede, gerechtigheid of wat het ook zij) en het in nauw verband te stellen met de maatschappelijke werkelijkheid hebben zij de juristen en de rechtsfilosofen ertoe gebracht het als een gewoon maatschappelijk verschijnsel te gaan beschouwen en bestuderen. Door te stellen dat de heersende klassen het recht slechts in verband brengen met hogere waarden om de omstandigheid te verdoezelen, dat het een instrument is waarmee ze hun materiële belangen verdedigen, hebben zij het bevrijd van de aureool, die lange tijd een hinderpaal vormde om het objectief, d.i. niet beïnvloed door eigen gevoelens of vooroordelen, te benaderen.

Deze objectieve benadering heeft echter niet tot gevolg gehad, dat eindelijk algemene overeenstemming werd bereikt over wezen en grondslagen van het recht. Integendeel, het aantal strekkingen en «scholen» nam nog toe. Het positivisme, wijsgerig gegrondvest door Auguste Comte³⁰, beperkt zich in beginsel tot de empirische studie van het bestaande, «positieve» recht. De rechtsfilosofie, d.w.z. het zoeken naar wezen en grondslagen van het recht, wordt bewust verworpen: in haar plaats treedt een «algemene rechtsleer», die de gemeenschappelijke wezenstrekken van de verschillende rechtsverschijnselen tracht te doorgronden³¹. De voornaamste vertegenwoordigers van deze school zijn John Austin in Engeland³², die in het recht in de eerste plaats een bevel van de overheid ziet, en Hans Kelsen in Duitsland, die in zijn *Reine Rechtslehre* het recht ziet als een zuiver formele hiërarchie van normatieve verhoudingen³³. Met verschillende schakeringen zoeken Durkheim, Gurvich, von Ihering, Weber, Ehrlich e.a. naar de maatschappelijke grondslagen van het recht³⁴.

Het zoeken naar algemene grondbeginselen en maatschappelijke grondslagen schenkt de denkers echter geen voldoening: het rechtsverschijnsel bij uitstek, de rechtswet, of hij nu beschouwd wordt als de uiting van de wil van de overheid of als een produkt van de maatschappelijke verhoudingen, heeft betrekking op menselijk handelen; menselijk handelen veronderstelt bepaalde beweegredenen, en het bestaan van deze beweegredenen lokt onvermijdelijk een zoeken naar hun rechtvaardiging uit. Vandaar een nieuwe *recherche des valeurs*³⁵, en een

rehabitering van het spiritualistische element in de hedendaagse rechtsfilosofie. In een tijd, waarin met behulp van de elementen van een positief rechtssysteem (de anti-Joodse wetgeving van de nazi's, de politiek van rassendiscriminatie in Zuid-Afrika, enz.) een politiek wordt doorgevoerd, die op universele afkeuring stuit, en waarin door middel van de «socialistische rechtssystemen» gepoogd wordt niet alleen de economische en sociale grondslagen van de maatschappij maar ook het bewustzijn van de burgers te wijzigen, behoort dit zoeken naar waarden, in naam van of ondanks welke dit alles geschiedt, tot de *onuitroeibare filosofische drang* waarvan Radbruch de bestendigheid onderstreept³⁶.

De moeilijkheid voor wat de rechtsgeschiedenis betreft blijft bijgevolg bestaan. Spiritualistische opvattingen zijn in beginsel onhistorisch, tenzij men ze naar het voorbeeld van de marxisten beschouwt als het ideologisch kleedje van zuiver materiële belangen. De historische school heeft een grote bloei van de rechtsgeschiedenis tot gevolg gehad³⁷, maar deze was hoofdzakelijk beperkt tot de componenten van de verschillende Westeuropese nationale rechtssystemen, zoals b.v. in Duitsland tot het Romeins Recht en het Middeleeuws Duits recht³⁸. De oorspronkelijke marxistische opvatting, zoals we ze zeer bondig gekenmerkt hebben, ontkent aan het recht iedere zelfstandigheid en daarmee ook iedere eigen geschiedenis.

Alvorens onze opvatting over de rechtsgeschiedenis als het zoeken naar de wetmatigheden van de rechtsontwikkeling nader toe te lichten zullen we bijgevolg, bij wijze van arbeidshypothese wel te verstaan, een opvatting van het recht, waarop deze studie kan worden gegrondvest, nader moeten preciseren.

We zullen hierbij niet zo vermetel zijn te pogen aan de lange reeks bestaande rechtsfilosofische systemen een nieuwe eenheid toe te voegen. Onze bedoeling bestaat er uitsluitend in na te gaan welke aspecten van de werkelijkheid we tot voorwerp van onze navorsingen moeten maken om de rechtsverschijnselen in hun historisch verloop te vatten en om, zo mogelijk, de wetmatigheden van hun ontwikkeling te ontdekken. We zeggen met opzet «zo mogelijk», want ofschoon het zoeken naar rationele verklaringen het doel van de wetenschap als dusdanig is, mogen we de rol van het toeval in de geschiedenis niet over het hoofd zien³⁹. We zullen op haast syncretistische wijze te werk gaan, door aan de verschillende ons bekende systemen de elementen te ontleen die voor ons opzet dienstig zijn,

³⁶ RADBRUCH, *op. cit.*, blz. 110.

³⁷ WIEACKER, *op. cit.*, blz. 416-429; «Die Entdeckung der Rechtsgeschichte».

³⁸ Hier zij terloops opgemerkt, dat de hedendaagse universitaire programma's nog steeds ingegeven zijn door de opvattingen van de historische school en meestal de nadruk leggen op het Romeins Recht enerzijds, het «oud-vaderlands» recht anderzijds. Gelukkig is dit eng nationale concept in de wetenschappelijke vorsing overwonnen: de bedrijvigheid van de Société Jean Bodin, onder de leiding o.m. van prof. J. GILISSEN, getuigt van een universele, thematische aanpak, en werken zoals dat van WIEACKER en SEAGLE van een Europees perspectief wat het eerste betreft (ofschoon «unter besonderen Berücksichtigung der deutschen Entwicklung»), van een universele visie voor het tweede.

³⁹ Zie o.m. R.C. VAN CAENEGEM, *The birth of the English Common Law*, Cambridge, 1973, blz. 106-107.

²⁸ STOYANOVITCH, *op. cit.*: «dépérissement», blz. 103-112.

²⁹ H. LÉVY-BRUHL, *Sociologie du Droit*, Parijs, P.U.F., 1976, blz. 19-21.

³⁰ A. COMTE, *Cours de Philosophie positive*, 1830-1842.

³¹ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973, blz. 109.

³² J. AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, 1832.

³³ W. FRIEDMANN, *Théorie générale du Droit*, Parijs, 1965, blz. 230; H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, Parijs, P.U.F., 1970, blz. 25-27.

³⁴ FRIEDMANN, *op. cit.*, blz. 175 e.v.

³⁵ RADBRUCH, *op. cit.*, blz. 113; BATIFFOL, *op. cit.*, Hfst. IV.

ze eventueel aan een voorzichtige kritiek te onderwerpen, en zo te komen tot een samenhangend geheel van stellingen die een passende grondslag voor het rechtshistorisch onderzoek zouden kunnen vormen.

4. Poging tot uitwerking van een rechtsopvatting, die een passende grondslag kan vormen voor het rechtshistorisch onderzoek

a) Het uitgangspunt: de sociologische opvatting

Als uitgangspunt nemen we de sociologische opvatting, die in het recht niet de verwezenlijking van een of ander absoluut beginsel ziet, maar wel een produkt van de maatschappelijke werkelijkheid⁴⁰.

Deze opvatting hoeft echter niet zuiver materialistisch te zijn, zoals oorspronkelijk bij Marx en Engels⁴¹. Engels heeft later in zijn brief aan Conrad Schmidt van 27 oktober 1890 een wisselwerking tussen de economische basis en de rechts-ideologische bovenbouw erkend⁴². De hedendaagse marxistische filosofie spreekt van een «betrekkelijke autonomie» en van een «actieve rol» van de bovenbouw, die «invloed uitoefent op het ontstaan, het leven en de ontwikkeling van de basis». «De verschijnselen van de bovenbouw zijn ook betrekkelijk zelfstandig», zo luidt het verder, «in die zin dat ze eigen, specifieke wetmatigheden in hun ontwikkeling vertonen en elkaar wederzijds beïnvloeden»⁴³.

Door deze zienswijzen worden de oorspronkelijke marxistische opvattingen betreffende de «niet-autonomie» en de «niet-evolutiviteit» van het recht⁴⁴ definitief ter zijde gesteld. Zelfs indien men blijft aanvaarden dat de verschijnselen van het bewustzijn in de eerste plaats bepaald worden door de materiële levensomstandigheden, wordt thans vastgesteld dat deze verschijnselen om zo te zeggen een eigen leven gaan leiden, elkaar wederzijds gaan beïnvloeden en op hun beurt een invloed gaan uitoefenen op de materiële basis. Het begrip «wisselwerking» houdt in dat de mechanismen van wederzijdse beïnvloeding een zo complex netwerk vormen, dat meestal niet meer nauwkeurig kan worden vastgesteld wat oorzaak en gevolg is, zodat het begrip causaliteit plaats moet ruimen voor dat van de onderlinge afhankelijkheid⁴⁵. *Op die wijze worden materialistische en spiritualistische visies als het ware met elkaar verzoend*: ze sluiten elkaar niet meer uit, maar vervolledigen elkaar. De verschijnselen van het bewustzijn worden weliswaar niet als a priori gegeven beschouwd, maar ze worden toch als volwaardige aspecten van de maatschappelijke werkelijkheid behandeld. Binnen de grenzen van hetgeen door de materiële levensomstandigheden mogelijk wordt gemaakt (vandaar hun «betrekkelijke zelfstandigheid») vervullen zij een specifieke rol.

⁴⁰ LEVY-BRUHL, *op. cit.*, blz. 21 e.v.

⁴¹ Cf. *supra*.

⁴² F. ENGELS, *Ausgewählte Briefe*, Dietz Verlag, Berlijn, 1953, blz. 508.

⁴³ SPIRKIN, *op. cit.*, blz. 329-330.

⁴⁴ STOYANOVITCH, *op. cit.*, voetnoten 23, 24, 27 en 28.

⁴⁵ ROHLFES, *op. cit.*, blz. 37-38.

Hoe zich dit nu op de rechtsverschijnselen uitwerkt vormt het volgende punt van ons onderzoek.

b) De maatschappelijke gewoonte als primair rechtsverschijnsel

Volgens de sociologische opvatting is de *gewoonte de primaire verschijningsvorm* van het recht⁴⁶. Een lange weg scheidt echter de gewoonte in de algemene betekenis van het woord van de rechtsgewoonte. In de algemene betekenis is een gewoonte niets anders dan een regelmatige handeling of onthouding. Opdat ze een rechtsgewoonte kan worden, zijn een reeks voorwaarden vereist:

1^o Het moet een *maatschappelijke gewoonte* zijn, die zich niet beperkt tot één lid van de maatschappij, maar door heel de maatschappij of ten minste door een uit meerdere leden bestaande maatschappelijke groep wordt gedeeld; hieruit volgt dat ze betrekking moet hebben op een bestaande maatschappelijke verhouding, die zich met een zekere frequentie voordoet: in een nomadenmaatschappij b.v., waar de bodem niet het voorwerp is van duurzame inbezitting, zullen geen gewoonten tot stand komen met betrekking tot koop en verkoop van onroerende goederen.

2^o De gewoonte moet slaan op een handeling of onthouding waarbij het maatschappelijk leven verschillende (ten minste twee) mogelijkheden openlaat, d.w.z. waarbij de (betrekkelijk) vrije keuze van de mens een bepaalde speelruimte, hoe gering ook, wordt gelaten. Indien bij gebrek aan een dergelijke speelruimte een handeling of onthouding hetzij onvermijdelijk, hetzij onmogelijk is, heeft het geen zin ze als bindend te beschouwen en zal ze geen rechtsgewoonte kunnen vormen.

3^o De gewoonte moet door de maatschappij als bindend *aangevoeld* worden, m.a.w. door de kracht van de herhaling moet ze de leden van de groep als normaal en gepast voorkomen, zodat haar niet-naleving een of andere vorm van sociale afkeuring tot gevolg heeft.

Ongetwijfeld speelt het bewustzijn hier reeds een rol, want het al dan niet als gepast aanvoelen van een gewoonte sluit onvermijdelijk een waardeoordeel in. We gebruiken echter met opzet de algemene term «gepast» bij voorkeur tegenover termen als «rechtmatig», «rechtvaardig», «billijk» en dgl., omdat dit waardeoordeel zich aanvankelijk wel zal beperken tot wat door de groep in een of ander opzicht als gunstig wordt ervaren, zonder dat deze maatstaf uitgroeit tot de vorming van abstracte begrippen. Desniettemin ligt hier zeker de grondslag van latere complexe en abstracte ideologische constructies.

Het door de maatschappij als bindend *aangevoeld* worden volstaat echter niet om van de gewoonte een rechtsgewoonte te maken, aangezien b.v. ook morele en godsdienstige normen, sociale wellevendheidsregels en dgl. dit kenmerk delen. Opdat de gewoonte een rechtsgewoonte kan zijn is bijgevolg nog iets meer vereist, nl.

4^o De gewoonte moet *bekrachtigd worden door de openbare overheid*. We gebruiken hier met opzet de term «openbare overheid» en niet «staat», omdat we de onafscheidelijke binding van staat en recht zoals door Marx,

⁴⁶ LEVY-BRUHL, *op. cit.*, blz. 40 e.v.

Engels en vooral door Lenin vooropgesteld van de hand wijzen. Weliswaar uit de openbare overheid zich sedert de 16e eeuw in Europa en heden ten dage bijna overal ter wereld in de vorm van de staat, maar de etnologie en de geschiedenis hebben aangetoond dat dit niet steeds en overal het geval was, en dat desondanks regels bestonden die als rechtsnormen kunnen worden beschouwd.

Staat en recht zijn twee onafscheidbaar met elkaar verbonden begrippen, maar niet zoals Marx en Lenin het zien, nl. dat het recht niets anders zou zijn dan de wil van de heersende klasse(n), die door middel van de staat wordt opgelegd aan de overheerste klasse(n). Deze opvatting aanvaarden is in strijd met de gegevens van etnologie en geschiedenis⁴⁷; bovendien leidt ze ertoe de staat als uitsluitende bron van alle recht te beschouwen, hetgeen als noodlottig gevolg meebrengt dat de Staat niet door het recht kan worden gebonden.

Op dit punt hebben Marx en Lenin de dingen op hun kop gezet: verre van een uitsluitende schepping van de Staat te zijn, ligt het recht zelf ten grondslag aan het begrip «staat». Dit laatste is niets anders dan een rechtsfictie, die onder invloed van de Renaissance en het humanisme in de 16e eeuw werd uitgewerkt, o.m. door Jean Bodin⁴⁸, om de politieke overheid te verwereldlijken, te rationaliseren en haar op die wijze legitimiteit en bestendigheid te verschaffen⁴⁹. In de mate waarin daarbij gebruik gemaakt werd van begrippen ontleend aan het Romeins Recht, kan staande gehouden worden dat bepaalde aspecten van het staatsbegrip reeds aanwezig waren in de oudheid⁵⁰. Desniettemin is het staatsbegrip, dat Marx en Engels in de 19e eeuw waargenomen en zonder meer veralgemeend hebben, en zijn de staatstypes die we heden ten dage kennen, betrekkelijk recente historische verschijnselen, waarmee talrijke vormen van politieke machtsuitoefening uit het verleden weinig gemeens hebben, ofschoon we deze ook gemakkelijks halve, maar enigszins anachronistisch «staten» noemen. We houden ons daarom liever, bij de studie van de gewoonte, bij de meer algemene term «openbare overheid».

c) De erkenningsregel

Om van een gewoonte een rechtsnorm te maken is, als gezegd, de tussenkoms van deze overheid nodig. We moeten daarom onderzoeken hoe en waarom deze tussenkoms plaatsheeft, en op welke wijze hieruit gewoonten in de algemene betekenis tot rechtsgewoonten worden omgevormd.

We zullen het probleem van de oorsprong van de openbare overheid aan de sociologen en de politologen overlaten, en het als een door de ervaring vast te stellen feit beschouwen, dat vanaf een zekere graad van ontwikkeling in iedere maatschappij een of meer personen aanwezig zijn, die in zekere mate gezag over de overige leden van de groep uitoefenen.

Tussen deze gezagvoerders en de leden van de groep ontstaan een aantal verhoudingen, waarbij elk van beide

partijen zal trachten haar door de materiële omstandigheden en door haar situatie in de groep bepaalde gezichtspunten door te zetten. Welke partij daarin in de grootste mate zal slagen zal afhangen van de wederzijdse machtsverhoudingen. Deze zijn op hun beurt het resultaat van de wijze waarop de openbare overheid tot stand gekomen is en zich heeft ontwikkeld. Zo zal een overheid die zich b.v. van buitenuit door verovering heeft gevestigd, aanvankelijk met meer doortastendheid optreden tegenover de leden van de groep, dan een overheid die in de schoot van de groep zelf, b.v. door verkiezing, tot stand is gekomen.

Eén zaak staat echter vast: opdat de verhouding overheid-maatschappij een zekere graad van bestendigheid kan verwerven, moeten beide een synergie vormen, hetgeen een minimum aan gemeenschappelijke belangen veronderstelt. Bij gebrek hieraan zijn immers nog maar twee andere mogelijkheden open: wederzijdse onverschilligheid in het beste geval; chaos ten gevolge van pogingen tot wederzijdse vernietiging in het slechtste. De gemeenschappelijke belangen kunnen zeer primair, zeer weinig gearticuleerd zijn: de eenvoudige bekommernis om te overleven temidden van een vijandige omgeving b.v. is voldoende om een synergie die leidt tot een verdeling van taken en tot het ontstaan van wederzijdse verplichtingen tot stand te brengen. Een veelvuldig voorkomend type bij de primitieve gemeenschappen houdt b.v. in dat de dragers van het openbaar gezag de maatschappij vertegenwoordigen en beschermen tegenover de buitenwereld (dat ze wellicht uitsluitend aldus handelen om hun eigen machtsbasis te handhaven doet weinig ter zake), en dat de leden van de maatschappij in ruil hiervoor bepaalde verplichtingen aangaan: de innerlijke vrede bewaren als noodzakelijke voorwaarde voor een gesloten optreden tegenover de buitenwereld, de gezagdragers te onderhouden en ze de nodige middelen te verschaffen voor hun actie naar buiten uit.

Nu is dit niet noodzakelijk een idyllisch tafereel, dat aan een «contrat social» à la Rousseau zou doen terugdenken. Het is best mogelijk, en zelfs waarschijnlijk, dat hierbij door de gezagdragers zekere vormen van fysieke of morele dwang tegenover de leden van de groep worden uitgeoefend. Dit betekent evenwel niet dat elke consensus van de groep voor het vervullen van de van zijn leden verwachte prestaties ontbreekt. Inderdaad, in de primitieve maatschappijen zijn de materiële middelen om fysieke dwang uit te oefenen vrij beperkt (in elk geval veel beperkter dan in een moderne staat, die daarom nog niet totalitair hoeft te zijn), zodat veelal een beroep zal worden gedaan op morele dwangmiddelen⁵¹. Welnu, deze houden in dat aan bovennatuurlijke krachten wordt geloofd, en een dergelijk geloof is wel geschikt om een gevoel van saamenhorigheid tussen de leden van de groep en de gezagdragers te doen ontstaan: dezen gaan immers zelf ook geloven in de mythes die ze zelf in het leven hebben geroepen of waarvan zij zich het bestaan ten nutte hebben gemaakt. Deze saamenhorigheid heeft tot gevolg dat de leden van de groep doen wat van hen verwacht wordt, omdat ze dit als een kleiner euvel aanvaarden dan de gevolgen van een opstand tegen de overheid, en ook omdat uit die gehoorzaamheid

⁴⁷ Cf. infra, het recht als bevrijding.

⁴⁸ J. BODIN, *Six livres de la République*, 1576.

⁴⁹ G. BURDEAU, *L'Etat*, Parijs, Seuil, 1970, blz. 42-50.

⁵⁰ A. PASSERIN D'ENTREVES, *La notion de l'Etat*, Sirey, 1969, blz. 93-101.

⁵¹ B.v. bij de Galliërs; zie J. CAESAR, *De bello gallico*, VI, 13.

een aanspraak op een beschermd bestaan voortvloeit⁵². Op dit punt ontstaat bijgevolg een convergentie van belangen tussen de groep en de overheid, waarop het voortbestaan van de groep gegrond is.

Een streven dat voor de dragers van het openbaar gezag van primair belang is, zowel om zichzelf als de groep in hun onderlinge verhoudingen en tegenover de buitenwereld te handhaven, bestaat erin te zorgen dat de innerlijke samenhang van de groep verzekerd blijft. Om dit doel te bereiken zal de openbare overheid zich derhalve inspannen om onderlinge twisten tussen leden van de groep te vermijden of om, zo nodig, te trachten dergelijke twisten vreedzaam te beslechten. De middelen die daartoe in het werk gesteld worden, zijn de volgende: 1° *het verbod van eigenrichting*, d.i. het opleggen van een algemeen verbod om eigenmachtig zijn zienswijze naar aanleiding van onderlinge betwistingen, desnoods met geweld, op te dringen; 2° *het bekrachtigen en voor zijn rekening nemen van de sociale afkeuring of sanctie*, die aan het niet-naleven van bepaalde gewoonten verbonden is; 3° *het inrichten van werkwijzen en/of organen om de geschillen in de groep bij te leggen*.

Dergelijke maatregelen (verbod van eigenrichting, bekrachtigen van gewoonten in verband met het bijleggen van geschillen, het scheppen van primitieve rechtbanken) vinden we b.v. terug in het *edict van de Koning der Longobarden Rotharius* van 643 en in de *Salische Wet*⁵³. De bekrachtiging van de gewoonten is het verschijnsel dat Hart⁵⁴ de *erkenningssregels* («rule of recognition») noemt. Vanzelfsprekend kan deze «erkenning» verschillende vormen aannemen. In bovengenoemde gevallen geschiedt ze in de vorm van een tekst, waarschijnlijk ten gevolge van het in contact treden van de betrokken barbaarse stammen met de Gallo-Romeinse beschaving. In een nog primitiever stadium kan ze voortvloeien uit de loutere toepassing van de sanctie (wereldlijk of geestelijk) door de (wereldlijke, geestelijke of gemengde) overheid, of besloten liggen in een door de maatschappij en de overheid als bindend ervaren ceremonieel⁵⁵. In meer ontwikkelde maatschappijen kan ze allerlei complexe vormen aannemen⁵⁶.

d) Ontwikkeling van een rechtsstelsel uit dit primaire schema

Uit bovenvermeld primitief schema ontstaat vanzelfsprekend slechts een primitief en zeer onvolmaakt rechtsstelsel. Niettemin liggen alle wegen, waarlangs het recht zich in de toekomst zal ontwikkelen, in de kiem erin besloten. Het verbod van eigenrichting, het bestaan (uitdrukkelijk of impliciet) van een erkenningsregel, het instellen van rechtsprekende organen vormen inderdaad de fundamentele bouwstenen van elke rechtsorde. Ze zijn de uitdrukking van het bewustzijn, dat voor een vreedzame

ontwikkeling van de samenleving een minimum aan orde noodzakelijk is.

Het verbod van eigenrichting is de primaire regel, waarbij gesteld wordt dat het bestendig op elkaar inwerken van de verschillende maatschappelijke krachten, wil het niet uitmonden in een algemene chaos, zich in het belang van alle betrokkenen zelf moet afspelen binnen de grenzen van bepaalde spelregels. Het ligt ten grondslag aan alle andere dergelijke spelregels, die niet in de eerste plaats gericht zijn op het met elkaar in overeenstemming brengen van de door de leden van de maatschappij nagestreefde doelstellingen, maar op het scheppen en het handhaven van de daartoe onontbeerlijke voorafgaande voorwaarde, nl. het bestaan van een daadwerkelijke rechtsorde. Door het aanvaarden van een erkenningsregel en het instellen van rechtsprekende organen wordt de mogelijkheid geschapen te weten van welke regels het bindend karakter door de overheid gewaarborgd wordt, en geschillen betreffende de materies, waarop deze regels betrekking hebben, door vertegenwoordigers van de overheid te laten beslechten.

Oorspronkelijk omvat de rechtssfeer uitsluitend de handelingen, die de cohesie van de groep op ernstige wijze in gevaar kunnen brengen: doodslag, zware verwondingen, diefstal, en zo meer. Deze handelingen zelf worden niet noodzakelijkerwijze rechtstreeks verboden⁵⁶, wel verbodt de overheid eigenrichting in verband met de veten, die eruit ontstonden, en bekrachtigde⁵⁷ of schiep regels en tarieven om de «compositie» tussen de betrokken partijen te vergemakkelijken. De verplichtingen tussen de leden van de groep en de dragers van de openbare macht worden eveneens op een of andere wijze vastgelegd. Zowel wat de eerste soort regels (rechtstreeks of onrechtstreeks verbod van «onrechtmatige» handelingen) als wat de tweede soort regels betreft (verplichtingen t.o.v. de overheid) hebben we te doen met rechtsnormen, die een verbintenis inhouden. Ten grondslag aan dergelijke regels liggen maatschappelijke verhoudingen, gekenmerkt door wederzijdse belangen, die tegen elkaar afgewogen moeten worden. Elk der betrokken partijen zal haar opvatting hebben betreffende de wijze waarop deze afweging moet geschieden, d.w.z. betreffende de oplossing waardoor in haar ogen een rechtvaardig evenwicht wordt bereikt tussen het offer, dat het vervullen van de verbintenis voor haar inhoudt, en de tegenprestatie, die ze in ruil hiervoor van de tegenpartij mag verwachten. Deze voorstelling van hetgeen rechtvaardig is (aanvankelijk weinig gearticuleerd, later geabstraheerd en gestructureerd tot volledige ideologieën) wordt bepaald door de uit de maatschappelijke werkelijkheid gegroeide verhoudingen. De verwezenlijking ervan hangt echter af van de bestaande machtsverhoudingen: in geschillen tussen de leden van de groep onderling van de mate waarin de openbare overheid eigenrichting vermag te verbieden, en, laten we het ons niet ontveinzen, vaak ook van de invloed die elk der partijen, of de maatschappelijke groep waartoe ze behoort, op de openbare overheid vermag uit te oefenen; in geschillen tussen de leden van de groep enerzijds en de overheid anderzijds van de wederzijdse machtsverhouding zowel tussen de overheid en de

⁵² Deze wederzijdse aanspraken van de overheid en de leden van de groep zijn de eerste subjectieve rechten.

⁵³ KROESCHEL, *op. cit.*, I, blz. 35, 43.

⁵⁴ H.L.A. HART, *Le concept du droit*, Brussel, 1976, blz. 119 e.v.

⁵⁵ SEAGLE, *op. cit.*, I, blz. 54, 60.

⁵⁶ Dit stelt het probleem van het juridisch monisme of pluralisme: zie LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, blz. 25-26.

⁵⁶ Dit is wel het geval in de proloog van de Lex Salica; zie KROESCHEL, *op. cit.*, I, blz. 35.

⁵⁷ KROESCHEL, *op. cit.*, I, blz. 43-44.

maatschappij in haar geheel als tussen de overheid en de verschillende maatschappelijke groepen, b.v. wat de verdeling van de prestaties tussen de verschillende maatschappelijke groepen betreft.

Hart noemt de normen die verbintenissen inhouden, *primaire rechtsregels*⁵⁸. Ze beantwoorden eveneens aan hetgeen Radbruch als een van de bestanddelen (en tegelijkertijd antinomieën) van de rechtsidee beschouwt, nl. de gerechtigheid⁵⁹. Deze idee is formeel absoluut, in de zin van het evenredigheidsbeginsel zoals omschreven door Kranenburg⁶⁰, maar concreet uit zij zich in het bewustzijn van de mensen steeds in functie van de omstandigheden, waarin deze zich bevinden⁶¹.

De maatschappelijke gewoonten, die niet tot de twee hierboven vermelde categorieën behoren (handelingen die de cohesie van de maatschappij ernstig in gevaar brengen, verplichtingen van de maatschappij t.o.v. de overheid), blijven vooreerst buiten de rechtssfeer. Geleidelijk worden echter andere maatschappelijke verhoudingen voorwerp van rechtsnormen; de overheid die erin geslaagd is de eigenrichting te verbieden en aan de leden van de groep zekere verplichtingen op te leggen, zal zich, als haar gezag stevig genoeg gevestigd is, ertoe geneigd voelen haar ordenend optreden tot andere gebieden uit te breiden; de leden van de maatschappij hunnerzijds zien vlug in, welke voordelen voortvloeden uit de erkenning van de gewoonten door de overheid en de daaruit ontstane mogelijkheid om geschillen aan de overheid ter beslechting voor te leggen. Zo ontstaan niet alleen de normen, waarover we reeds hebben gesproken, maar ook normen, waarbij de wederzijdse verplichtingen inzake andere maatschappelijke verhoudingen geregeld worden (verdere «primaire rechtsregels» in de zin van Hart), en normen, waarbij vastgesteld wordt welke gevolgen aan bepaalde handelingen verbonden zijn, of welke handelingen dienen te worden verricht om bepaalde gevolgen tot stand te brengen. Ook de spelregels die de verhoudingen tussen maatschappij en overheid regelen, worden verder uitgebouwd. De twee laatste categorieën noemt Hart *secundaire regels* (de normen die het de leden van de groep mogelijk maken hun oorspronkelijke situatie t.o.v. de primaire regels te wijzigen door b.v. zelf verbintenissen te scheppen door contracten, testamenten en dgl.; de *rules of change*, die bepalen hoe nieuwe primaire regels kunnen worden geschapen of bestaande opgeheven; de *rules of adjudication*, die de beslechting van de geschillen beheersen, enz.⁶²). Deze secundaire regels beantwoorden aan het tweede bestanddeel dat Radbruch aan de rechtsidee toeschrijft: het stre-

ven naar rechtszekerheid⁶³. Zoals de primaire regels ontstaan ze hetzij uit de «erkende» maatschappelijke gewoonte, hetzij op initiatief van de openbare overheid: het verbod van eigenrichting is immers niet alleen de eerste zuivere secundaire, ordenende norm; er ligt bovendien de uiterst vruchtbare gedachte in besloten, dat een rechtsnorm niet alleen de bekrachtiging kan zijn van een bestaande maatschappelijke gewoonte, maar dat hij ook *rechtstreeks* van de openbare overheid kan uitgaan, in de vorm van een voorschrift of een verbod.

Deze gedachte zal in meer ontwikkelde maatschappijen worden aangewend om regelingen te scheppen op onverschillig welk gebied van het maatschappelijk leven⁶⁴. De graad van wederzijdse beïnvloeding die hierbij plaats heeft tussen de zich spontaan ontwikkelende maatschappelijke gewoonten en de van overheidswege opgelegde rechtsregels, zal afhangen van de bestaande machtsverhoudingen tussen de verschillende maatschappelijke groepen en de overheid. Meer en meer zal deze wederzijdse inwerking eveneens gaan verlopen krachtens bepaalde spelregels, die op dezelfde wijze als de andere rechtsregels tot stand komen (erkende gewoonte of wet), en in het kader van bepaalde instellingen, waarin de betrokken partijen elkaar ontmoeten. De verschillende bij dit politieke spel betrokken partijen zullen hun aanspraken steeds meer gaan grondvesten op ideologieën, d.i. op gedachtenstructuren, waarmee ze pogen hun werkelijke of vermeende belangen te rechtvaardigen (zowel tegenover zichzelf als tegenover de anderen), door ze voor te stellen als de uitdrukking van bepaalde abstracte beginselen, die bij voorkeur aan on tastbare, experimenteel oncontroleerbare, absolute categorieën worden vastgeknoopt, zoals de Godheid, de Rede, de Wetenschap, enz...

De ontwikkeling van het recht wordt voorzeker in sterke mate in de hand gewerkt door de oprichting van «rechtsprekende» organen. Door geschillen op te lossen op grond van de gewoonte dragen deze ertoe bij de gewoonte, die aanvankelijk slechts een diffuus, latent bestaan leidt, in de vorm van meer en meer abstracte normen te formuleren. Zodra deze activiteit echter een graad van complexiteit heeft bereikt dat ze niet meer zonder speciale voorbereiding en opleiding kan worden uitgeoefend, ontstaat geleidelijk een stand van beroepsjuristen. Deze streven ernaar — typisch voorbeeld van een autonoom wordend bestanddeel van de maatschappelijke bovenbouw — om van het recht een samenhangend, de menselijke zin voor logische opbouw bevredigend geheel te maken. Bovendien hebben zij er als professionele groep belang bij hun bedrijf voor anderen ondoorzichtig en ontoegankelijk te maken⁶⁵. Op die wijze zorgen ze ervoor, dat het recht een steeds hogere graad van technische volmaaktheid bereikt.

Hun werking beperkt zich echter geenszins tot de bestendige verfijning van de rechtsnorm. Meer dan wie ook bewust van de leemten en onvolkomenheden van de inhoud van het systeem waarmee ze werken, dragen ze er door de praktische beoefening van het recht, in zoverre

⁵⁸ HART, *op. cit.*, blz. 103 e.v.

⁵⁹ RADBRUCH, *op. cit.*, blz. 164 e.v.

⁶⁰ R. KRANENBURG, *De grondslagen der rechtswetenschap*, Haarlem, 1946, blz. 16.

⁶¹ *Ibidem*, blz. 17: «Uit het voorgaande volgt ook, dat geen natuurrecht in de zin van een vaststaand systeem van normen, een soort ideaal recht, kan bestaan. De rechtswaardering is een verwerking van daadwerkelijk bestaande verhoudingen door het bewustzijn, en deze verhoudingen veranderen voortdurend; ze worden buitendien in steeds grotere omvang en met steeds grotere exactheid in het bewustzijn opgenomen, gekend. In dit proces van verwerking der stof openbaart zich het ontstaan en de ontwikkeling der rechtswetenschap.»

⁶² HART, *op. cit.*, blz. 119 e.v.

⁶³ RADBRUCH, *op. cit.*, blz. 164 e.v.

⁶⁴ Voor de overgang van gewoonterecht naar wettenrecht, zie men PASSERIN D'ENTRÈVES, *op. cit.*, blz. 114.

⁶⁵ SEAGLE, *op. cit.*, blz. 3.

hun bevoegdheid hun hiertoe de speelruimte biedt, alsmede door hun activiteit op theoretisch vlak schier in onbegrensde mate toe bij, deze leemten te vullen en onvolkomenheden te verhelpen en zo het recht aan de maatschappelijke ontwikkeling aan te passen. Hierbij laten ze zich, bewust of onbewust, leiden door hun persoonlijk temperament, door de ideologie van de sociale groep waartoe ze behoren; zo nodig doen zij een beroep op de technische verwezenlijkingen van hun gelijken uit andere tijden en oorden⁶⁶. Technische verfijning gaat op die wijze gepaard met inhoudelijke evolutie.

De wisselwerking tussen recht en ideologie heeft tot gevolg, dat het recht ten slotte geïdentificeerd wordt met de ontastbare categorieën waarvan het de uitdrukking heet te zijn⁶⁷. Desondanks blijft het recht toch een produkt van de maatschappij, van een wederzijdse beïnvloeding van de maatschappelijke groepen en de politieke overheid, met als grote bemiddelaars en «Geburtshelfer» de juristen, hetzij ze als raadgevers of ambtenaren de politieke overheid ter zijde staan, hetzij ze voor de verschillende maatschappelijke groepen de ideologische en juridische wapens smeden die hun belangen moeten doen zegevieren, hetzij ze, gevoed door de illusie van een onbereikbare onafhankelijkheid of onpartijdigheid, in de stilte van hun werkkamer naar de beste (voor wie?) oplossingen zoeken.

e) Materiële en formele rechtsbronnen — Wisselwerking

De wederzijdse invloed van deze drie grote factoren — maatschappij, openbare overheid, juristen — hangt af van de respectieve speelruimte, waarvan ze in het kader van het bestendig schommelende machtsevenwicht tussen maatschappij en politieke overheid beschikken. De indeling van de rechtsverschijnselen in «formele rechtsbronnen» zoals gewoonte, wet, rechtspraak en rechtsleer verschaft ons hieromtrent weinig uitkomst. Het primaire rechtsverschijnsel is de uit de maatschappij ontsproten gewoonte, maar de rechtscheppende activiteit van de overheid uit zich niet uitsluitend in de vorm van «zuivere» wetgeving. Ten eerste is veel wetgeving immers niets anders dan de bekrachtiging van maatschappelijke gewoonten, en ten tweede ontstaan aan de kant van de overheid ook bestendig gewoonten: grondwettelijke gewoonten, gerechtelijke gewoonten (rechtspraak), administratieve gewoonten, enz.

De wetgeving brengt heden ten dage rechtsnormen voort, die een algemene geldigheid bezitten en tot stand komen dank zij een complexe, geïnstitutionaliseerde procedure. Hierdoor ontstaat de indruk dat de aldus geformuleerde rechtsnormen wezenlijk verschillen van de rechtsgewoonten. Deze indruk is echter misleidend, want de verschillende tussenstadia van de ontwikkeling die leidt van de op primitieve, niet geïnstitutionaliseerde wijze door de overheid bekrachtigde gewoonte en de langs wetgevende weg ontstane rechtswet tonen aan, dat het onderscheid vooral van formele aard is, m.a.w. dat het niet

zoeer in de oorsprong van de norm ligt als in de wijze waarop hij door de overheid wordt bekrachtigd. Wanneer de overheid b.v. door het toekennen van privileges bestaande gewoonten bekrachtigt, gewoonten «homologeert» (eventueel met uitsluiting van de niet met haar doelstellingen overeenstemmende, zgn. «slechte» gewoonten), of wetgeving uitvaardigt op rekwest, blijven de op die wijzen ontstane rechtswetten naar hun oorsprong gewoonterecht of minstens aan de maatschappij ontsproten recht. De ontwikkelingsgang van de common law⁶⁸ toont aan dat een rijp rechtssysteem tot stand kan komen zonder dat alle elementen ervan langs wetgevende weg worden bekrachtigd: de overheid kan er zich even goed toe beperken de «erkenning» op pragmatische wijze te laten plaatshebben door de behandeling van de concrete gevallen door de door haar ingerichte rechtbanken. Is er een beter bewijs te vinden voor de stelling, dat het onderscheid tussen gewoonterecht en wetgeving in vele gevallen meer formeel dan reëel is?

Natuurlijk is het mogelijk langs wetgevende weg rechtswetten te scheppen die niet hun oorsprong vinden in de maatschappij, maar zuivere geboden of verboden van de overheid zijn. Zoals we hebben onderstreept, is het verbod van eigenrichting hiervan het eerste voorbeeld. Deze vorm van rechtsschepping werd vanzelfsprekend bevorderd door de opkomst van de gecentraliseerde staten sedert de late middeleeuwen, en inderdaad nam de wetgevende bedrijvigheid van de vorsten sedert deze periode bestendig toe. Op het eerste gezicht biedt het absolutisme op dit gebied de grootste mogelijkheden, en zou men van de absolutistische heersers de wetgeving mogen verwachten, die in de ruimste mate een eigenmachtige, autoritaire ingreep van de openbare macht in het maatschappelijk leven zou betekenen. Welnu, dit is slechts schijn: de grote ordonnantiën van Lodewijk XIV en Lodewijk XV zijn, als b.v. de *Ordonnance sur le commerce* van Colbert (1673) en de *Ordonnance sur les donations* en de *Ordonnance sur les testaments* van Daguesseau (resp. 1731 en 1735) hoofdzakelijk gegrond op de gewoonte, nl. op de praktijk van de rechtbanken en kamers van koophandel voor de *Ordonnance sur le Commerce* en op de bestaande gewoonterechten en de rechtspraak van de Parlementen voor de vermelde ordonnantiën van Daguesseau⁶⁹. Het lot dat aan de wetgevende hervormingen van Jozef II te beurt viel in de Zuidelijke Nederlanden pleit evenmin voor de doeltreffendheid van rechtsschepping van overheidswege onder miskenning van doelstellingen en opvattingen van de maatschappij.

Na de Franse revolutie nam de wisselwerking tussen maatschappij en openbare overheid op het gebied van de rechtsschepping andere vormen aan, aangezien voortaan de soevereiniteit bij de maatschappij berustte en in de meeste gevallen in werkelijkheid bij de vertegenwoordigende organen of bij de door deze organen verkozen of benoemde colleges. De grondwetten en codificaties waartoe deze nieuwe verhoudingen aanleiding gaven,

⁶⁶ B.v. de receptie van het Romeins Recht in West- en Centraal Europa vanaf de 12e eeuw, de invloed van het kerkelijk op het wereldlijk recht.

⁶⁷ Cf. GOETHE, *Faust*: «Am Ende hängen wir doch ab von Kreaturen, die wir machen.»

⁶⁸ Zie o.m. VAN CAENEGEM, *op. cit.* en A.K.R. KIRALFY, *Potter's Historical Introduction to English Law*, 4th edition, Londen, Sweet & Maxwell, 1958.

⁶⁹ P.C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Parijs, Dalloz, 1970, blz. 300.

wekken opnieuw de indruk van een overheersing van de wetgeving tegenover de gewoonte, ditmaal in het kader van een hiërarchie van rechtsnormen waarin de gewoonte nog slechts een te verwaarlozen rol zou spelen.

De werkelijkheid ziet er echter heel anders uit: naarmate het politiek en economisch democratiseringsproces voortschrijdt, is het voor de wetgever steeds moeilijker om rechtsnormen te scheppen, die niet overeenstemmen met de maatschappelijke ontwikkeling en met de opvattingen van woordvoerders van de verschillende belangengroepen. Meer en meer is de wetgeving het resultaat van een «concertatie»: vaak worden zelfs door de maatschappelijke groepen onderling overeengekomen regelingen zonder meer door de overheid bekrachtigd, b.v. overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers.

f) *Het recht als instrument*

De rechtsnorm streeft altijd een doel na: Radbruch ziet in de «Zweckmässigkeit» naast de gerechtigheid en de rechtszekerheid een derde bestanddeel van het rechtsbegrip. In zijn ogen zijn de twee eerste begrippen absoluut, het derde echter betrekkelijk, en afhankelijk van verschillende rechts-, staats- en partijopvattingen⁷⁰. M.i. mogen deze drie bestanddelen van het recht niet op gelijke voet geplaatst worden. De rechtsnorm is een richtsnoer voor het maatschappelijk leven, en als dusdanig beoogt hij een bepaald doel: de doelmatigheid is bijgevolg inherent aan alle rechtsnormen, en vanzelfsprekend is ze veranderlijk. Het nagestreefde doel is echter tweërlei: ofwel is het de gerechtigheid (primaire rechtsregels), ofwel de rechtszekerheid (secundaire rechtsregels)⁷¹. Indien men de gerechtigheid abstraheert tot het evenredigheidsbeginsel, zoals Kranenburg⁷², kan men wellicht formeel van een absoluut beginsel spreken: de inhoud ervan zal echter steeds afhangen van de materiële omstandigheden en de gegevens van het bewustzijn van de betrokkenen. Ook de rechtszekerheid kan wellicht geabstraheerd worden tot het begrip «orde», maar de inhoud van dit begrip en de wijze waarop het wordt verwezenlijkt, is eveneens veranderlijk. Beide begrippen (gerechtigheid en rechtszekerheid) komen overigens vaak met elkaar in botsing (*summum jus, summa injuria*), en de wijze waarop dergelijke conflicten worden opgelost hangt eveneens af van de maatschappelijke verhoudingen.

Wat er ook van zij, naarmate de daadwerkelijke medezeggenschap van de verschillende maatschappelijke groepen uitbreiding neemt, worden deze zich meer en meer bewust van bovenvermeld instrumentair karakter van het recht. In onze gewesten legt men daarbij vooral de nadruk op de bevrijdende rol van het recht als middel om zekere bevolkingsgroepen uit een ten opzichte van andere groepen minder gunstige toestand te bevrijden. Wanneer prof. M. Storme het in 1975 heeft over «het recht als be-

vrijding»⁷³, verkondigt hij in feite niets nieuws, maar sluit hij aan bij de beroemde spreuk van Lacordaire uit de eerste helft van de 19e eeuw: «Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui libère»⁷⁴. Dat aan bepaalde bevolkingsgroepen hierbij offers worden opgelegd ten gunste van andere, belet niet dat dit in een democratisch stelsel geschiedt met het akkoord van de maatschappij in haar geheel, dat tot uiting komt door een parlementaire meerderheid. De aanwending van het recht als instrument van economische en sociale hervorming sluit derhalve de actieve rol van de maatschappij niet uit, zodat de wetgever ook hier meer dan ooit rekening zal moeten houden met de diepste roerselen van het maatschappelijk leven.

In een autoritair, en zeker in een totalitair stelsel, zal de toestand anders zijn. In het nationaal-socialistische Duitsland werd het recht o.m. aangewend om een politiek gegrond op rassendiscriminatie door te voeren. Ook in de Zuidafrikaanse Republiek is dit het geval. In de Sovjetunie wordt het recht in beginsel eveneens als een instrument gebruikt om de mens te bevrijden door een ideale, communistische maatschappij te verwezenlijken. In werkelijkheid is het een instrument in de handen van een minderheid, die beweert dat ze de belangen van de meerderheid nastreeft, maar niet aarzelt onder dit voorwensel de meerderheid aan een terreurregime te onderwerpen (cf. «dictatuur van het proletariaat», de gedwongen collectivisering van de landbouw, de massadeportatie van hele bevolkingsgroepen, enz.). Het is duidelijk dat we hier het dichtst staan bij wetgeving in de zuivere betekenis van het woord, nl. gebod of verbod van de overheid, waarbij het evenwicht tussen de belangvisie van de overheid en die van de maatschappij zoveel mogelijk geforceerd wordt ten gunste van de overheid, hetgeen mogelijk wordt gemaakt door de onderdrukking van alle met de opvattingen van de overheid strijdige meningen. Het is geen toeval dat in de U.S.S.R. uitsluitend de wet, en meer in het algemeen de «normatieve akten van de staat», als rechtsbron wordt erkend⁷⁵.

In een pluralistisch, democratisch rechtsstelsel is «zuivere» wetgeving vrij zeldzaam, althans in normale omstandigheden. Dit betekent dat, zelfs indien de wet de formele rechtsbron bij uitstek is, de wetgever in de eerste plaats de tolk is van hetgeen leeft in de maatschappij. Zijn taak is het, de wetgeving aan te passen aan de vereisten van de maatschappelijke ontwikkeling. Dit kan geschieden hetzij door het bekrachtigen van uit de maatschappelijke evolutie gegroeide gewoonten⁷⁶, hetzij door maatregelen

⁷³ M. STORME, *Het recht als bevrijding*, Leiden, Univ. Pers., 1975.

⁷⁴ Cf. het contrast met de marxistische opvatting over het verdrukkend karakter van het recht. Zie STOYANOVITCH, *op. cit.*, voetnoot 27 hierboven.

⁷⁵ *Allgemeine Theorie des Staates und des Rechts* (zie voetnoot 21), blz. 436 e.v. en F. GORLÉ, «De rol van het Opperste Gerecht — hof van de U.S.S.R. bij de toepassing van het sovjetrecht», *R.W.*, 1977-78, 209-224.

⁷⁶ Deze gewoonten hoeven niet noodzakelijk van de «basis» uit te gaan: ook de overheid schept nieuw recht of laat recht in onbruik vallen door de door haar gevolgde praktijk. Sedert 1831 werd de Belgische Grondwet niet alleen enkele malen herzien, maar vooral aangevuld door een aanzienlijk aantal gewoonten,

⁷⁰ RADBRUCH, *op. cit.*, blz. 164-165.

⁷¹ Het onderscheid primair - secundair is wellicht wel het resultaat van een zekere schematisering. In werkelijkheid bestaan er gemengde rechtsregels, waarvan bepaalde aspecten de gerechtigheid, en andere de rechtszekerheid tot doel hebben.

⁷² KRANENBURG, *op. cit.* Cf. voetnoot 60.

die erop gericht zijn deze evolutie in een bepaalde richting te stuwten: in beide gevallen is echter een parlementaire meerderheid nodig. De materiële rechtsbronnen zijn bijgevolg de spontaan uit de evoluerende maatschappelijke omstandigheden gegroeide gewoonten, en de opvattingen van de verschillende componenten van de parlementaire meerderheden. Deze ideologieën zijn op hun beurt niets anders dan geabstraheerde belangen, bepaald door de omstandigheden waarin hun dragers zich als maatschappelijke groep bevinden. De tendensen tot vernieuwing, die van deze opvattingen uitgaan, komen eveneens vaak tot uiting in de vorm van nieuwe maatschappelijke gewoonten, of door het herhaald aanvoelen van gebreken in het bestaande stelsel, gepaard gaande met eisen tot wijziging.

g) Reactie van het gecodificeerde recht op de tendensen tot vernieuwing

Hierdoor ontstaat een *bestendige spanning tussen het bestaande recht* (gecodificeerde normatieve teksten, algemeen aanvaarde rechtsgewoonten, vaste rechtspraak, heersende opvattingen van de rechtsleer, en dgl.) *en de hierboven beschreven tendensen tot vernieuwing*. Het bestaande stelsel weerspiegelt, 1^o het op een bepaald ogenblik tussen de verschillende betrokken maatschappelijke belangen bereikte evenwicht, en 2^o een gestructureerd geheel, dat door degenen die het aanwenden, als een samenhangend systeem wordt aanvoeld, enerzijds omdat het op een aantal tot dan toe algemeen aanvaarde beginselen is opgebouwd (b.v. privé-eigendom, wilsautonomie), die eveneens maatschappelijke belangen in juridische vorm vastleggen, anderzijds omdat het technisch-formeel een bepaalde graad van volmaaktheid heeft bereikt.

Het gevolg hiervan is, dat van het bestaande stelsel een door complexe motieven ingegeven weerstand uitgaat tegen de tendensen tot vernieuwing, die zich in de maatschappij voordoen. Het ontdekken van de wetmatigheden die zich voordoen in de evolutie van het recht, dient te worden gegrondvest op de studie van de wijze waarop de krachten die de tendensen tot vernieuwing uitdrukking verlenen, in botsing komen met de weerstand die uitgaat van de bestaande systemen, en van de modaliteiten vol-

gens welke deze conflicten worden opgelost. Hierbij zullen zich vanzelfsprekend, naargelang tijd en oord, aanzienlijke geschillen voordoen, en het doel van de rechtsgeschiedenis moet juist zijn deze onder één enkele noemer te brengen. Een poging om de spanning tussen de tendensen tot vernieuwing en het bestaande stelsel in een maatschappij als de onze te beschrijven kan bijgevolg niet zonder meer veralgemeend worden: hoogstens kan ze gelden als een arbeidshypothese, en het is dan ook onder dit voorbehoud dat wij ze hier formuleren.

Fundamenteel zijn twee hypothesen mogelijk: ofwel is de tendens tot vernieuwing niet in strijd met het bestaande stelsel en kan het daarin gemakkelijk opgenomen worden, hoogstens ten koste van een opnieuw met elkaar in evenwicht brengen van de verschillende betrokken belangen, ofwel is het er wel strijdig mee. Deze twee mogelijkheden vormen geen volmaakt alternatief: er zijn graden in de tegenstelling tussen het nieuwe en het bestaande, en onderscheid dient gemaakt tussen het bestaande stelsel als evenwicht van belangen en als formeel-technische structuur.

In het eerste geval, maken de tendensen tot vernieuwing een goede kans om zich door te zetten

— hetzij dat ze geduld worden, zonder nochtans formeel bekrachtigd te worden. Dit kan verschillende oorzaken hebben: de betrokken belangen zijn niet aanzienlijk; de overheid neemt een afwachtende houding aan, of vindt het niet opportuun om richtinggevend op te treden, b.v. omdat ze de voorkeur geeft aan soepelheid, waardoor de vernieuwing nog kan evolueren en de deur voor afwijkingen open blijft;

— hetzij dat ze formeel bekrachtigd worden in een normatieve tekst, b.v. omdat aanzienlijke belangen op het spel staan (en dan ook aanzienlijke belangengroepen erop aandringen), zodat de noodzakelijkheid van een eenvoudige oplossing met bindend karakter zich doet voelen. Voorbeelden: wetgeving op rekwest tot reglementering en bescherming van een beroepscategorie; reglementeringen op gebied van handel en nijverheid op verzoek van beroeps- of verbruikersverenigingen; bekrachtiging van collectieve arbeidsovereenkomsten; invoering van standaardcontracten.

In het tweede geval hangt alles af van de weerstand die van het bestaande stelsel uitgaat:

— Indien de tendens tot vernieuwing in strijd is met een norm, die geen noemenswaardige openbare of privé belangen raakt, of door de maatschappelijke evolutie voorbijgestreefd is, kan deze norm in onbruik vallen (cf. het voorbeeld van de artt. 55 en 77 B.W.), of ingetrokken worden.

— Indien de tendens tot vernieuwing in strijd is met een norm die aanzienlijke openbare of privé belangen raakt, of in verband staat met de algemene beginselen waarop het bestaande stelsel is opgebouwd, zal de tendens tot vernieuwing aanleiding geven tot een politieke strijd met als inzet het voortbestaan, de wijziging of de intrekking van de bestaande norm. Voorbeelden: het coalitieverbod in de artt. 414-415 van ons Strafwet van vóór 1867⁷⁷, de huidige discussies in verband met de artt. 348 e.v. van het huidige Strafwetboek betreffende de vruchtafdriving, enz.

⁷⁷ T. LUYKX, *Politieke geschiedenis van België van 1789 tot heden*, Amsterdam-Brussel, 1973, blz. 142-143.

die van het staatsrecht een mengsel van grondwettelijk recht «*stricto sensu*» en van «*constitutioneel gewoonterecht*» maken. Vóór de wet van 9 juni 1964 over uitstel, opschorting en probatie werd het «*probation-stelsel*» in het strafrecht reeds op officieuze, ongeorganiseerde, «*praetoriaanse*» manier door de parketten toegepast. Deze kunnen een strafbepaling praktisch tot dode letter maken door stelselmatig geen vervolgingen in te stellen (cf. in Nederland t.o.v. abortus). Een zich veralgemenende nieuwe rechtspraak is eveneens een soort overheidsgewoonte waardoor het bestaande recht in een bepaalde zin wordt uitgelegd. Door deze «*interpretatie*» worden de tot dan toe geldende normen zodanig aangepast of «*omgebogen*», dat van nieuw recht kan worden gesproken (b.v. de jurisprudentiële leer van het rechtsmisbruik).

Ook de bestuurlijke overheid houdt er gewoonten op na, die recht scheppen of in onbruik doen vallen: door zich b.v. tevreden te stellen met een geneeskundig attest in de plaats van zich de pasgeborene te laten vertonen of zich bij de overledene te begeven hebben de ambtenaren van burgerlijke stand de artt. 55 en 77 van het Burgerlijk Wetboek in feite afgeschaft.

Deze politieke strijd kan alle vormen aannemen, gaande van de vreedzame parlementaire procedure met tussenkomst van de openbare mening binnen de perken van de wettelijkheid, tot onregelmatigheden, burgeroorlog en revolutie, naargelang de omstandigheden en de intensiteit van de op het spel staande belangen.

— Indien de tendens tot vernieuwing in hoofdzaak stuit op formeel-technische bezwaren uit hoofde van de structuur van het tot nog toe geldend systeem, zal de oplossing doorgaans geleverd worden dank zij de verbeeldingskracht van de juristen, door het scheppen van rechtsficties, het opbouwen van jurisprudentiële constructies, het ombuigen van de bestaande norm door middel van interpretatie, enz...

h) Beslissende rol van de juristen

Dit laatste is slechts één van de voorbeelden van de beslissende rol van de juristen in die strijd tussen oud en nieuw, welke ook de hoedanigheid zij waarin zij optreden: als advocaat, rechter, notaris, hoogleraar, ambtenaar, bedrijfsjurist, enz... In de handen van de jurist lopen alle draden samen van het netwerk van maatschappelijke krachten, die in het spanningsveld tussen tendens tot vernieuwing en bestaand stelsel een rol spelen: het positieve gecodificeerde recht, de op het bewuste gebied geldende praktijk, en, last but not least, de op behoud of vernieuwing gerichte hetzij concrete, hetzij tot ideologieën geabstraheerde belangen van zijn opdrachtgevers. Bovendien is hij ook een mens met eigen opvattingen en idealen.

Aan de hand van alle opgesomde elementen treft hij beslissingen die inderdaad, zoals prof. W. Van Gerven het uitdrukt, *beleid* vormen in de brede betekenis van deze term, d.w.z. een keuze tussen verschillende mogelijke oplossingen waardoor een regulerende invloed op het maatschappelijk leven wordt uitgeoefend⁷⁸. Door deze bedrijvigheid treedt de jurist op als «Geburtshelfer» bij het ontstaan van nieuw recht, telkens als zijn beslissing de grenzen van het bestaand systeem overschrijdt. Naargelang hij in dienst van de maatschappij of van de overheid staat (of op het punt waar beide elkaar ontmoeten, zoals de notaris en de burgerlijke rechter), zal hij juridisch vormgever zijn van nieuwe maatschappelijke of overheidsgewoonten. In de mate waarin hij zich niet beperkt tot het behandelen van individuele gevallen maar zijn bedrijvigheid er tevens op richt uit alle rechtsverschijnselen een samenhangend geheel op te bouwen, ligt de jurist tevens ten grondslag aan de vorming van rechtssystemen.

Niet elke beslissing die een vernieuwing inhoudt, werkt op zichzelf rechtsscheppend. Net als voor iedere andere maatschappelijke gewoonte geldt ook hier als bijkomende voorwaarde de herhaling. Eén geïsoleerde beslissing van een ambtenaar, één enkel vonnis of arrest waarbij van de tot dan toe begane paden wordt afgeweken, beroert het systeem als geheel niet in het minst. Ook op dit gebied ontstaat de gewoonte uit de regelmatige herhaling, waardoor een consensus van de maatschappij tot uiting komt: ieder afzonderlijk vonnis of arrest schept geen nieuw recht, maar een «heersende rechtspraak», die door vele

hoven en rechtbanken wordt toegepast en door de hoogste gerechtelijke instanties wordt bekrachtigd, vormt hetgeen men zou kunnen noemen de «gerechtelijke gewoonte». De technieken, die hierbij worden aangewend, zijn bijkomstig⁷⁹: hoofdzaak is de vaststelling dat de herhaling, die het bewijs levert zowel van de maatschappelijke consensus als van de maatschappelijke nood waaraan de vernieuwing beantwoordt, de maatstaf vormt om de vernieuwing als rechtsgewoonte te kenmerken.

Hierdoor wordt onze aandacht gevestigd op het belang van het kwantitatief aspect. De studie van de rechtsverschijnselen in hun chronologisch verloop moet derhalve, wil zij geen loutere beschrijving van achtereenvolgende, statische toestanden zijn, gegrondvest worden op een methode, waarin dit kwantitatief aspect wordt ingebouwd.

i) Verhouding bestaand recht - levend recht

Deze methode zou erin kunnen bestaan de gebruikelijke begrippen omtrent de formele rechtsbronnen ter zijde te stellen en slechts met *twee* door de ervaring waar te nemen *complexen van verschijnselen* rekening te houden:

1^o *het bestaande rechtssysteem*, dat de gecodificeerde normatieve teksten, de algemeen aanvaarde rechtsgewoonten, de vaste rechtspraak, de heersende opvattingen van de rechtsleer omvat;

2^o *het recht in wording*, dat alle nog niet in het systeem opgenomen maatschappelijke en overheidsgewoonten omvat, die gezien moeten worden in het licht van de onderliggende maatschappelijke werkelijkheid, zowel in haar materiële als in haar ideologische aspecten.

Een bijzondere plaats komt toe aan de gewoonte van de hoven en rechtbanken. Deze vormen het ontmoetingspunt tussen het bestaande rechtssysteem en het recht in wording: ofwel nemen zij dit laatste in het bestaande systeem op, eventueel door middel van technische kunstgrepen, indien het met het systeem verenigbaar is; ofwel verklaren ze het impliciet of expliciet onverenigbaar met het bestaande systeem en verwijzen op die manier de hele aanlegenschap naar andere instanties.

Het komt ons voor dat tussen deze beide polen van de rechtsontwikkeling, die we met Van den Brink de *law in the books* enerzijds, de *law in action* anderzijds kunnen noemen⁸⁰, een verhouding bestaat, die in sommige opzichten te vergelijken is met het door de moderne linguïstiek uitgewerkte onderscheid tussen *taal* (langue) en *spraak* (parole)⁸¹. Daarbij is de taal het globaal systeem dat als uitdrukkings- en communicatiemiddel dienst doet in een bepaalde gemeenschap, terwijl de spraak het gebruik is dat elk lid van de gemeenschap van dit stelsel maakt. Zoals de «law in the books» is de taal heden ten dage een taal «in the books», want er worden bestendig pogingen aangewend om ze te codificeren in woordenboeken, grammatica's en dgl., die ernaar streven *alle* in de taal

⁷⁹ Cf. VAN GERVEN, *op. cit.*, en G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, 1972.

⁸⁰ VAN DEN BRINK, *op. cit.*, blz. 10-14.

⁸¹ F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Parijs, Payot, 5e ed. 1962, blz. 112, 138; M. VON WARTBURG, *Problèmes et méthodes de la linguistique*, Parijs, P.U.F., 1963, blz. 211-217.

⁷⁸ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen-Zwolle, 1973.

bevatte mogelijkheden te voorzien. De spraak is met de «law in action» te vergelijken omdat zij ook slechts de *gerealiseerde* mogelijkheden omvat, die bovendien in kleinere of grotere mate kunnen afwijken van de mogelijkheden voorzien in het systeem «in the books». Juist deze afwijkingen bepalen de evolutie: in onbruik geraakte mogelijkheden sterven af en zijn gedoemd om uit het systeem te verdwijnen, en door de praktijk komen nieuwe mogelijkheden tot stand, waarvan sommige, naargelang de omstandigheden, vroeg of laat in het systeem zullen worden opgenomen.

De vergelijking van de linguïstische met de juridische verschijnselen is niet zo buitenissig als op het eerste gezicht moge lijken. Taal en recht zijn beide essentieel maatschappelijke verschijnselen. Onverschillig welke verhouding tussen de leden van de maatschappelijke groep veronderstelt in de eerste plaats de mogelijkheid tot communicatie, die geboden wordt door de taal als het aan de groep eigen systeem van conventionele tekens. Om de rechtsnormen, die uiteraard een zekere graad van veralgemening bezitten, te formuleren, zijn we aangewezen op algemene begrippen, die eveneens moeten worden geput uit de schatkamer van de taal. Deze algemene begrippen zijn allemaal tot op zekere hoogte onnauwkeurig, d.w.z. er bestaan altijd een reeks concrete gevallen of toestanden waarvan niet met evidente zekerheid kan worden gezegd of ze binnen het semantisch bereik van het begrip vallen. Dat is hetgeen Hart de *open texture* van de taal noemt⁸². Deze «open texture» heeft een weerslag op de rechtsnormen, die, in de mate waarin zij met behulp van algemene begrippen geformuleerd zijn, eveneens een «open texture» vertonen, zodat zich steeds concrete gevallen en toestanden zullen voordoen, waarbij de vraag zal rijzen of ze wel binnen het toepassingsgebied van de norm vallen. De rechtsnormen zijn dus in hoge mate afhankelijk van hun linguïstische formulering.

Zowel taal als recht zijn gegrond op de consensus van de maatschappij. In primitieve maatschappijen berust deze op louter gewoonte, maar in een meer ontwikkeld stadium, en in het bijzonder zodra het geschrift wordt geschapen, ontstaat er voor de taal ook zoiets als een «rule of recognition» die leidt tot codificatie van wat als de «normen» van de taal wordt beschouwd. Deze codificatie is echter het werk van de gemeenschap zelf, en in veel mindere mate dan voor het recht de vrucht van de tussenkomst van de overheid⁸³. Dit is het gevolg van de verschillende functie van taal en recht in de gemeenschap. Aangezien alle maatschappelijke verhoudingen het voorwerp van rechtsnormen kunnen vormen, kan de openbare overheid er belang bij hebben invloed te nemen op de vorming en de inhoud van elke rechtsnorm afzonderlijk. De taal is echter vooral een communicatiemiddel, bestaande uit in ruime mate arbitraire elementen⁸⁴, zodat de

overheid in beginsel slechts belang heeft bij haar doeltreffendheid als systeem in zijn geheel. Daar de doeltreffendheid van de taal in rechtstreeks verband staat tot haar eenheid beperkt de richtinggevende invloed van de overheid op taalgebied zich meestal tot het opleggen of aanmoedigen van die eenheid, hetzij door het verplicht maken van één officiële taal, hetzij door maatregelen om de eenheid van de taal te waarborgen (verplichte spellingswijze, instellingen die over de taalzuiverheid waken zoals de Académie française, enz.). De gevallen waarin de overheid rechtstreeks ingrijpt tegenover afzonderlijke elementen van de taal zijn zeer uitzonderlijk, en meestal gaat het hierbij om het gebruik dat ervan gemaakt wordt, en om redenen die vreemd zijn aan de taal als zodanig: b.v. het in diskrediet brengen van de term «Mijnheer» tijdens de Franse en de Russische revolutie.

Op één punt gaat de vergelijking tussen taal en recht in ieder geval op: de evolutie van het gecodificeerd aspect («taal», «law in the books») door de inwerking van het levend aspect («spraak», «law in action») van de betrokken verschijnselen, dank zij de frequentie van de vernieuwingen. Deze wordt in het recht natuurlijk door andere factoren bepaald dan in de taal (ofschoon er ook punten van overeenkomst zijn, zoals mode, vreemde invloeden, enz.). De studie van de ontwikkeling van het recht stelt vanzelfsprekend voorop dat wordt vastgesteld welke maatschappelijke factoren deze ontwikkeling bepalen en op welke wijze en in welke mate zij hun invloed laten gelden. Het probleem van de «omslag»⁸⁵ blijft daarom zijn belang bewaren om de in de geschiedenis onontbeerlijke chronologische maatstaf met nauwkeurigheid te hanteren^{86,87}.

5. Methodologie van de rechtsgeschiedenis

Uit de sociologische opvatting betreffende oorsprong en ontwikkeling van het recht, die we als werkhypothese

Gesellschaftliche Funktion der Wahrnehmung, Frankfurt a.M. 1973, en A. LORENZER «Zur Konstitution von Bedeutung im primären Sozialisationsprozess», in M. SCHECKER, *Methodologie der Sprachwissenschaft*, Hamburg, 1976.

⁸⁵ VAN DEN BRINK, *op. cit.*, blz. 5.

⁸⁶ In mijn studie over «het bewijs in rechte in het oud-Russisch recht» (cf. F. GORLÉ, «La preuve judiciaire dans l'ancien droit russe», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1977, 67-94) heb ik aangetoond dat een dergelijke studie eigenlijk maar volledig zou hebben kunnen zijn indien ik op grond van statistische gegevens een beeld had kunnen schetsen van de betrekkelijke frequentie van de verschillende bewijsmiddelen in de rechtspraktijk. Ik had inderdaad kunnen vaststellen dat de normatieve bronnen bepaalde bewijsmiddelen nog vermelden ofschoon zij in de praktijk nagenoeg niet meer voorkwamen, terwijl anderzijds uit de rechtspraak bleek dat andere bewijsmiddelen in de praktijk reeds werden toegepast ofschoon ze nog niet in de normatieve bronnen waren vermeld of daarin slechts voorkwamen met een beperkter toepassingsgebied dan in de praktijk het geval was. Dergelijke problemen zijn slechts op te lossen met behulp van de statistiek. Op het belang van dit probleem werd reeds gewezen tijdens de «Journées d'Histoire du Droit» te Bari (26-29 mei 1975) door Mlle AUZARY in haar mededeling «L'emploi de l'informatique en histoire du droit».

⁸⁷ Interessante beschouwingen betreffende de mogelijke bijdrage van de linguïstiek tot de studie van het recht zijn eveneens te vinden in L. RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, Gembloux, Duculot, 1975, blz. 73-95.

⁸² HART, *op. cit.*, blz. 155 e.v.

⁸³ Men kan echter niet ontkennen dat de maatschappelijk toonaangevende kringen, die ook het dichtst bij de overheid staan, de grootste rol spelen in het vastleggen van de «normen» van de taal.

⁸⁴ De ontwikkeling van het begrip «betekenis» is een van de essentiële voorwaarden van het primaire socialisatieproces, zonder hetwelk ook van recht geen sprake kan zijn. Zie hierover: H. HOLZKAMP, *Sinnliche Erkenntnis — Historischer Ursprung und*

hebben uitgewerkt, volgt *welke verschijnselen we moeten bestuderen om het rechtsfenomeen in zijn historisch verloop te vatten*. Deze taak, die ons in beginsel moet leiden tot het afzonderen van de wetmatigheden van de rechtsontwikkeling, omvat de wedersamenstelling van de evolutie van het recht in de tijd en in de ruimte in de vorm van een beschrijving en verklaring van de maatschappelijke verschijnselen die er invloed op uitoefenen, met inachtneming van de wijze waarop ze op elkaar inwerken. Algemeen gezien is dit einddoel vanzelfsprekend een nageoeg onbereikbaar ideaal. Het kan alleen nagestreefd worden door achtereenvolgende fragmenten van de totale werkelijkheid tot het voorwerp van onze studie te maken.

Fragmentering betekent hier: *beperking in de tijd en in de ruimte*. Voor de rechtsgeschiedenis is de fragmentering in de tijd het eigenlijke probleem. Inderdaad, hoe ruimer het geografische kader is, dat we willen bestrijken, hoe meer we ons wat de materie zelf betreft zullen moeten beperken door onze aandacht te concentreren hetzij op specifieke rechtsverschijnselen, hetzij op de algemene kenmerken van de verschillende betrokken rechtssstelsels. Hierdoor verwijderen we ons echter van het geschiedkundig onderzoek als zodanig en komen we meer en meer op het terrein van de historische rechtsvergelijking. Misschien stuiten we daarbij zelfs op een moeilijk te overschrijden limiet, in die zin dat de rechtssstelsels die we in de ruimte zouden willen vergelijken aan zodanig verschillende culturen ontsproten zijn dat ze nauwelijks nog punten van overeenkomst vertonen.

Wat de fragmentering in de tijd betreft komt het ons voor dat de taak van de rechtshistoricus minstens in drie fasen verdeeld moet worden.

De *eerste fase* is vooral beschrijvend. Het recht en de verschillende factoren die het beïnvloeden worden op een bepaald tijdstip, of gedurende een niet al te lange periode bestudeerd en beschreven. Deze beschrijving kan een heel rechtssstelsel tot voorwerp hebben, b.v. het Romeins Recht omstreeks 200 v. Chr., of één of meer bepaalde rechtsinstellingen, b.v. het juridisch statuut van de vrouw in België omstreeks 1900. Ofschoon het in de eerste plaats om beschrijving gaat, kan men deze fase toch niet volledig statisch noemen, want de verschillende rechtsscheppende factoren moeten vanzelfsprekend in hun onderling verband en wederzijdse beïnvloeding worden belicht, en in deze wederzijdse beïnvloeding ligt juist de kiem van de dynamische ontwikkeling verborgen. Deze te achterhalen vormt echter meer bepaald het voorwerp van de tweede fase.

Tijdens de *tweede fase* worden het recht en de factoren die het bepalen op verschillende tijdstippen of gedurende verschillende periodes met elkaar vergeleken, waarbij de dynamiek van de overgang van het vroegere naar het latere stadium aan het licht treedt dank zij de ontleding van de wijze waarop de verschillende rechtsscheppende factoren op elkaar inwerken. Naar aanleiding van deze fase dient in het bijzonder te worden gelet op de tendensen en modaliteiten die in de evolutie van de verschillende vroegere naar de verschillende latere stadia kunnen worden vastgesteld.

De vergelijking van de resultaten van dit onderzoek voor een groot aantal periodes vormt dan de *derde fase*, waarin de gebeurlijke wetmatigheden, d.w.z. de zich herhalende tendensen en modaliteiten van de evolutie van het recht moeten worden afgezonderd en beschreven.

We zullen nu trachten de drie vooropgestelde fasen nader te beschrijven.

Tijdens de *eerste fase* zal een aantal vragen moeten beantwoord worden.

1^o *Op het niveau van de maatschappij*

Is de structuur van de maatschappij homogeen of gedifferentieerd, m.a.w. bestaan er al dan niet verschillende sociale groepen of klassen? Zo ja,

— hoe zijn deze ontstaan (b.v. ten gevolge van de arbeidsverdeling, van de samenleving van autochtone en vreemde bevolkingselementen)?

— welke zijn de verhoudingen tussen de verschillende sociale groepen, zowel kwalitatief als kwantitatief, b.v. als gevolg van hun verhouding t.o.v. de voorhanden zijnde goederen of hun rol in de produktie en de verdeling van goederen en diensten?

— welke gemeenschappelijke en/of strijdige belangen hebben de verschillende sociale groepen?

— komen deze belangen op spontane of op georganiseerde wijze tot uiting? Worden ze rechtstreeks geformuleerd of geven ze aanleiding tot ideologieën?

2^o *Op het niveau van de openbare overheid*

Zijn er in de maatschappij één of meer personen aanwezig, die gezag uitoefenen over de overige leden van de gemeenschap? Zo ja,

— welke is de oorsprong van dit gezag (b.v. verovering, usurpatie, erfelijkheid, verkiezing, enz.)?

— welke zijn de kenmerken van dit gezag (b.v. wereldlijk, geestelijk, gemengd); over welke middelen beschikt het om zich te handhaven en te doen eerbiedigen (b.v. fysieke dwang, morele dwang gegrond op het geloof aan bovennatuurlijke sancties)?

— hebben de gezagvoerders eigen belangen, onderscheiden van die van de leden van de maatschappij? Welke?

3^o *Op het niveau van de verhouding gemeenschap - openbare overheid*

Zijn er belangen, die gemeenschappelijk zijn

— aan de overheid en aan de maatschappij in haar geheel?

— aan de overheid en aan één of meer maatschappelijke groepen?

Zo ja, zijn deze belangen zodanig dat ze aanleiding geven tot gedragspatronen waarbij gepoogd wordt de wederzijdse belangen tegenover elkaar af te wegen? Ontstaan hierdoor bepaalde spelregels, d.w.z. regels die niet rechtstreeks gericht zijn op de verwezenlijking van de belangen van één of meer partijen, maar uitsluitend op het scheppen van een gemeenschappelijke rechtsorde in het raam waarvan de verschillende belangen met elkaar kunnen wedijveren? Omvatten deze spelregels een «erkenningregel», waardoor wordt vastgesteld van welke maatschappelijke normen de overheid het bindend karakter erkent en waarborgt? Worden deze spelregels slechts van tijd tot tijd toegepast of geeft hun bestaan aanleiding tot bepaalde instellingen? Zo ja, hoe zijn deze samengesteld? Hoe functioneren ze? Omvatten deze instellingen rechtsprekende organen? Welke maatschappelijke gewoonten leven in de maatschappij? Hoe en in welke vorm verschijnen de rechtssnormen, m.a.w. hoe functioneert de «erkenningregel»? Welke zijn als gevolg hiervan de formele rechtsbronnen? Wat is hun inhoud? Hoe is deze inhoud te verklaren aan de hand van de overige maatschappelijke factoren?

Zijn er in de maatschappij juristen? Welke rol vervullen ze? Waarin bestaat hun activiteit? Heeft deze slechts een pragmatisch of ook een theoretisch karakter? In het laatste geval: tot welke resultaten leidt hun theoretische activiteit: codificaties, rechtsleer, systematisering en abstrahering eventueel met gebruikmaking van vreemde elementen, het uitwerken van specifieke rechtstechnieken, het formuleren van rechtstheorieën en -filosofieën, enz.?

Vanzelfsprekend is deze opsomming slechts enuntiatief: ofschoon het essentiële voor de rechtsgeschiedenis er m.i. in voorkomt, mag men zich de oneindigheid van het gezichtsveld niet ontveinzen⁸⁸. Twee besluiten schijnen zich alleszins op te dringen:

1^o Het antwoord op een dergelijke reeks vragen, dat ons de basisinformatie moet verschaffen betreffende het recht op een bepaald ogenblik in een bepaalde maatschappij, alsmede een inzicht in de factoren, die tot het ontstaan ervan bijdragen en zijn ontwikkeling beïnvloeden, is een bij uitstek *pluradisciplinaire aangelegenheid*. Allerlei taken van de sociale wetenschappen moeten erbij betrokken worden: etnologie, sociologie, politieke wetenschap, psychologie, kennis van de culturele stromingen, van het recht, enz.. Indien het onderzoek betrekking heeft op een tijdperk uit het verleden, d.w.z. op de rechtsgeschiedenis, zal een beroep gedaan moeten worden op de kennis van deze wetenschappen in het verleden, b.v. niet op de geschiedenis van de sociologie als wetenschap, maar op de sociologische kennis van het verleden. Dit veronderstelt op zijn beurt de aanwending van de verschillende hulpwetenschappen van de geschiedenis, b.v. in de mate waarin de navorsingen op teksten steunen, van de paleografie, de taalkunde, de filologie, enz.. Door deze vaststelling is de vraag van Van den Brink, of de rechtshistoricus een juridische en/of historische vorming moet hebben⁸⁹, in feite voorbijgestreefd: beide opleidingen vormen samen een minimale vereiste, en in de meeste gevallen zal men op pluridisciplinair onderzoek aangewezen zijn.

2^o Wat het verleden betreft rijst de vraag of al de nodige informatie nog wel kan worden achterhaald. Het ligt voor de hand dat het antwoord op deze vraag, in verschillende mate naargelang tijd en ruimte, negatief zal zijn, m.a.w. we zullen ons zeer vaak met een uiterst lacuneuze kennis tevreden moeten stellen. Vandaar *het belang, voor de rechtshistorici van de toekomst, van een grondige sociologische studie van het hedendaagse recht*, aan de hand van alle moderne hulpmiddelen die deze wetenschap aanwendt: enquêtes, statistieken, elektronische informatieverwerking, enz. Zoals B. Verhaegen het voor de geschiedenis in het algemeen heeft gedaan⁹⁰ zouden we voor de rechtsgeschiedenis eveneens, om bovenvermelde redenen, een pleidooi willen houden voor de *histoire immédiate*. Immers, zonder ons daarom eens te verklaren met het marxistisch-progressistisch perspectief van deze auteur, die sociologie en geschiedenis doceert in Afrika, d.w.z. temidden van een aan snelle mutaties en revolutio-

naire omvormingen onderworpen maatschappij, zijn we verplicht met hem vast te stellen dat door te wachten op het verstrijken van een zekere tijdsspanne om de dingen in hun «historisch perspectief» te plaatsen, al te veel aspecten van de evoluerende werkelijkheid verloren gaan. Het tegenovergestelde van de «*histoire immédiate*» is de *histoire médiate*, d.i. de geschiedenis volgens de klassieke methode, d.w.z. door de bemiddeling van de geschreven bron of van het materieel overblijfsel uit het verleden⁹¹. Welnu, ieder jurist is zich uit eigen ervaring bewust van de afgrond die vaak gaapt tussen tekst en werkelijkheid. We kunnen die afgrond slechts overbruggen door de studie van de onderliggende maatschappelijke werkelijkheid. Deze studie zal, voor elk ogenblik uit het verleden, slechts een beeld met veelvuldige leemten vertonen. Alleen voor het heden is het mogelijk de werkelijkheid in al haar complexe samenhangen en wederzijdse inwerkingen te vatten. De jurist bevindt zich voor het vervullen van die taak in de bevoorrechte positie van de staatsman t.o.v. de politieke geschiedenis: hij staat midden in het gebeuren, hij *maakt* de rechtsgeschiedenis. Een rechtssociologie of een «*histoire immédiate*» van het recht is daarom in onze tijd, waarin de materiële middelen om die opzet te verwezenlijken voorhanden zijn, en waarin de evolutie een veel sneller verloop kent dan weleer, een *onontbeerlijke taak* die de rechtsgeschiedenis van het verleden aanvult, verheldert⁹², en die de enige waarborg biedt opdat de rechtsgeschiedenis van de toekomst zich van de rechtsevolutie in onze tijd een beeld kan vormen dat het ideaal benadert dat de rechtshistoricus tijdens de eerste fase van zijn arbeid moet nastreven: een zo getrouw mogelijke reconstructie van de evolutie van de rechtsverschijnselen in de tijd.

Tijdens de *tweede fase* worden meerdere resultaten van de eerste fase, d.i. beschrijvingen van het recht en de factoren die het bepalen op een bepaald tijdstip of gedurende een niet al te lange periode, met elkaar vergeleken. Het doel van deze vergelijking is:

1^o het opsporen van de verschillen tussen de bestudeerde tijdstippen of periodes, en

2^o het verklaren van die verschillen door middel van de ontleding van de wijze, waarop de verschillende rechtscheppende factoren op elkaar hebben ingewerkt en zo de dynamiek van de overgang van elk vroeger naar elk later stadium bloot te leggen;

3^o op die wijze de algemene tendensen en modaliteiten van de rechtsevolutie te ontdekken.

Bij de keuze van de vergelijkingsobjecten zullen we er goed aan doen niet willekeurig te werk te gaan, maar, aangezien ook hier een beperking geboden is, tijdstippen of periodes met elkaar te vergelijken waarvan we kunnen veronderstellen, hetzij door een oppervlakkig onderzoek, hetzij ten gevolge het zich voordoen tussen beide tijdstippen van een belangrijke gebeurtenis (verovering, revolutie, kolonisatie of dekolonisatie enz.) dat zich naar alle waarschijnlijkheid een belangrijke evolutie op het gebied van het recht heeft voorgedaan. Zo komen we tot

⁸⁸ VAN DEN BRINK, *op. cit.*, blz. 19: de «onmogelijke opgave van de rechtshistorie».

⁸⁹ *Ibidem*, blz. 81-87.

⁹⁰ B. VERHAEGEN, *Introduction à l'histoire immédiate*, Duculot, Gembloux 1974.

⁹¹ *Ibidem* 75-76.

⁹² M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, Parijs, 1964, blz. 14-15.

modellen van rechtsevolutie. Als voorbeelden van dergelijke mogelijke modellen zou men b.v. (vanzelfsprekend niet limitatief) kunnen zien:

1^o hypothesen waarin een minder ontwikkeld met een meer ontwikkeld rechtssysteem in aanraking komt: b.v. dragers van een minder ontwikkeld systeem veroveren een gebied waarop een meer ontwikkeld systeem heerst, of vice versa (wat de graad van ontwikkeling van de rechtssystemen betreft lijkt de indeling van Seagle in primitief, archaïsch en rijp recht me wel aangepast);

2^o hypothesen waarin recht van vreemde oorsprong wordt opgenomen in een bestaand rechtssysteem, b.v. praetoriaans recht in het jus civile, receptie van het Romeins Recht in West- en Midden-Europa, kolonisering, enz.;

3^o hypothesen waarin vreemd recht geheel of gedeeltelijk wordt geëlimineerd b.v. naar aanleiding van dekolonisering;

4^o hypothesen waarin een centraal gezag ernaar streeft een eenvormig recht ingang te doen vinden, ten nadele van de plaatselijke gewoonterechten: b.v. het tot stand komen van de common law door middel van de koninklijke rechtbanken, homologatie van gewoonten en aanvang van wetgeving in absolutistisch geregeerde staten, enz.;

5^o ontwikkeling van het recht als gevolg van een maatschappelijke of politieke revolutie (1789, 1917): ontstaat een geheel nieuw recht of is er continuïteit? Zo er continuïteit is, hoe verklaart men dan de constanten?

6^o ontwikkeling van het recht in het kader van een lineaire maatschappelijke evolutie, b.v. Nederland van 1815 tot heden, België van 1830 tot heden: ontstaan van nieuwe rechtsinstellingen, afsterven van bepaalde rechtsinstellingen, wijzigingen ondergaan door bepaalde rechtsinstellingen.

Tijdens de derde fase worden dan ten slotte de vastgestelde tendensen en modaliteiten van de evolutie van het

recht met elkaar vergeleken ten einde tot een algemene theorie van de evolutie van het recht te komen. Dergelijke theorieën werden reeds geformuleerd, b.v. op basis van de werken van Marx, Engels en Lenin door de Zuidslavische staats- en rechtstheoreticus Radomir Lukić⁹³. Het is echter de taak van de rechtshistoricus de wetten van de evolutie van het recht *niet uit de algemene staatstheorie, maar uit de rechtsgeschiedenis zelf* af te leiden. Deze laatste methode biedt ongetwijfeld meer waarborgen dan het steunen op de werken van Marx, Engels en Lenin, daar deze ideologen hun gevolgtrekkingen hoofdzakelijk gegrond hebben op de ontleding van de 19e-eeuwse industriële maatschappijen (Engels ook op de etnologie, maar deze wetenschap bevond zich in zijn tijd nog in haar aanvangsstadium). Hun sociologische «approach» is alleszins een waardevol hulpmiddel. We moeten ons echter twee dingen klaar bewust zijn: de door de rechtshistorici bereikte resultaten delen het lot van de resultaten van elke wetenschap: ze zullen nooit iets meer zijn dan voorlopige werkhypothesen, die op elk ogenblik door nieuwe verworvenheden van de wetenschap aan het wankelen kunnen worden gebracht: daar we ons op het gebied van de menswetenschappen bevinden, is de rol van het toeval bijzonder groot, zodat het niet zeker is dat we ooit de wetmatigheden van de rechtsontwikkeling volledig zullen kunnen achterhalen. De grootheid van de taak bestaat er echter in, dat we het desondanks proberen.

Frits GORLÉ

Hoogleraar U.I.A. — Docent V.U.B.

⁹³ R. LUKIĆ, *La théorie de l'Etat et du Droit*, Parik Dalloz 1974, blz. 126 e.v..

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 14 OKTOBER 1980

Voorzitter: baron Richard

Raadsheer-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Krings

Advocaat: mr. Carre

Strafvordering — Hoger beroep — Termijn — Overmacht — Dwaling.

Tegen een op 9 november 1979 gewezen vonnis werd door de burgerlijke partij pas op 26 november 1979 beroep ingesteld. De appèlrechter oordeelt dat appellant te goeder trouw in de mening kan zijn geweest dat het vonnis op 16 november 1979 werd gewezen.

Overmacht bij dwaling is slechts aanwezig wanneer de dwaling onoverkomelijk is. Uit de vaststelling dat verwarring «mogelijk» is geweest en dat appellant te goeder

trouw in de mening «kan» zijn geweest dat het vonnis op 16 en niet op 9 november gewezen was, heeft de appèlrechter niet wettig kunnen beslissen dat er overmacht is geweest.

V. e.a. t/ V.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 maart 1980 door de jeugdkamer van het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Overwegende dat de memorie, ter griffie van het Hof neergelegd zonder de medewerking van een advocaat bij het Hof, niet ontvankelijk is, in zoverre zij de eisers sub 2 en 3, civielrechtelijk aansprakelijke partijen, betreft;

I. Op de voorziening van Dirk V.

Over het middel, hieruit afgeleid dat het arrest het hoger beroep, door verweerder tegen het contradictoir vonnis van 9 november 1979 ingesteld op 26 november 1979, ontvankelijk en gegrond verklaart,

terwijl dat hoger beroep te laat was ingesteld en de termijn van hoger beroep de openbare orde raakt:

Overwegende dat, krachtens artikel 203, § 1, van het Wetboek van Strafvordering en buiten de gevallen van § 2 en § 4 van dat artikel en van overmacht, het recht van hoger beroep vervalt indien de verklaring van hoger beroep niet gedaan is op de griffie van de rechtbank die het vonnis heeft gewezen, uiterlijk tien dagen na de dag van de uitspraak en, indien het vonnis bij verstek is gewezen, uiterlijk tien dagen na de dag van de betekening ervan aan de veroordeelde partij of aan haar woonplaats;

Overwegende dat het arrest het hoger beroep ontvankelijk verklaart op de volgende gronden: «Door de burgerlijke partij Reginald V. werd op 26 november 1979 ter griffie der Rechtbank van Eerste Aanleg te Ieper hoger beroep ingesteld, tegen de burgerrechtelijke beschikkingen van het vonnis gewezen door de Jeugdrechtbank te Ieper in zake Dirk V. en zijn ouders Maurice V. en Lucienne De B. De beroepsakte vermeldt als datum van het vonnis 16 november 1979, terwijl blijkt dat het in werkelijkheid dateert van 9 november 1979. Uit de door de heer procureur-generaal ingewonnen inlichtingen blijkt dat verwarring mogelijk is geweest doordat de jeugdrechtbank op 19 oktober 1979 de zaak aanvankelijk voor uitspraak had gesteld op 16 november 1979 en het in niet nader gepreciseerde omstandigheden is dat deze datum werd gewijzigd in 9 november 1979. Appellant kan dan ook te goeder trouw in de mening zijn geweest dat het vonnis gewezen werd op 16 november 1979 en dat door op 26 november 1979 hoger beroep in te stellen, dit laatste binnen de wettelijke termijn was ingesteld. Het hof meent dan ook dat het hier om een geval van overmacht gaat en dat het hoger beroep wel tijdig en ook regelmatig werd ingesteld»;

Overwegende dat overmacht bij dwaling slechts aanwezig is wanneer de dwaling onoverkomelijk is; dat het arrest uit de vaststelling dat verwarring «mogelijk» is geweest en dat appellant te goeder trouw in de mening «kan» zijn geweest dat het vonnis op 16 en niet op 9 november gewezen was, niet wettig heeft kunnen besluiten dat er overmacht is geweest;

Dat het arrest, dat het principaal hoger beroep van weerder, tegen een op tegenspraak gewezen arrest ingesteld buiten de termijn, ontvankelijk verklaart buiten een der wettelijke uitzonderingsgevallen, de voormelde wetsbepaling schendt;

Dat het middel gegrond is;

II. Op de voorziening van de eisers sub 2 en 3:

Overwegende dat de eisers geen middel op regelmatige wijze aanvoeren;

Dat evenwel de vernietiging van het bestreden arrest meebrengt dat de beslissing ten aanzien van de eisers geen reden van bestaan meer heeft;

(...)

NOOT—De dwaling inzake hoger beroep

1. Wanneer het strafrecht een zaak voor uitspraak op een bepaalde datum heeft gesteld en het vonnis vroeger gewezen wordt zonder dat de partijen hierover zijn bericht, zal aangenomen worden dat de termijn van hoger beroep pas begint te lopen vanaf de aanvankelijk op het zittingsblad vermelde datum voor de uitspraak (Cass., 13 februari 1950, *Pas.*, 1950, I, 408).

Maar wanneer de uitspraak, zonder verwittiging van de partijen, later geschiedt, dan zal deze latere uitspraak niet beschouwd worden als een geval van overmacht, daar de partijen de gelegenheid hadden om naar de nieuwe datum van de uitspraak te informeren (Cass., 22 juni 1914, *Pas.*, 1915-16, I, 14; Cass., 13 mei 1941, *Pas.*, 1941, I, 182).

2. Wanneer er onzekerheid bestaat omtrent de datum van de uitspraak, wanneer er ter terechtzitting verscheidene data worden genoemd of wanneer de rechter enigszins onzeker schijnt of aarzelt, dan staat het aan de partijen nauwlettend toe te zien en eventueel achteraf nadere inlichtingen in te winnen ter griffie.

Inzake hoger beroep is overmacht op grond van onoverkomelijke dwaling aanvaard (Cass., 3 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 859), maar aan verwarring, onzekerheid of twijfel kan een einde worden gemaakt door het inwinnen van inlichtingen ter griffie, door het nazien van het proces-verbaal van de terechtzitting of de raadpleging van het vonnis.

3. Het Hof van Cassatie schijnt perk en paal te willen stellen aan de tendens om elke moeilijkheid, zwaarigheid of impasse te beschouwen als een reden van overmacht om alsnog aan de dwingende regels van het verval te ontkomen. Bezorgdheid voor het lot van de partijen, humanitaire overwegingen en eerbied voor de rechten van de verdediging schijnen soms moeilijk te verenigen met strakke vervaltermijnen en dwingende wetsbepalingen, maar ook de mildheid van de strafrechter wordt begrensd door het Wetboek van Strafvordering.

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 5 DECEMBER 1980

Voorzitter-rapporteur: de h. Janssens

Advocaat-generaal: de h. Ballet

Advocaten: mrs. van Hecke en Houtekier

Koop — Levering — Toebehoren — Recht op vrijwaring — Tweede verkoop — Recht op vrijwaring van tweede koper rechtstreeks tegen de eerste verkoper.

De verkoper is verplicht de zaak te leveren, en luidens artikel 1615 B.W. strekt deze verplichting zich uit tot haar toebehoren.

Het recht op vrijwaring dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper, is een toebehoren van de zaak die de eerste koper doorverkoopt aan de tweede koper.

Een tweede koper bezit derhalve een recht op vrijwaring rechtstreeks tegen de eerste verkoper, zonder dat het nodig is dat de tweede koper de eerste koper aanspreekt zodat deze dan zelf die eerste verkoper zou moeten betrekken.

N.V. H. t/ P.V.B.A. G. en N.V. S.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 april 1979 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1141, 1165 en 1690 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest, na vastgesteld te hebben a) dat op grond van een overeenkomst van 15 januari 1972 met eiseres, de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H. eigenaar was geworden van bepaalde schievers zodra ze verwijderd werden uit de schieferkommen, b) dat de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H. bij overeenkomst van 15 december 1972 schamm aan de verweersters kon verkopen en c) dat eiseres na het faillissement van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H. 20.000ton door deze vennootschap uit de schieferkommen verwijderde schamm aan een derde heeft verkocht, uit deze vaststellingen besluit dat eiseres het eigendomsrecht van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H., door deze bij overeenkomst van 15 december 1972 aan de verweersters overgedragen, heeft geschonden en derhalve de vordering van de verweersters principieel gegrond is,

terwijl de vaststelling dat eiseres dezelfde zaak verkocht heeft eerst aan de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H. en daarna aan een derde, eiseres tegenover de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H. kan verplichten tot vrijwaring wegens uitwinning maar niet tegenover de verweersters met wie eiseres niet gecontracteerd heeft en aan wie de vordering wegens uitwinning door de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H. niet werd overgedragen:

Overwegende dat de verkoper verplicht is de zaak te leveren en dat naar luid van artikel 1615 van het Burgerlijk Wetboek deze verplichting zich uitstrekt tot haar toebehoren;

Overwegende dat het recht op vrijwaring dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper, een toebehoren is van de zaak die de eerste koper doorverkoopt aan de tweede koper;

Overwegende dat derhalve een tweede koper een recht op vrijwaring bezit rechtstreeks tegen de eerste verkoper, zonder dat het nodig is dat de tweede koper de eerste koper aanspreekt zodat deze dan zelf die eerste verkoper zou moeten betrekken;

Dat het middel naar recht faalt;
(...)

NOOT—Zie in dezelfde zin: J. Limpens, *La vente en droit belge*, Brussel, 1960, 150-151, nrs. 413-315; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, 1972, 138-139, nrs. 99, 3^e, en 181, nr. 146.

HOF VAN BEROEP TE GENT

11e KAMER — 9 FEBRUARI 1981

Voorzitter: de h. De Buck

Raadsheren: de hh. Devos en Welvaert

Advocaten: mrs. Vanhaesendonck, Lambrecht, Larridon
loco Volckaert en Nuytinck

Stedebouw — Bouwwerk in strijd met B.P.A. — Geen afwijking toegestaan — Bevel tot staking — Bevoegdheid van de voorzitter in kort geding krachtens de Stedebouwwet en krachtens het gemene recht.

Wanneer een bouwwerk wordt uitgevoerd in strijd met een bijzonder plan van aanleg, zonder dat in de bouwvergunning een afwijking is toegestaan, kunnen de in art. 66, eerste lid, van de Stedebouwwet aangewezen ambtenaren een bevel tot staken geven. Daaraan doet niet af dat de termijn om de bouwvergunning overeenkomstig art. 54, §2, op te schorten, verstreken is.

De voorzitter in kort geding, die overeenkomstig art. 68, derde lid, kennis neemt van de vordering tot opheffing van die maatregel, heeft tevens, op tussenkomst van belanghebbende derden, het recht om, gebruik makende van zijn algemene bevoegdheid in spoedeisende gevallen, een feitelijkheid te doen ophouden die erin bestaat dat het bouwwerk wordt uitgevoerd in strijd met een bijzonder plan van aanleg.

Gemeentekrediet van België t/
Belgische Staat e.a.

In maart 1978 is de N.V. Gemeentekrediet van België op het perceel nr. 300 van de verkaveling Westhoek, gelegen aan de Dynastielaan te De Panne, en ten westen van het sedert november 1977 op perceel nr. 306 in aanbouw zijnde appartementsgebouw 't Lange Lis, met de bouw aangevangen van een hotel- en vakantiecentrum ten behoeve van haar personeelsleden en gepensioneerden. Het college van burgemeester en schepenen van De Panne had op 17 november 1977 aan de N.V. Gemeentekrediet van België de nodige bouwvergunning afgeleverd en op 24 januari 1978 had de gemachtigde ambtenaar, hoofd-directeur-directeur van Bruggen en Wegen en Stedebouw, aan het gemeentebestuur van De Panne en aan de N.V. Gemeentekrediet laten weten dat de afgeleverde bouwvergunning conform werd bevonden met de aldaar geldende stedebouwkundige voorschriften en dat hij dus geen gebruik zou maken van het hem bij artikel 54, §2, van de wet van 29 maart 1962 verleend schorsingsrecht. Niettemin blijkt uit de door de partijen overgelegde briefwisseling en documentatie en geeft de N.V. Gemeentekrediet van België openlijk toe dat de aan de bouwaanvraag toegevoegde plans op verschillende punten, inzonderheid wat betreft de aan beide zijden van het hoofdgebouw uitstekende trapshuizen, in strijd waren met een B.P.A., ten deze met het B.P.A. 1/A, goedgekeurd op 29 april 1970 door de gemeenteraad van De Panne en bekrachtigd bij K.B. van 29 juli 1970. Het wordt evenwel niet betwist — hoewel de burgemeester van De Panne zulks in een brief van 7 november 1979 heeft trachten te bewimpelen — dat eenieder die de bij de bouwaanvraag gevoegde plans ietwat grondig onderzoekt, de voormelde afwijkingen van het P.B.A. 1/A kon en moest opmerken, nu toch, zoals de N.V. Gemeentekrediet van België het stelt, deze plans door middel van + en - tekens, het gebruik van kleuren, arceringen en geschreven verklaringen onmiskenbaar aanduiden waar de ontworpen gebouwen de B.P.A. 1/A-grenzen overschreden. Het is evenmin betwistbaar dat tijdens de langdurige onderhandelingen en besprekingen die aan het afleveren van de bouwvergunning voorafgingen, de vraag werd gesteld of de bij artikel 51 van de wet van 29 maart 1962 bedoelde afwijking van het B.P.A. moest worden aangevraagd, doch dat om redenen die ten deze niet nader te onderzoeken zijn, geen vraag om afwijking door de N.V. Gemeentekrediet van België werd ingediend noch door de overheid werd ingewilligd. In de op 17 november 1977 aan

de N.V. Gemeentekrediet van België afgeleverde bouwvergunning werd de gedrukte tekst «Gelet op de beslissing van ... de gemachtigde ambtenaar, waarbij op met redenen omkleed voorstel van ... van het college afwijking wordt toegestaan van bedoeld plan van aanleg» niet aangevuld.

Hoe dan ook, de oprichting van het hotel- en vakantiecentrum van de N.V. Gemeentekrediet van België overeenkomstig de afgeleverde bouwvergunning kende een rustig en ongestoord verloop totdat bepaalde kopers van appartementen in het zoëven door de Gebroeders M. afgewerkt appartementsgebouw 't Lange Lis in oktober 1979 de werken aan de trappenhuizen zagen aanvangen en gewaar werden dat deze aan het hoofdgebouw toegevoegde massieve gedeelten hen het zicht op de zee en het zogeheten Vissersdorp zouden ontnemen. Deze kopers, met name de geïntimeerden onder 4 tot 9, stelden vanaf 24 oktober 1979 (brief van C. Géry) alles in 't werk zowel bij het gemeentebestuur van De Panne als bij de Provinciale Directie van Stedebouw en Ruimtelijke Ordening van West-Vlaanderen om de op 17 november 1977 afgeleverde bouwvergunning te doen intrekken, minstens om een bevel tot schorsing der bouwwerken te doen uitvaardigen. Na een vergadering op 31 oktober 1979 met de afgevaardigden van de N.V. Gemeentekrediet van België en onder druk van voornoemde geïntimeerden besloot de Provinciale Directie van Stedebouw en Ruimtelijke Ordening uiteindelijk P.V. van vaststelling van overtreding van de artikelen 44 en 56 van de wet van 29 maart 1962 te laten opmaken met bijkomend bevel tot staking der bouwwerken, hetgeen op 8 november 1979 gedaan werd. Het gegeven bevel tot staking der bouwwerken werd door de hoofdingenieur-directeur van Bruggen en Wegen, tevens directeur van Stedebouw, op 8 november 1979 bekrachtigd en kennis werd daarvan bij ter post aangetekende brief van 9 november 1979 gegeven aan de N.V. Gemeentekrediet van België, aan de aannemer, in het onderhavig geval de geïntimeerde N.V. S. en aan de procureur des Konings te Veurne.

Het was dit bevel tot staking der bouwwerken dat de rechtstreekse aanleiding was van het kort geding waarvan het hof thans in hoger beroep kennis neemt. Bij exploit van 28 november 1979 dagvaarde de N.V. Gemeentekrediet van België de geïntimeerden Belgische Staat - Staatssecretaris voor het Vlaamse Gewest, het Bestuur van Stedebouw en Ruimtelijke Ordening, provinciale directie van West-Vlaanderen en de N.V. S. voor de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne, zitting houdende in kort geding, ten einde bij een aan de N.V. S. gemeen en tegenwerpelijk te verklaren beslissing het stakingsbevel van 8 november 1979 te doen opheffen. Tijdens het geding, meer bepaald op 3 december 1979, dienden de reeds eerder genoemde eigenaars van appartementen in het appartementsgebouw 't Lange Lis een rekwest in, strekkende tot vrijwillige tussenkomst en tot afwijzing van de vordering van de N.V. Gemeentekrediet van België (inbreuk op plan 1/A van de verkaveling Westhoek). De Belgische Staat concludeerde eveneens tot afwijzing van de vordering en stelde bij conclusie van 5 december 1979 een subsidiaire tegenvordering in, strekkende tot stopzetting der bouwwerken door de voorzitter op grond van zijn algemene bevoegdheid in spoedeisende zaken, minstens totdat de Raad van State over het inmiddels door de geïntimeerden onder 4 tot 9 ingediend beroep tot

nietigverklaring van de bouwvergunning van 17 november 1977 zal hebben beslist.

De voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne heeft bij beschikking van 19 december 1979, waartegen de N.V. Gemeentekrediet van België thans in hoger beroep is, de vordering van de laatstgenoemde, de subsidiaire vordering van de Belgische Staat en de vrijwillige tussenkomst ontvankelijk verklaard en rechtdoende bij hoogdringendheid, alle rechten der partijen ten gronde voorbehouden, de vordering tot opheffing van het bevel tot staken der werken aan de traphuizen van het bedoeld hotel- en vakantiecentrum als ongegrond afgewezen en gezegd bevel tot staken van 8 november 1979 bevestigd.

De grieven van de N.V. Gemeentekrediet kunnen op de onderstaande wijze samengevat worden:

— het op 8 november 1979 uitgevaardigd bevel tot staking der werken, gegeven lange tijd nadat de aan de gemachtigde ambtenaar gegeven termijn verstreken was om de bouwvergunning van 17 november 1979 te schorsen, is onwettig en kan niet steunen op artikel 68 van de wet van 29 maart 1962, gewijzigd bij artikel 24 der wet van 22 december 1971, nu voormelde wetbepaling een dergelijk bevel slechts toelaat voor werken die hetzij zonder vergunning hetzij niet conform de afgeleverde vergunning uitgevoerd worden, hetgeen niet het geval is ter zake;

— doordat de afwijkingen van de B.P.A. 1/A Westhoek, inzonderheid wat de trappenhuizen aangaat, op de plans die de bouwaanvraag begeleidden, duidelijk in het licht gesteld werden en zowel het gemeentebestuur van De Panne als de gemachtigde ambtenaar door hun handelwijze te kennen hebben gegeven dat zij, deels wegens precedentes, deels wegens de door de N.V. Gemeentekrediet gedane planwijzigingen, instemden met de plans, moet geoordeeld worden dat de bouwvergunning van 17 november 1977 een impliciete afwijking van het bedoeld B.P.A. behelst — een afwijking waarmee overigens de geïntimeerden onder 4 tot 9, vooraf op de hoogte gebracht en gepolst door de gemeente De Panne, akkoord gingen, in elk geval tonen de feitelijke omstandigheden der zaak aan dat de afwijkingen van het B.P.A. zich in het middelpunt hebben bevonden van de lange en grondige onderhandelingen die geleid hebben tot een door allen goedgekeurde uiteindelijke keuze en compromis, zodat het verzet en het bevel tot staken van 8 november 1979 voorkomt als een verschalking van de goede trouw van de appellante;

— de eerste rechter heeft zijn bevoegdheid overschreden door de bouwvergunning van 17 november 1977 als onwettelijk te beschouwen, hoewel alle termijnen om de nietigverklaring ervan na te streven verstreken zijn;

— de tussenkomst van de eigenaars van de appartementen van het naburig appartementsgebouw 't Lange Lis is niet toelaatbaar, nu dit gebouw zelf niet conform het B.P.A. 1/A-Westhoek gebouwd werd; bovendien is het zó dat hun tussenkomst, zelfs indien ze toelaatbaar is, niet gegrond is, aangezien zij in werkelijkheid van het gebouw van appellante en de traphuizen ervan geen hinder ondervinden.

Alle geïntimeerden, behoudens de N.V. S., die verklaart zich bij de conclusies van de N.V. Gemeentekrediet van België aan te sluiten, concluderen tot de bevestiging van het aangevochten bevelschrift.

De wet van 29 maart 1962, gewijzigd bij de wetten van 22 april en 22 december 1970, gaat de openbare orde aan. De strafbepalingen vervat in titel IV, hoofdstuk III van de

wet, bewijzen zulks ten overvloede. Bijgevolg is het niemand, ook niet een gemeentebestuur of een gemachtigde ambtenaar geoorloofd zonder of buiten de daarvoor door de wet ingestelde procedures of vormen, vergunningen af te leveren. Ter zake wordt niet betwist dat de procedure van artikel 51 der wet toepasselijk was, aangezien de door appellante ingediende plans afwijkingen behelsden op een bij K.B. bekrachtigd B.P.A. Het staat aan de hand van de bouwvergunning van 17 november 1977 zelf vast dat aan de N.V. Gemeentekrediet van België geen afwijking van de B.P.A. 1/A Westhoek werd toegestaan en dat de daarvoor bij artikel 51 van de wet van 29 maart 1962 ingestelde procedure niet werd toegepast.

Stilzwijgende en/of impliciete bouw- en verkavelingsvergunningen — en a fortiori toelatingen tot afwijking van een B.P.A. — bestaan slechts in het geval en onder de voorwaarden bedoeld bij artikel 55, § 2, 3e en 4e lid, van de Stedebouwwet (zie in dit verband o.m. D. Lindemans, «De stilzwijgende bouw- en verkavelingsvergunning», R.W., 1978-79, 338 e.v.).

Bijgevolg moet aangenomen worden dat, hoewel de bouwvergunning van 17 november 1977 vanzelfsprekend betrekking had op de door de N.V. Gemeentekrediet van België ingediende bouwaanvraag en plans, zij wettelijk gesproken geen afwijking toeliet van het B.P.A. 1/A-Westhoek. Minstens was er wegens de afwezigheid van elke expliciete toelating tot afwijking van voormeld B.P.A. enerzijds en de manifeste tegenstrijdigheid tussen het ingediende plan en het B.P.A. anderzijds, een zodanige dubbelzinnigheid in de bouwvergunning van 17 november 1977 dat de N.V. Gemeentekrediet van België niet zonder risico daarover mocht heenstappen. Dit klemde des te meer daar uit de overgelegde briefwisseling blijkt dat de kwestie van een toelating in de loop van de onderhandelingen verschillende malen uitdrukkelijk aan bod kwam en daar de appellante toch moet weten dat — afgezien van de eventuele aansprakelijkheid deswege — de adviezen en zelfs beslissingen gegeven tijdens de besprekingen geen wettelijk bindende kracht bezitten.

Nu de door de N.V. Gemeentekrediet van België uitgevoerde bouwwerken, wat betreft de aanbouw van trapzalen in een bouwvrije zone van het B.P.A. 1/A Westhoek, niet conform de bouwvergunning van 17 november 1977 waren, wijl deze bouwvergunning geen afwijking van het B.P.A. toeliet, hebben de bij artikel 66, eerste lid, van de Stedebouwwet aangewezen ambtenaren en agenten geheel wettelijk het bij artikel 68 van dezelfde wet bedoeld bevel tot staken kunnen uitvaardigen, respectievelijk proces-verbaal kunnen opmaken tot vaststelling van een overtreding van artikel 64 der wet, erin bestaande werken uit te voeren of in stand te houden o.m. met miskenning van de voorschriften van een B.P.A.

Dat de termijnen verstreken waren om de bouwvergunning van 17 november 1979 overeenkomstig artikel 54, § 2, der wet van 29 maart 1962 te schorsen, respectievelijk om de zo beweerde onregelmatigheid ervan te laten vaststellen en de nietigverklaring ervan te bekomen (het bewijs van het verstrijken van laatstbedoelde termijn is alsnog niet geleverd, althans niet t.o.v. de eigenaars van de appartementen van het appartementsgebouw 't Lange Lis), doet aan voorgaande geen afbreuk, aangezien — hoe men de zaken ook keert of draait — de bouwvergunning van 17 november 1977 geen toelating behelst om van de voorschriften van het B.P.A. af te wijken.

De eerste rechter heeft dan ook volledig terecht de vordering tot opheffing van de N.V. Gemeentekrediet van België als niet-gegrond afgewezen, des te meer daar de miskenning door de laatstgenoemde van de voorschriften van het B.P.A. 1/A Westhoek t.o.v. de Staat en de geïntimeerden onder 4 tot 9 een feitelijkheid uitmaakt, waaraan op spoedeisende wijze een einde dient te worden gemaakt, althans zolang de Raad van State niet beslist heeft over de vraag tot nietigverklaring van de bouwvergunning van 17 november 1977, die zij gemeend hebben te moeten instellen.

De opwerping dat de voorzitter door aldus te beslissen zijn bevoegdheid te buiten zou zijn gegaan, houdt geen steek, vermits artikel 68, derde lid, van de Stedebouwwet uitdrukkelijk aan deze magistraat, rechtdoende in kort geding, bevoegdheid verleent om over de opheffing van het bevel tot staken te beslissen, wat impliceert dat hij minstens bij voorraad, d.i. zonder nadeel ten principale, de wettelijkheid van de maatregel mag toetsen. Bovendien verleent hem de tussenkomst van belanghebbende derden, ter zake de geïntimeerden onder 4 tot 9 in het geschil het recht om, gebruik makende van zijn algemene bevoegdheid in spoedeisende gevallen, een feitelijkheid te doen ophouden — een feitelijkheid die in het oog springt door de toegevoegen strijdigheid van bouwwerken met een bij K.B. bekrachtigd B.P.A.

Ten slotte is het niet ernstig te stellen dat de geïntimeerden onder 4 tot 9 door de bouw van de traphuizen in de bouwvrije zone van het B.P.A. geen hinder ondervinden. Het is immers niet betwistbaar dat zonder die traphuizen deze geïntimeerden een vrij en mooi uitzicht zouden hebben gehad op het Vissersdorp en op de zee. Nu wordt dit aangenaam zicht ernstig bedreigd. Er wordt niet bewezen dat dit zicht vóór de aanvang van de bouw van de traphuizen door enig ander bouwwerk belemmerd was. De rechter in kort geding is niet gesaisisseerd van de kwestie of de appartementen van de geïntimeerden al dan niet conform de bouwtoelating zijn opgericht, zodat met de opwerping geen rekening kan worden gehouden ter zake. Mitsdien is hun tussenkomst door de eerste rechter met reden toelaatbaar en gegrond verklaard, daar zij een manifest en niet onrechtmatig belang ter zaken bezitten.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

6e KAMER — 31 OKTOBER 1979

Voorzitter: de h. Caron

Raadsheren: de hh. Verdoodt en Van Malderen

Advocaten: mrs. Asscherickx loco Uyttersprot, Cromphout loco Vanderleenen, Burm loco Verbaanderd, De Ridder loco De Winter en Mommens loco Van der Mersch.

1. Aanneming van werk — a) Beding van «aanvullende waarborg» — Betekenis en draagwijdte — b) Tienjarige aansprakelijkheid — Toepassingsgebied — Onderaanneming — Van openbare orde — 2. Koop — Vrijwaring voor verborgen gebreken — Korte termijn — Uitstel wegens hoop op minnelijke regeling.

I. a) Tussen partijen in een aannemingsovereenkomst is op 1 april 1969 overeengekomen: «Niettegenstaande de definitieve aanvaarding door de koper van de uitgevoerde werken, die het voorwerp uitmaakten van het aannemingscontract van 21 september 1967, verleent de verkoper op deze werken vanaf heden een aanvullende waarborg van drie jaar voor alle eventuele verborgen gebreken van materialen en constructie.»

Dit beding dient klaarblijkelijk zo te worden begrepen dat de opdrachtgever in ieder geval over een bijkomende waarborg van drie jaar zal beschikken, zelfs indien de definitieve aanvaarding van de werken zou plaatshebben, doch uit niets blijkt dat het ooit de bedoeling van partijen zou zijn geweest deze definitieve aanvaarding op 1 april 1969 te fixeren (zie nader het arrest).

b) Een onderneming kan zich niet aan de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer (art. 1792 B.W.) onttrekken met de bewering dat ze slechts onderaannemer is ten opzichte van de onderneming die als bouwheer-aannemer is opgetreden en het litigieuze appartementsgebouw op haar eigen grond heeft gebouwd, zodat eerstgenoemde ten opzichte van laatstgenoemde een aannemer en geen onderaannemer is. Art. 1792 B.W. is overigens even goed van toepassing op de onder- als op de hoofdaannemer.

Van de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemer, die van openbare orde is, kan contractueel niet worden afgeweken.

2. De korte tijd waarbinnen de vordering tot vrijwaring voor verborgen gebreken moet worden ingesteld (art. 1648 B.W.) wordt in acht genomen wanneer de koper tijdig, d.w.z. bij het verschijnen van de gebreken, klachten uit en hij het instellen van de vordering uitstelt in de hoop dat een minnelijke regeling tot stand zal komen.

P.V.B.A. Ondernemingen A.V. t/
P.V.B.A. De G. e.a.

Overwegende dat alle partijen het eens zijn om de betwisting thans voorlopig te beperken tot de kwestie van de opgeworpen verjaring van de oproeping in vrijwaring, in eerste aanleg ingesteld door appellante lastens de geïntimeerde P.V.B.A. De G. bij exploit van 22 februari 1974;

Dat, inderdaad, de veertien geïntimeerden in zake nr. 1984/79 bij conclusie verklaren zich in verband met voormelde eis in tussenkomst en vrijwaring, zich te refereren aan het oordeel van het hof;

Overwegende dat appellante eigenares was van een perceel grond gelegen te G., waarop ze een appartementsgebouw heeft opgetrokken omvattend, naast een aantal kelders, 18 garages en 16 appartementen, zijnde vier appartementen per verdieping;

Dat al deze appartementen werden verkocht, sommige op plan, sommige terwijl het gebouw in aanbouw was, en twee na afwerking van het gebouw, welke afwerking plaatshad eind 1968;

Dat volgens de plannen van het appartementsgebouw, de voorgevel was opgevat met gordijngesels wat de ramen der livings betreft;

Dat voor de uitvoering van deze gordijngesels door appellante een beroep werd gedaan op de geïntimeerde, P.V.B.A. De G., waarmee ze contracteerde op 21 september 1967; dat in dit contract levering en plaatsing van

een aantal ramen, panelen en terrasdeuren werd overeengekomen;

Dat op 28 november 1968 geïntimeerde De G. aan appellante vroeg tot definitieve aanvaarding van haar werk over te gaan;

Dat geïntimeerde De G. op 13 december 1968 de voorlopige aanvaarding van het werk onder voorbehoud van bepaalde punten aan appellante bevestigde;

Dat door geïntimeerde De G. op 1 april 1969 aan appellante ook het volgende bij overeenkomst werd bevestigd: «Niettegenstaande de definitieve aanvaarding door de koper van de uitgevoerde werken, die het voorwerp uitmaakten van het aannemingscontract van 21 september 1967, verleent de verkoper op deze werken vanaf heden aanvullende waarborg voor alle eventuele verborgen gebreken van materialen en constructie»;

Dat op 27 juni 1969 geïntimeerde De G. aan appellante vroeg tot definitieve aanvaarding over te gaan;

Dat op 7 augustus 1969 geïntimeerde De G. aan appellante schreef dat, aangezien de vorige brief zonder reactie gebleven was, zij haar werk als stilzwijgend aanvaard beschouwde; dat echter in dezelfde brief — wat dient te worden benadrukt — werd gesproken van klachten van de bewoner van een der appartementen betreffende problemen van waterinfiltratie;

Dat appellante hierop onmiddellijk antwoordde, op 8 augustus 1969, dat er van definitieve aanvaarding geen sprake was en zij integendeel melding maakte van het uitzetten en inkrimpen van de ramen, wat h.i. aan slechte plaatsing te wijten was; dat appellante vroeg zulks in orde te maken alvorens tot definitieve aanvaarding over te gaan;

Dat geïntimeerde De G. op 22 augustus 1969 bevestigde dat haar aangestelde op 27 augustus 1969 ter plaatse zou komen ten einde tot de definitieve aanvaarding over te gaan;

Dat geïntimeerde De G. aan appellante op 29 augustus 1969 een brief stuurde waarbij ze beweerde dat de definitieve aanvaarding zou hebben plaatsgehad en dat zij de klachten van appellante in verband met uitzetting van de ramen verwierp;

Dat appellante op 10 september 1969 hiertegen protesteerde en niet akkoord ging;

Dat daarna nog verschillende briefwisselingen volgen tussen enerzijds de eigenaars van de appartementen en geïntimeerde De G., en anderzijds appellante en gezegde geïntimeerde, waarbij telkens klachten worden geuit in verband met waterinfiltraties, en ten gevolge waarvan geïntimeerde De G. na vergaderingen ter plaatse, nog bepaalde werkzaamheden verrichtte die echter geen afdoend resultaat blijken te hebben gegeven;

Overwegende dat appellante daarna door de verschillende eigenaars-kopers van de appartementen op 5 juni 1973 werd gedagvaard voor de eerste rechtters, terwijl appellante zelf de P.V.B.A. De G. op 22 februari 1974 tot vrijwaring en tussenkomst oproep;

Overwegende dat het bestreden vonnis overging van een deskundige benoemd, die inmiddels de hem toevertrouwde expertise heeft verricht, expertise waarop de P.V.B.A. De G. vrijwillig is verschenen en volgens welke de door de oorspronkelijk eisende partijen ondergane schade, die op 7 tot 800.000fr. in hoofdsom wordt begroot, uitsluitend te wijten zou zijn aan fouten begaan door de P.V.B.A. De G. bij de uitvoering van de gordijngesels, nl.

onvoldoende bevestiging op elke vloerplaat en onvoldoende stijfheid bij de verbinding der verschillende kaders die de gordijngewel vormen;

Overwegende dat de eerste rechters — zonder te antwoorden op de uitgebreide tweede aanvullende conclusie die appellante dienaangaande voor hen had genomen — de door appellante tegen de P.V.B.A. De G. ingestelde vordering in vrijwaring en tussenkomst niet ontvankelijk hebben verklaard;

Dat ze er zich toe beperkt hebben hun beslissing te laten steunen op het feit dat op 1 april 1969 tussen partijen een overeenkomst werd getekend waarbij door de P.V.B.A. De G. een aanvullende waarborg van drie jaar werd verleend voor alle eventuele verborgen gebreken van materialen en constructie, evenals een speciale service na plaatsing, stellend dat deze bijkomende termijn van drie jaar verstreken zou zijn op 1 april 1972, d.w.z. vooraleer de P.V.B.A. De G. tot vrijwaring en tussenkomst werd opgeroepen;

Overwegende dat evenwel de juiste betekenis van voormeld contract van 1 april 1969 dient te worden onderzocht en inzonderheid moet worden nagegaan of er — wat geïntimeerde De G. beweert en waarin ze door de eerste rechters werd gevolgd — op 1 april 1969 wel degelijk definitieve aanvaarding is geweest;

Overwegende dat zulks integendeel door alle stukken van het dossier wordt tegengesproken;

Overwegende dat de overeenkomst de volgende zin bevat: «Niettegenstaande de definitieve aanvaarding door de koper van de uitgevoerde werken, die het voorwerp uitmaakten van het aannemingscontract van 21 september 1967, verleent de verkoper op deze werken vanaf heden een aanvullende waarborg van 3 jaar...»;

Dat die zinsnede klaarblijkelijk zo dient te worden begrepen dat appellante in ieder geval over een bijkomende waarborg van drie jaar zou beschikken, zelfs indien de definitieve aanvaarding van de werken zou tussenkomen, doch dat uit niets blijkt dat het ooit de bedoeling van partijen zou zijn geweest deze definitieve aanvaarding op 1 april 1969 te fixeren;

Dat zulks immers duidelijk wordt bevestigd door het feit dat geïntimeerde De G. op 27 juni en 7 augustus 1969 opnieuw vroeg om tot definitieve aanvaarding over te gaan, en op 29 augustus 1969 bevestigde dat de definitieve aanvaarding zou hebben plaatsgehad op 27 augustus 1969;

Dat zulks overduidelijk aantoonde dat, zelfs in de geest van geïntimeerde De G. er zeker geen definitieve aanvaarding op 1 april 1969 is geweest;

Overwegende dat partij De G. thans betoogt dat de latere brieven het gevolg zouden zijn geweest van het feit dat de uitvoeringsdienst niet van de reeds afgesloten definitieve aanvaarding op de hoogte was;

Dat dit echter niet opgaat wanneer men vaststelt dat de bewuste brieven, gedagtekend van na 1 april 1969, uitgingen van de zaakvoerder-directeur van de P.V.B.A. De G., zodat het hier wel zeker de directie was die aan de basis van deze brieven lag;

Dat overigens op die verschillende brieven, die poogden een definitieve aanvaarding op 27 augustus 1969 te forceren, telkens door appellante werd gereageerd en geantwoord dat ze hiermee niet akkoord kon gaan omdat bepaalde belangrijke problemen overbleven, namelijk betreffende waterinfiltratie, waarover er regelmatig klachten waren;

Dat het bestaan van deze problemen trouwens door de P.V.B.A. De G. wordt toegegeven in haar verschillende brieven, waaronder die van 29 augustus 1969; dat ze trouwens na 1969 nog regelmatig is tussengekomen, heeft deelgenomen aan vergaderingen en heeft gepoogd de gebreken te verhelpen;

Dat in de tekst van voormelde overeenkomst van 1 april 1969 nergens wordt gesteld dat de definitieve aanvaarding op 1 april plaats heeft of had;

Dat die tekst dan ook geen enkele andere betekenis kan hebben dan dat er in ieder geval een bijkomende volledige waarborg van drie jaar is vanaf de datum van 1 april 1969;

Dat de latere briefwisseling tussen partijen trouwens duidelijk aantoonde dat er in hun ogen geen definitieve aanvaarding geweest was op 1 april 1969, aangezien de P.V.B.A. De G. daarna nog herhaalde malen vroeg ze te laten plaatshebben;

Dat de P.V.B.A. De G. vergeefs verwijst naar het tussen partijen gesloten contract waarin de definitieve aanvaarding wordt voorzien ten laatste één maand na de plaatsing en dat het verzuimen van de goedkeuring gelijk zou staan met onherroepelijke aanvaarding van de goederen (art. 4 en 5 van de verkoopsvoorwaarden);

Dat uit de stukken van het dossier duidelijk blijkt dat geen van beide partijen van oordeel was dat er een definitieve aanvaarding zou zijn geweest één maand na de plaatsing, aangezien bijna een jaar nadien de P.V.B.A. De G. nog vroeg om tot definitieve aanvaarding over te gaan;

Dat anderzijds de clausule betreffende het verzuimen van goedkeuring dat gelijk zou staan met een onherroepelijke aanvaarding van de goederen — in de mate waarin ze wettig zou zijn — wat zeer betwifelbaar is — slechts zou kunnen gelden in geval van eventuele stilzwijgende goedkeuring, m.a.w. in geval van stilzwijgen van de koper, doch geenszins wanneer er integendeel een manifeste weigering is om tot definitieve aanvaarding over te gaan, zoals in het onderhavige geval;

Dat er derhalve nooit een definitieve aanvaarding van de door de P.V.B.A. De G. uitgevoerde werken heeft plaatsgehad;

Overwegende dat, anderdeels, door het contract van 1 april 1969 aan appellante een aanvullende waarborg van drie jaar voor alle eventuele verborgen gebreken van materialen en constructie werd gegeven;

Dat de eerste rechters hieruit verkeerdelijk hebben afgeleid dat, na het verstrijken van een termijn van drie jaar, appellante zich op geen enkele waarborg meer zou kunnen beroepen;

Dat zulke immers geenszins blijkt uit gezegde overeenkomst, waarin niet wordt gesteld dat de waarborgen die appellante geniet (en die door de wetten voorgeschreven zijn, nl. waarborgen van de verkoper t.o.v. van koper, tienjaarlijkse aansprakelijkheid van de aannemer, enz.), beperkt zouden worden tot een enige termijn van drie jaar, maar waarin daarentegen een aanvullende waarborg wordt gegeven voor alle eventuele verborgen gebreken van materialen en constructie, zodat dit betekent dat appellante naast de wettelijke waarborgen die van toepassing zijn ingevolge het koop-verkoopcontract en het aannemingscontract gesloten met de P.V.B.A. De G., nog over een supplementaire volledige waarborg zou beschikken voor alle eventuele verborgen gebreken van materialen en constructie, zelfs die welke de stevigheid van het gebouw niet

zouden aantasten, aangezien dit als voorwaarde niet was gesteld;

Dat hieruit voortvloeit dat appellante zeker niet ten gevolge van de overeenkomst van 1 april 1969 na een termijn van drie jaar vervallen dient te worden verklaard van elk recht om klachten t.o.v. de P.V.B.A. De G. te uiten;

Overwegende dat daarenboven na het sluiten van de overeenkomst van 1 april 1969, appellante nog in herhaalde brieven klachten heeft geuit over inkrimping en uitzetting van ramen en waterinfiltraties (8 augustus 1969, 10 september 1969, 2 december 1970, enz.);

Dat het bestaan van deze klachten bevestigd wordt in verschillende brieven van de P.V.B.A. De G., die trouwens deelnam aan meerdere vergaderingen om te pogen een oplossing te vinden;

Dat echter nooit een afdoende oplossing blijkt te zijn gevonden, wat uiteindelijk aanleiding gaf tot de dagvaarding van appellante door de eigenaars van de appartementen voor de eerste rechters, waarop appellante overging tot dagvaarding van de P.V.B.A. De G. tot vrijwaring en tussenkomst;

Dat het evident is dat zelfs de aanvullende waarborg aan appellante verleend, dient te spelen nu appellante haar klachten binnen gezegde waarborgtermijn heeft geuit;

Dat appellante bovendien haar vordering tegen de P.V.B.A. De G. niet kon instellen binnen bewuste waarborgtermijn, daar ze dit slechts kon doen nadat zij zelf door de kopers-eigenaars van de appartementen gedaagd was; dat ze dan haar vordering tot vrijwaring en tussenkomst heeft ingesteld zodat deze eis, zelfs indien men zou oordelen dat de waarborgtermijn tot drie jaar was beperkt, nog ontvankelijk is aangezien binnen de waarborgtermijn de nodige klachten werden geuit en het nodige voorbehoud werd geformuleerd;

Overwegende dat zelfs in de mate waarin het contract tussen partijen een zuiver koop-verkoopcontract zou zijn — zoals geïntimeerde De G. verkeerdelijk beweert — appellante een vordering wegens verborgen gebreken kon instellen luidens artikel 1648 B.W., ongeacht het verstrijken van de bijkomende waarborgtermijn (art. 1641 e.v.);

Dat geïntimeerde De G. in dit verband betoogt dat de vordering laattijdig werd ingesteld, omdat ze luidens artikel 1648 B.W. binnen een korte tijd moet worden ingesteld, rekening houdend met de aard van de gebreken en de plaatselijke gebruiken;

Dat het evident is dat steeds een korte termijn in acht genomen wordt wanneer de eventuele koper die tijdig (bij het verschijnen van de gebreken) klachten uit, het instellen van de vordering uitstelt in de hoop dat een minnelijke regeling tot stand zal komen (De Page, IV, nr. 182, nr. 1);

Dat hieruit voortvloeit dat zelfs indien het contract zou moeten worden gekwalificeerd als een koop-verkoopcontract — quod non — de vordering ook op grond van de artikelen 1641 e.v. B.W. ontvankelijk zou zijn;

Overwegende dat daarenboven geïntimeerde De G., die als aannemer de plaatsing van de door haar geleverde materialen voor rekening van appellante heeft gedaan, in ieder geval gehouden is door de tienjarige aansprakelijkheid bedoeld in artikel 1792 B.W.;

Dat het inderdaad zou gaan om verborgen gebreken die zich slechts kunnen manifesteren bij regenweer (doorsijpeling van water) en het, bovendien, niet uitgesloten is dat de ingeroepen gebreken het gebouw geheel of gedeeltelijk zouden kunnen doen tenietgaan;

Dat de P.V.B.A. zich aan de tienjarige aansprakelijkheid niet kan onttrekken met te beweren dat ze slechts onderaannemer is t.o.v. appellante, die immers als bouwheer-aannemer is opgetreden en het bewuste appartementsgebouw op haar eigen grond heeft gebouwd, zodat de P.V.B.A. De G. t.o.v. appellante aannemer en geen onderaannemer is;

Dat overigens artikel 1792 even goed van toepassing is op de onder- als op de hoofdaannemers (Cass., 5 mei 1967, *R.J.I.*, 1968, nr. 4420);

Overwegende dat thans geïntimeerde De G. voor de eerste keer in haar aanvullende conclusie betoogt dat de tienjarige aansprakelijkheid in casu niet van toepassing kan zijn omdat zij geen aannemer zou zijn, doch slechts verkoper en fabrikant van de geleverde ramen en deuren;

Dat ze hiervoor verwijst naar het feit dat het contract als verkoopcontract werd betiteld;

Dat het echter manifest is dat de firma De G. niet alleen de bewuste ramen en deuren heeft gemaakt en geleverd, doch ze ook heeft geplaatst, zoals duidelijk uit de tekst van het contract blijkt;

Dat de plaatsing van deze ramen onbetwistbaar valt onder het begrip aanneming van werk en dat het trouwens, bij de plaatsing is dat de fouten, die tot de schade aanleiding hebben gegeven, begaan kunnen zijn;

Dat het contract bijgevolg, ongeacht zijn betiteling, minstens gedeeltelijk — wat de plaatsing betreft — een aannemingscontract is, hetgeen overigens zo duidelijk is dat geïntimeerde dit zelf herhaalde malen in haar conclusies heeft bevestigd, wat nogmaals aantoonde dat beide partijen dit contract, ongeacht zijn betiteling, als aannemingscontract beschouwden;

Dat daarenboven het voorzien zijn van een voorlopige en een definitieve aanvaarding ook duidelijk aantoonde dat het hier wel degelijk om een aannemingscontract gaat, aangezien het uitgesloten is dat men dergelijke aanvaarding bij een doodgewone koop-verkoop zou bedingen;

Dat ten slotte van de tienjarige aansprakelijkheid, die van openbare orde is, contractueel niet kan worden afgeweken (De Page, IV, nr. 986; Deckers, II, nr. 1133; Flamme en Lepaffe, *Le contrat d'entreprise*, nrs. 651 en 652; Flamme, *Traité*, II, nr. 1057; Bricmont, *Responsabilité des architectes et entrepreneurs*, uitgave 1971, nr. 78 e.v.; Delvaux, *Traité des bâtisseurs*, nr. 438);

Overwegende dat de eerste rechters derhalve ten onrechte de vordering tot tussenkomst en vrijwaring niet ontvankelijk hebben verklaard;

(...)

VREDEGERECHT TE BRUGGE

3e KANTON — 5 SEPTEMBER 1980

Rechter: de h. De Ketelaere

Advocaten: mrs. Heyvaert, Goris en De Clerck

Eigendomsvordering en bezitsvordering — Reintegrande — Medeëigendom.

De rechtsvordering tot herstel in bezit, door een medeëigenaar ingesteld, is niet toelaatbaar wanneer de wer-

ken die het bezit aantasten, door de andere medeëigenaar zijn uitgevoerd, aangezien aldus het medeëigendomsrecht zou moeten worden onderzocht.

H. t/ N.V. L. en D.

Eiseres beweert dat zij, ten gevolge van bouwwerken, uitgevoerd door de tweede gedaagde voor rekening van de eerste, «in feite en door geweld beroofd werd van het bezit en gebruik» van een perceel grond, palend aan de Ieperstraat te K., waarvan zij voor de helft medeëigenares is samen met eerste verweerster, en van een perceel grond over een breedte van 3 meter achter aan de percelen Dumortierlaan nrs. 82 en 84, en van 6 meter achter aan de percelen Dumortierlaan nrs. 86, 88 en 90, die, samen met voormeld perceel in medeëigendom, bezwaard zijn met een contractueel recht van doorgang ten behoeve van haar eigendommen, gelegen Dumortierlaan nrs. 82-84.

Bij plaatsopneming hebben wij vastgesteld dat aan deze percelen zekere werken zijn uitgevoerd, o.m. van gedeeltelijke overbouw (tot 4 verdiepingen hoog), nivellering en vernauwing door het aanbrengen van scheidsmuren op de grenslijn.

Eiseres is van oordeel dat, door uitvoering van deze werken, haar voormelde rechten miskend werden, doch beperkt zich ertoe, althans volgens de termen door haar in de dagvaarding gebruikt, thans haar vordering — strekkende tot de veroordeling van gedaagden om voormelde percelen «onmiddellijk te herstellen in hun oorspronkelijke toestand, te ontruimen en vrij te harer beschikking en gebruik te stellen in hun oorspronkelijke toestand», met machtiging, bij gebreke daarvan, daarvoor zelf zorg te dragen op kosten van gedaagden — uitsluitend te gronden op haar recht tot wederinbezitstelling (reïntegranda).

Verweerders besluiten tot afwijzing van die vordering, tweede verweerder «als onontvankelijk zeker ontoelaatbaar», en eerste verweerder bovendien «als minstens ongegrond», om allerlei motieven, waarvan het voor ons volstaat de hierna volgende te onderzoeken.

Het is eigen aan een vordering tot wederinbezitstelling dat zij louter steunt op de verstoring van het feitelijk bezit van een onroerend goed of een onroerend recht, zonder inachtneming van de rechtsgronden, waarop een der partijen zich zou kunnen beroepen.

Dit feitelijk bezit bestond in het genot, dat eiseres heeft van haar recht op medeëigendom en op doorgang ten aanzien van de voormelde percelen, en dat gestoord zou zijn door de werken, uitgevoerd door gedaagden.

De verstoring van dit bezit is ter zake, zoals blijkt uit de plaatsopneming, niet gelegen in het volledig afnemen ervan (het teweegbrengen van een «obstacle absolu à l'exercice d'un droit de passage»: zie rechtspraak aangehaald onder nr. 590, noot 87 op p. 865 van *Zakenrecht*, deel I, B, door Derine, Vanneste en Vandenberghe), doch alleen in de beweerde aantasting van dit bezit ten gevolge van uitvoering van werken, die, volgens eiseres, feitelijkheden zouden uitmaken, inhoudende aantasting van haar onroerende rechten.

Het is ons niet mogelijk een dergelijke bezitsstoornis vast te stellen — conditio sine qua non ter toelaatbaarheid der vordering — zonder meteen de contractuele rechten, waarop partijen zich wederzijds beroepen, zowel ten aanzien van het recht op medeëigendom als ten aanzien van het recht op doorgang, te onderzoeken.

Daar dit onderzoek buiten het kader valt van het geding, is de vordering derhalve ontoelaatbaar.

Dit is des te evidentier daar het voorwerp van de vordering van eiseres strekt tot de herstelling in de oorspronkelijke toestand, inhoudend de afbraak van o.m. de overbouwingswerken, waarover uiteraard enkel zou kunnen worden beslist door de rechter ten gronde, zoals reeds is vastgesteld door de rechter in kort geding, in de motivering van zijn beschikking van 29 april 1980, bevelend het stilleggen der werken in afwachting van een beslissing ten gronde.

(...)

BOEKEN

J.F. DEKEERSMAEKER en J. VAN STEENBERGE, *Bibliografie van het Belgisch Sociaal Recht*, Kluwer, Antwerpen, 1981, 3540 fr.

Deze gesystematiseerde, losbladige, bibliografie loopt vanaf 1960, omvat thans ongeveer 8.000 bibliografische verwijzingen en zal, als ze voleindigd is er ongeveer 12.000 inhouden. Daarna zal ze jaarlijks bijgewerkt worden.

De drie grote zuilen van het werk zijn: het algemeen deel, het arbeidsrecht en de sociale zekerheid. Daarbij hebben de auteurs volledigheid nagestreefd. Opgenomen worden, niet alleen algemene werken, handboeken en tijdschriftartikelen, maar ook noten, conclusies en adviezen van het openbaar ministerie, overzichten van rechtspraak en bibliografieën. Het tijdschriftenarsenaal omvat honderd titels. Erg nuttig voor sociaalrechtelijk geïnteresseerden.

R.

Prof. mr. H.J. HOFSTRA, *Inkomstenbelasting*, Kluwer, Deventer, f78,50.

De overtalrijken die — zowel in Nederland als in België — het opmerkelijke boek *Inkomstenbelasting* door prof. mr. H.J. Hofstra hebben gelezen, zullen met genoegen vernemen dat de tweede druk van dat zo interessante geschrift van de pers is gekomen.

De vele, buitengewone en wetenschappelijke verdiensten van gemelde publikatie blijken uit de lovende recensies van de eerste uitgave ervan en zijn overbekend. Ze behoeven dan ook geen toelichting. Wegens de hier beperkte toegemeten ruimte zouden ze overigens niet volledig tot hun recht kunnen komen.

De voortreffelijkheid van *Inkomstenbelasting* baart geen verwondering, gelet op de autoriteit van prof. Hofstra en op zijn uitzonderlijk rijke ervaring op belastinggebied, welke ervaring hij heeft opgedaan zowel in de openbare sector (hij was immers o.m. inspecteur van financiën, lid van de Tweede Kamer van de Staten-Generaal, minister van Financiën, hoogleraar in het belastingrecht aan de Rijksuniversiteit te Leiden) als in de privé-sector (o.a. directeur van Verolme Verenigde Scheepswerven N.V. te Rotterdam).

Voor degenen die *Inkomstenbelasting* niet kennen, wordt opgemerkt — daar het om bovenvermelde reden niet mogelijk is uit te weiden over de omvangrijke inhoud — dat het geschrift volledig de actualiteit dient door beantwoording van de vragen naar het «hoe» in deze veelomvattende en vaak complexe stof; dat evenwel ook het «waarom» telkens aan de orde komt; dat zowel leiding bij bestudering en raadpleging van de materie als kritische benadering wordt gegeven; dat het gaat om een systematische behandeling naar onderwerpen in plaats van een artikelsgewijze toelichting op de wet.

De grote lijnen bij de behandeling — ook van de onderdelen — komen telkens helder naar voren. Zulks wordt mede bevorderd door duidelijke indelingen van de uiteenzetting, door een uitgebreide inhoudsopgave en door een alfabetisch register.

De tweede druk is volledig bijgewerkt tot en met de laatste ontwikkelingen op het gebied van de inkomstenbelasting (toestand op 1 juni 1981). Met het oog op de bruikbaarheid van het boek in de praktijk werden de verwijzingen naar de arresten van de Hoge Raad en de toelichtingen op sommige detailpunten uitgebreid. Dientengevolge, maar in het bijzonder ook door de talrijke wetswijzigingen en de toevoeging van nieuwe wetsartikelen, zomede door een voortdurende stroom van dikwijls belangrijke arresten, is de tweede uitgave enigszins lijviger dan de eerste.

Inkomstenbelasting, deel 2 van de serie «Fiscale hand- en studieboeken», is in Nederland een onmisbaar werkinstrument voor beoefenaars van het belastingrecht, een uiterst nuttig leerboek voor studenten en een haast onontbeerlijk consultatiewerk voor al wie met de inkomstenbelasting geconfronteerd wordt. Doch ook in België zal dit belangwekkende boek van veel nut zijn voor fiscalisten.

F. Amerijckx

Prof. J.C.K.W. BARTEL, *Familievennootschappen*, Fiscale Monografieën, nr. 2, Kluwer, Deventer, f57.

In dit boek worden een aantal aspecten behandeld van de opgroeiende bv en zulks van de oprichting af tot en met de bedrijfsopvolging.

Het gaat hier om een derde herziene uitgave waarin de nadruk wordt gelegd op voormelde vennootschapsvorm, terwijl in de voorgaande alleen aan de naamloze vennootschap aandacht werd besteed.

De bv is een besloten vennootschap met rechtspersoonlijkheid. In het maatschappelijk kapitaal neemt ieder van de vennoten voor één of meer aandelen deel. De aandeelebewijzen worden niet uitgegeven en zijn niet vrij overdraagbaar. De vennoten (aandelhouders) zijn niet aansprakelijk voor hetgeen in naam van de vennootschap wordt verricht. Evenmin zijn zij gehouden bij te dragen in de verliezen van de vennootschap boven het bedrag dat op hun aandelen behoort te worden gestort.

De auteur zet uitvoerig en in een logische volgorde de navermelde onderwerpen uiteen: de verschillende motieven voor oprichting van een bv.; de facetten die van belang zijn op de oprichting; het bestaan van de bv; de bedrijfsopvolging.

Die onderwerpen, aldus prof. dr. Bartel, «lenen zich voor afzonderlijke monografieën, hetgeen een beperking in de beschrijving heeft meegebracht»; ook werd «door meer algemene verwijzingen in de noten...» zoveel mogelijk op deelpublikaties gewezen».

De nieuwe uitgave wordt aangevuld met een hoofdstuk over werknemersparticipatie.

Het manuscript werd afgesloten op 31 december 1980. Evenwel werd, bij het verbeteren van de drukproeven, in beperkte mate rekening gehouden met nadien verschenen jurisprudentie.

Voor iedereen die betrokken is bij de gang van zaken in en rond de bv, alsmede voor studenten, is het boek een verhelderend en geschikt hulpmiddel. Zulks vooral in Nederland, doch ook in België, waar het o.m. niet van belang ontbloomt is zowel voor de op zijnde wijziging van het vennootschapsrecht als voor rechtsvergelijkende studie.

F. Amerijckx

Dr. H.A. KOGELS, *De Wet Investeringsrekening*, Fiscale Monografieën, nr. 34, Kluwer, Deventer, 1981, 268 blz.

De belangstelling van het publiek voor boeken over fiscale problemen blijkt deze laatste jaren steeds maar te groeien. Tech-

nische werken worden gezocht door de talrijke belastingbetalers die hopen daarin een hulp te vinden voor de oplossing van hun persoonlijke problemen; werken over fiscale politiek en systematische onderzoeken over problemen van algemene aard verwekken de hoop, dat de ziekten van onze samenleving niet ongeheelbaar zijn, en dat er nog geleerde en wijze dokters bestaan.

Het hier besproken boek beantwoordt in een zekere mate aan de verwachtingen van beide zijden. Het geeft een goed overzicht van een regeling die een belangrijke plaats ingenomen heeft in de algemene fiscale politiek van onze Noorderburen; verder geeft het ook een gedetailleerde beschrijving van de technische uitwerking daarvan.

De afkortingen WIR en SIR behoren thans in Nederland tot een vrij algemeen gebruik in de dagelijkse omgangstaal. Samengevat is de betekenis ervan de volgende: de wet van 29 juni 1979 «ter stimulering van de investeringen» heeft, ten bate van de ondernemingen, een fonds opgericht genaamd «investeringsrekening», beheerd door de ministers van Economische Zaken, van Financiën en van Sociale Zaken. Dit Fonds wordt gestijfd, in hoofdzaak, door de toekenning van een aandeel in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, en door de te innen ontvangsten in verband met desinvesteringen. Het verleent aan de ondernemers een hulp in de vorm van bijdragen en toeslagen bij de verrichte investeringen. Desinvestering, onder meer in de vorm van overdracht van de aangeworven bedrijfsmiddelen, geeft aanleiding tot desinvesteringsbetaling.

In economische zin worden de investeringsbijdragen als subsidies omschreven; in juridische termen werken zij als een negatieve belasting: zij worden, naar de gebruikte terminologie, verrekend bij wege van aanslag. In voorkomend geval wordt aan de ondernemer een positief saldo uitbetaald.

In aansluiting met de WIR (Wet Investeringsrekening) werd bovendien een regeling getroffen tot aanmoediging van regionale investeringen: de Wet Selectieve Investeringsregeling (SIR). De doelstelling van deze wet is het tegengaan van een toenemende industriële concentratie in bepaalde gebieden. Om dit doel te bereiken worden heffingen opgelegd op het verkrijgen van vergunningen voor bepaalde categorieën van gebouwen of installaties.

WIR en SIR geven uiteraard aanleiding tot ingewikkelde procedures, die door dr. Kogels in detail beschreven worden. Dit werk zal dan ook een kostbaar instrument uitmaken voor de Nederlandse belastingplichtigen. Ook buitenlanders zullen met belangstelling kennis nemen van de economische overwegingen die tot deze constructies hebben geleid, en van de resultaten die deze constructies opleveren.

Misschien mag ook opgemerkt worden dat, naar de mening van de auteur, «de verwachtingen van dit instrumentarium wellicht te hoog gespannen waren» (p. 17). Administratieve maatregelen kunnen hier en daar wel enige koerscorrecties brengen, maar de economische bewegingen blijven hoofdzakelijk aan de wet van de markt onderworpen.

Met dit werk verkreeg de auteur de graad van doctor in de economische wetenschappen aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam. Het werk getuigt inderdaad van een zeer uitgediepte studie zowel op economisch als op fiscaal-juridisch gebied. Het brengt in de reeds rijke verzameling van de fiscale monografieën van Kluwer een waardevolle aanvulling.

I. Claeys Bouuaert

Jack F. GARNER, *Practical Planning Law*. Croon Helm, Londen, 1981, 246 blz., £6.95 (paperback), £14.95 (harde kaft).

Zoals de titel ervan zelf reeds aangeeft, is dit boek een praktische handleiding over het recht van de ruimtelijke ordening in Engeland en Wales, bestemd in de eerste plaats voor «Planners, Architects and Surveyors». Het boek is echter ook meteen welkome inleiding tot het Engelse recht voor buitenlandse lezers. De auteur, emeritus hoogleraar aan de Universiteit van Nottingham,

slaagt erin, in twintig korte maar duidelijke hoofdstukken, een glashelder overzicht van recht en praktijk van de ruimtelijke ordening in Engeland en Wales te bieden.

In de eerste plaats worden enkele algemene begrippen toegelicht: recht (*law*): *common law*, «the law that has existed from time immemorial», en «*statute law*», «an Act of Parliament»; de privaatrechtelijke beperkingen op het gebruik van gronden: contracten, erfdiensbaarheden, enz.; de organisatie van de lokale besturen.

De huidige wetgeving m.b.t. ruimtelijke ordening steunt in hoofdzaak op de Town and Country Planning Act van 1971.

Opvallend is het soepel statuut van de zg. «development plans» (plannen van aanleg), d.i. een «structure plan» goedgekeurd in laatste instantie door de bevoegde staatssecretaris, aangevuld door een of meer «local plans». Bij de toekenning van individuele bouwvergunningen kan ervan worden afgeweken, zij het met naleving van een speciale procedure. In Engeland en Wales lijkt zulks niet tot misbruiken te leiden.

Uitvoerig wordt ingegaan op de problemen in verband met bouw aanvragen, en de tegen weigeringsbesluiten openstaande administratieve en jurisdictionele beroepen.

Bouwovertreddingen geven niet onmiddellijk aanleiding tot sancties. Eerst moet een «Enforcement Notice» worden betekend, d.i. de aanduiding van de «Steps Required to be taken in order to remedy the breach of planning control». Slechts wanneer die «enforcement notice» zonder gevolg blijft, kan de zaak bij de rechter worden aanhangig gemaakt. Wel bestaat, zoals ten onzent, de mogelijkheid werken, die wederrechtelijk worden uitgevoerd, voorlopig te laten stopzetten.

Benevens de wet(ten) op de ruimtelijke ordening, kunnen ook andere wetgevingen beperkingen opleggen aan het vrij gebruik van gronden; aldus, b.v., de wetten betreffende monumenten, «conservation areas», enz..

Ten slotte besteedt de auteur nog aandacht aan de problemen van planschade en van onteigeningen.

Het boek van Jack F. Garner bevat niet alleen een keurige beschrijving van de bestaande wetgeving en van de praktische toepassing ervan — en dit aan de hand van vele concrete voorbeelden — maar het behandelt ook de recente voorstellen tot hervorming van de wetgeving. Het geeft een klaar inzicht in een vreemd rechtsstelsel en leidt aldus tot bezinning over het eigen recht.

Dit boek is niet volumineus, wel lumineus; het is dus een goed boek.

L.P. Suetens

MEDEDELINGEN

«Des magistrats indépendants. Comment?»

Onder dit motto hield de «Association Syndicale des Magistrats» (A.S.M.) op 24 oktober jl. haar tweede congres te Charleroi. Ongeveer 150 leden en belangstellenden hadden er een hele zaterdag voor over.

In aanwezigheid van dhr. Brosens, kabinetschef van de minister van Justitie, sprak dhr. Trousse, voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik, het inleidend woord en citeerde daarbij het gezegde van I. Kant dat zovelen uit luiheid en lafhartigheid hun leven lang onvolwassen blijven en zich daarom zo gemakkelijk door anderen laten domineren. Dan sneed hij bondig de discussiethema's aan, die drie werkgroepen of commissies verder gingen uitdiepen.

De eerste commissie handelde over «onafhankelijkheid, tucht en vrijheid», de tweede ging nader in op «onafhankelijkheid,

loopbaan en politieke macht» en de derde had als onderwerp «onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter».

Voor de eerste groep met als president dhr. Lebas, voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Bergen, had verslaggever Jassogne, raadsheer in het Hof te Bergen, een stevig rapport (28 blz.) opgesteld. Daaruit en uit de daaropvolgende gedachtenwisseling enkele hoofdpunten.

Partijdigheid, vijandige gemoedsstemming, kleingeestigheid of gewoon gemis aan inzicht en intelligentie zijn heel menselijke gebreken. Rechters zijn er niet per definitie van gespeend. En over ambtgenoten oordelen zij niet beter of minder juist dan over andere justitiabelen. Dat zal altijd zo blijven. Het komt er enkel op aan de kwalijke gevolgen van het broze menselijk oordeel zo gering mogelijk te houden. Daartoe hebben de ontwikkelde, de democratische maatschappijen sinds lang het hoger beroep o. tweede instantie en de openbaarheid der debatten ingevoerd. Dat beide correctieven in het Belgisch tuchtrecht voor magistraten (nog) niet gelden, zag de commissie als een onaanvaardbare leemte. Vooral omdat dat recht ongeschreven en niet duidelijk omlijnd is, wat het gevaar voor persoonlijke appreciaties en dus willekeur vergroot. Toch werd opgemerkt dat de debatten slechts publiek mogen verlopen wanneer de betrokken magistraat er uitdrukkelijk om verzoekt. Ook wees men erop dat de advocaten en de leden van de meeste andere met tuchtbevoegdheid beklede orden wél het recht op hoger beroep bezitten.

Voorz. wenste de werkgroep dat de magistraat die in tuchtzaken voor zijn meerdere(n) moet verschijnen, vooraf nauwkeurig en volledig zou worden ingelicht over wat men hem ten laste legt, zodat hij zijn verdediging behoorlijk kan voorbereiden. Jassogne haalt in dit verband een arrest van de Raad van State aan (25 juli 1968, A.A.C.E., 1968, 663), dat precies omschrijft hoe dat moet geschieden. De procedure inzake de straf van waarschuwing (artt. 405 en 421 Ger. W.) dient dus eveneens schriftelijk te worden gevoerd.

Over de zwaarste straf, ontzetting uit het ambt of afzetting (art. 405 Ger. W.), wordt collegiaal beslist (art. 409 Ger. W.), wat vanzelfsprekend is. Steeds als waarborg voor de onafhankelijkheid van de magistraat, ook tegenover de hiërarchie, vond de commissie het onontbeerlijk dat de straffen die inhouding van wedde impliceren, te weten censuur met berisping en schorsing, insgelijks collegiaal zouden worden opgelegd.

Ten slotte pleitte de commissie ervoor dat de uitgesproken sancties en vooral de feiten die ertoe aanleiding gaven en de overtreden regel periodiek aan de leden van zittende en staande magistratuur zouden worden medegedeeld, natuurlijk zonder de naam van de betrokken magistraat bekend te maken indien deze dat niet wenst. Juist omdat er geen wetboek van tuchtrecht bestaat en de evolutie van hun deontologie een mysterieuze zaak blijft, zouden de magistraten met zulke informatie een breder inzicht krijgen in wat kan en wat niet.

In de eerste werkgroep namen ook nog luitenant-kolonel Protin en staatsraad Van Aelst het woord, de eerste om het tuchtstatuut van de militairen, de tweede om dat van de ambtenaren toe te lichten. Daaruit bleek dat soldaat en ambtenaar op disciplinair gebied ruimer en efficiënter beschermd zijn dan de rechter. De man van gehoorzaamheid heeft in tuchtzaken meer zeggenschap dan die van het vrije en onafhankelijke oordeel. Verbazend.

Bij de tweede commissie presideerde prof. Van Compernelle (U.C.L.) en lag een rapport van rechter Parmentier (Kh. Brussel) e.a. voor, alsook een uitgebreide nota van advocaat en volksvertegenwoordiger Van Cauwenberghe. Aan dit dispuut namen o.a. voorzitter De Stexhe van de senaatscommissie voor Justitie en stafhouders Born (Charleroi) en Hannequart (Luik) deel.

Als algemene opmerking werd gesteld dat de Grondwet (art. 100) wel de voorwaarden voor onafhankelijkheid van de individuele rechter heeft bepaald, maar niet van de rechterlijke macht in haar geheel, als korps. Zij heeft weinig of geen beslissingsmacht aangaande het gerecht en zijn werking. Dit leidt tot isolement van de rechter en maakt de magistratuur vatbaar voor externe invloeden, vooral van de uitvoerende macht. Het wordt tijd dat de magistratuur zich als een autonome kracht laat gelden,

die zelf haar werkwijzen en statuten bepaalt, haar vertegenwoordigers kiest en aan de benoeming van haar leden deelneemt. En voor de collectieve organisatie van de magistratenbelangen is een vakbondsstructuur vanzelfsprekend geboden. Een logisch besluit voor een vakbondsvergadering.

Meer in 't bijzonder liep de discussie dan over de benoemingen, het nut of onnut van een stage (terloops noteerde men dat het verslag-Krings sinds zijn publikatie in 1976 dode letter is gebleven), van een Hoge Raad voor de Magistratuur enz..

Dat geen rechter zonder politieke steun wordt benoemd, achtte men niet zo een kwalijke zaak, want dat bevordert in een land als België het onmisbaar pluralisme. Maar dat systeem mag niet in een obsessie van de evenredigheid der politieke kleuren ontaarden. De politieke partijen kunnen gerust onderlinge afspraken maken (wie zou ze het beletten?), maar moeten selectiever te werk gaan en meer belang hechten aan de intellectuele en menselijke geschiktheid van de kandidaten. Hier stelde Van Cauwenberghe (tevens ondervoorzitter van de kamercommissie voor Justitie) voor dat de parlementariërs die zich met benoemingen in de rechterlijke macht bezighouden, geregeld zouden samenkomen om hun eigen informatie over één of meer kandidaten uit te wisselen, en dan de meest geschikte(n) aan een in ieder partijbestuur op te richten «commissie van wijzen» (samengesteld uit in gerechtelijke materie bevoegde politici, en waartoe ook magistraten zouden behoren) zouden bekendmaken. Die commissie zou dan haar advies over de al of niet adequate keuze van de lokale parlementsleden aan de partijvoorzitter voorleggen, die een aldus uitgelezen kandidaat bij de minister van Justitie aanbeveelt, die het laatste woord heeft.

Eenparig meende de tweede werkgroep dat elke kandidatuur voor rechter of substituut moet worden gepubliceerd, om een beroep op de Raad van State mogelijk te maken.

Wat de promotie betreft, vond men het aangewezen dat de politici, die geheel over de eerste benoeming beslissen (en die macht zullen zij niet uit handen geven, dixit Van Cauwenberghe), zich niet met de verdere loopbaan blijven bemoeien. Bevordering moet een zaak zijn van alle magistraten samen. Precies zoals de eerste voorzitters en kamervoorzitters van de hoven door hun collega's worden gekozen (art. 99 Grondwet), zo moeten ook de ambtgenoten in de eerste aanleg hun voorzitters en ondervoorzitters vrij kunnen aanwijzen. De vraag is dan of hierbij de anciënniteit de doorslag moet geven, zoals dat in de hoven gebruikelijk is. Die regel voorkomt enerzijds allerlei naijver, frustraties bij niet-verkiezing en aanverwant verdriet, maar strookt anderzijds niet met de geest van de Grondwet (art. 99, 6e lid), die natuurlijk waarachtige en geen «pro forma»-verkiezingen voorschrijft. Kortom, de eigen collega's weten het best (zeker niet de meeste provincieraadsleden die met het leven binnen een gerecht totaal onbekend zijn) wie onder hen de hogere functies met de grootste onderscheiding zal uitoefenen.

Ook kwam men op voor de tijdelijke benoeming van de korpschefs, vijf jaar bijv., om verstarring tegen te gaan en de interne democratie te stimuleren. Tevens zouden dan heel wat meer magistraten hun leiders- en organisatietalenten kunnen ontplooiën.

In de vlakke loopbaan zag de commissie een ander middel dat kan meehelpen om Vrouwe Justitia aan de partijpolitiek te onttrekken. Ieder magistraat moet louter krachtens zijn, nader te bepalen, aantal dienstjaren een ernstige weddeverhoging kunnen genieten. Dat zal er velen van weerhouden alleen maar wegens financiële redenen bij de politici om een promotie te gaan aankloppen (wat ook de zo geprezen waardigheid van de magistratuur niet verhoogt), terwijl zij eigenlijk hun huidige functie, waarin zij de nodige ervaring opdeden en zich thuis voelen, verkiezen. Daarbij komt dat het stelselmatig heengaan van uitstekende magistraten uit de eerste aanleg de rechtbanken soms erg desorganiseert. En het aantal verbitterden omdat zij nooit bevorderd werden, zal ook afnemen.

Van Cauwenberghe, en hij niet alleen, was voorstander van een algemene pensionering op 65 jaar, ook voor cassatie, met een overgangperiode van tien jaar. Tevens pleitte hij voor de afschaffing van alle onverenigbaarheden tijdens de pensioenleeftijd.

Waarom moet men een rechter na zijn vijfenzestigste tot volkomen nietsdoen veroordelen? Dat een rechter, omdat hij enige activiteit beoogt na afscheid van zijn beroep, dit dan niet meer onafhankelijk zou kunnen uitoefenen, vond spreker ronduit beledigend voor de magistratuur. Gepensioneerde rechters kunnen best nog deeltijds werkzaam zijn in een of ander onderwijs, scheidsgerichten, rechtbankbibliotheken, scholing van jonge magistraten e.d., zelfs tegen een bescheiden vergoeding. De pensioenwetgeving belet trouwens elk winstbejag van enige omvang. Ten slotte nog dit: tijdens zijn loopbaan en niet op het einde ervan draagt de rechter, zoals de meeste burgers, de zwaarste financiële lasten (een volledig gezin, studerende kinderen enz.). Welnu, onafhankelijkheid slaat enkel op fungerende, niet op gepensioneerde rechters (want die vellen geen vonnissen meer), zodat, wil de wetgever die onafhankelijkheid doelmatig vrijwaren, hij eerder aan de werkende dan aan de rustende magistraat het gunstigst financieel statuut zal verlenen. Ook daarom heeft de vakbond de verdwijning van het emeritaat niet betreurd.

Voorzitter van de derde commissie was prof. Franchimont (Luik) en onderzoeksrechter Marotte (Namen) had een verslag klaar.

Men besprak de onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter (hierna afgekort: or.) achtereenvolgens tegenover het parket, de politieke macht en de media.

In verband met het parket werd geconstateerd dat de procureur-generaal een recht van toezicht op de or. heeft (art. 279 Sv.), maar geen recht van leiding. Doch omdat de or. ook officier van gerechtelijke politie is en als dusdanig onder het *gezag* van de procureur-generaal staat (art. 9 Sv.), hebben sommige hoge parketmagistraten de neiging om jegens de or. als hiërarchische overste op te treden, met alle nadelige gevolgen vandien. Daarenboven twist men nog steeds over het onderscheid tussen daden van onderzoek en van politie, dat in de praktijk vaak moeilijk te maken valt. Aan die hybride toestand moet een einde komen door opheffing van die dubbele, en dubbelzinnige, hoedanigheid van de or.

De or. moet niet, als absolute regel, ieder conflict met het parket uit de weg gaan (meestal om zijn carrière niet te schaden), want dan riskeert hij een repressieve mentaliteit te ontwikkelen, die met zijn plicht van onpartijdigheid onverenigbaar is.

Sommige parkethoofden komen ertoe om via hun advies bij de aanwijzing van een or. bepaalde niet al te gewillige en echt onafhankelijke magistraten van het onderzoek verwijderd te houden. De rechtbankvoorzitters moeten zich hoeden voor een dergelijke druk van het openbaar ministerie, en ook niet systematisch de jongst benoemde rechters naar het onderzoek sturen, op wie het parket immers gemakkelijker vat heeft.

Voorts hekelde de commissie het veelvuldig delegeren naar het onderzoek, omdat het parket hier nog sterker tussenbeide komt. Delegatie moet de uitzondering blijven, en slechts dienen tot zeer tijdelijke vervanging van een ambtsdrager.

Inzake de politieke macht onderstreepte de groep dat, in tegenstelling tot de kamervoorzitters en enige rechters, de or. door de Koning wordt benoemd, en de hernieuwing van zijn mandaat bij K.B. geschiedt, wat weer de deur openzet voor inmenging van de politieke wereld. Daarom werd de wens uitgedrukt dat de or., zoals de jeugdrechter, na zijn negende dienstjaar vast zou worden benoemd. Ook moet de or. binnen zijn functie zelf promotie kunnen maken, zoals in Frankrijk, waar men een eerste or. en een deken kent. Want zonder een statuut dat veiligheid en sereniteit waarborgt, blijft de onafhankelijkheid een wankel zaak.

Tevens oordeelde de commissie dat de or., die bevoegd is om geheel op eigen initiatief en soeverein de zware beslissing tot vrijheidsberoving te nemen, ook zonder instemming van andere instanties (art. 6 wet 20 april 1874) het aanhoudingsbevel tijdens het onderzoek moet kunnen opheffen. Dat kan de rechtsonderhorige enkel baten en zal een vaak te langdurige voorlopige hechtenis voorkomen, die een vrijheidsstraf zonder vonnis ten gronde is geworden.

Bij het contact met de media behoort de or. de belangen zowel van zijn onderzoek als van het individu en de gemeenschap af te

wegen. Samenwerking met de pers is onontbeerlijk, maar wie zal haar inlichten? Het openbaar ministerie, menen de parketoversten. De commissie zag die taak eerder aan de or. toevertrouwd, want hij is immers geen vervolgende partij en aan zijn objectiviteit kan men dus moeilijker twifelen. Ook kent de or. alle elementen van het dossier in elk stadium van het onderzoek, zodat hij het beste inzicht heeft in de al of niet vrij te geven informatie. Bedachtzaamheid is hier het hoogste gebod, ook al omdat het onderzoek niet op tegenspraak verloopt.

Tot daar enkele krachtlijnen van dit boeiend congres. De A.S.M. beseft natuurlijk dat die morgen nog geen wet zullen zijn, maar hoopte niettemin met Marcus Aurelius (door Jassogne geciteerd) «dat wij samen de moed zullen hebben om te veranderen wat veranderd kan worden, de kracht om het onherroepelijke te aanvaarden, en de wijsheid om het een van het ander te onderscheiden».

Alle ingediende rapporten en nota's zijn verkrijgbaar door storting van fr.350 op rekening nr. 630-0438931-65 van de «A.S.M.» met vermelding: «documentatie congres 24.10.1981».

H. Albers

Internationale octrooi-aanvragen in België

Op 19 juni 1970 werd te Washington het Verdrag tot samenwerking inzake octrooien en Uitvoeringsreglement opgemaakt.

Bij de Belgische wet van 8 juli 1977 werd dit verdrag goedgekeurd samen met drie andere verdragen, met name het Verdrag betreffende de eenmaking van enige beginselen van het octrooirecht, opgemaakt te Straatsburg op 27 november 1963, het Verdrag betreffende de verlening van Europese octrooien (Europees Octrooiverdrag), Uitvoeringsreglement en vier Protocollen, opgemaakt te München op 5 oktober 1973 en het Verdrag betreffende het Europees octrooi voor de Gemeenschappelijke Markt (Gemeenschapsoctrooiverdrag), en Uitvoeringsreglement, opgemaakt te Luxemburg op 15 december 1975 (B.S. 30 september en 7 oktober 1977).

Luidens de bekendmaking in het Staatsblad van 5 november 1981 werd de bekrachtigingsoorkonde van België neergelegd op 14 september 1981 en zal het verdrag voor België in werking treden op 14 december 1981.

Het koninklijk besluit betreffende het indienen van een internationale octrooi-aanvraag in België (21 augustus 1981) is in hetzelfde nummer van het Belgisch Staatsblad (5 november 1981) opgenomen.

Het overleven van privé-ondernemingen in moeilijkheden

Elfde internationaal colloquium van de FIEDA (Fondation Internationale pour l'Enseignement du Droit des Affaires'), gehouden te Quebec, van 2 tot 5 oktober 1981

Dit colloquium werd in de Rechtsfaculteit van de Universiteit te Laval gehouden, in aanwezigheid van tweehonderd deelnemers, Fransen, Canadezen, Italianen, Belgen, Duitsers en Zwitsers, universitaires en beoefenaars van het economisch en het handelsrecht.

Er werd onderzocht hoe de juristen kunnen bijdragen tot het overleven en het herstel van ondernemingen wanneer zij het risico lopen aan een collectieve procedure, ingeleid door de schuldeisers, te worden onderworpen en derhalve, al te vaak, moeten worden vereffend.

In voltallige zitting werden drie onderwerpen onderzocht.

Het eerste betrof de rol die de staat kan spelen om de onderneming te helpen in die moeilijke toestand. Door de verslagen werd aangetoond dat, hoewel die hulp thans door alle Staten normaal wordt geacht, geen enkel precies criterium de mogelijkheid biedt te bepalen wanneer die hulp nuttig is. Er wordt immers aangenomen

men dat de Staat geen verlieslatende bedrijven artificieel in leven dient te houden, maar alleen ondernemingen die hun normale werking moeten kunnen hervatten.

Het tweede onderwerp betrof de rol van vakbonden en van werknemers. Er werd aangetoond dat, behalve in de B.R.D., de overlegstructuren slecht werken in tijden van economische crisis. De botsingen zijn veelvuldiger dan de besprekingen, wat het herstel bemoeilijkt.

Het derde onderwerp betrof de rol van de bankiers. In dit verband bestaat er een scherp contrast tussen de Franse en Belgische ervaring en de rechtspraak te Quebec.

In het eerste systeem, wordt de bankier met een aansprakelijkheid bedreigd wanneer hij een onderneming te lang steunt of integendeel te snel zijn krediet intrekt. Daarentegen maken instellingen zoals de fiduciaire eigendom het de bankier, volgens het recht van Quebec, mogelijk om de goederen van de onderneming in zijn voordeel en zonder formaliteit te vereffenen.

Ten slotte werden twee ronde-tafelgesprekken gewijd aan de internationale en rechtsvergelijkende aspecten van de collectieve procedures, gevoerd door de schuldeisers van de onderneming.

De verslagen van het colloquium, die ongeveer 1000 getypte bladzijden beslaan zullen binnenkort in Canada gepubliceerd en in Frankrijk verspreid worden.

Na het succes van dit colloquium zal de FIEDA een nieuwe vergadering in 1983 beleggen met als thema de rechtsmachten in het economisch en het handelsrecht.

Het adres van de FIEDA is: 3 avenue Robert Schuman, 1621 Aix en Provence.

L.S.

Prijs Lucien Champion

Deze prijs, gesticht in 1929 ter herinnering aan Lucien Champion, hoogleraar aan de Université libre de Bruxelles en auteur van *La théorie sur l'abus des droits* (op 31-jarige leeftijd overleden), is thans toegekend aan mr. Ludo Cornelis, advocaat bij de balie te Brussel voor zijn boek, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*.

De jury was als volgt samengesteld: mrs. Lucien Simont, Jacques De Gavre, Pierre Van Ommeslaghe, Roger Dalcq en de heren F. Dumon en R. Bützler, professoren aan de V.U.B..

De prijs wordt uitgereikt aan een advocaat, afgestudeerd aan de Université Libre de Bruxelles of aan de Vrije Universiteit Brussel, ingeschreven op het tableau van de Orde van Advocaten te Brussel sinds minder dan tien jaar, auteur van een juridisch of sociologisch werk en, op het ogenblik van het neerleggen van het werk, minder dan veertig jaren oud.

Sinds de stichting werd de prijs slechts vijf maal toegekend. De vorige laureaten waren de professoren Jean Van Ryn, René Dekkers, Roger Dalcq en Pierre Van Ommeslaghe.

BERICHTEN

Twintig jarig bestaan van de Belgische Vereniging voor Agrarisch Recht

Ter gelegenheid van de oprichting, twintig jaar geleden, van de Belgische Vereniging voor Agrarisch Recht, vindt op vrijdag 27 november 1981 te 14.15 u in het Europees Huis van de Landbouw, Wetenschapstraat 23-25, te Brussel (ingang C, 1ste verdieping, zaal B) een academische zitting plaats, waarop de heer J. Megret, advocaat te Parijs, directeur van het Institut des Hautes Etudes de Droit Rural et d'Economie Agricole te Parijs en voor-

zitter van het Europees Comité voor Agrarisch Recht, een voordracht zal houden over "L'évolution du Droit Rural pendant les vingt dernières Années".

Om organisatorische redenen worden de deelnemers verzocht contact op te nemen met het secretariaat van de Vereniging (M. Heyerick, Guldenvlieslaan 72 te 1060 Brussel, tel. 02/538.81.60).

Post-universitaire cyclus Rechtsfaculteit R.U.G. — Hulde aan wijlen Prof. Dr. W. Delva

Op 4 december 1981 te 15u30 zal bij het beëindigen van de voordrachten te Gent in het raam van de Post-universitaire cyclus 1981-82: «De Internationalisering van het Belgisch Privaatrecht», hulde gebracht worden aan de initiatiefnemers en inrichters van de voorbije cycli, wijlen prof. Willy Delva en ere-eerste voorzitter van het Hof van Beroep te Gent, Frans Van Parijs.

Na de hulde zal de feestrede op deze slotzitting uitgesproken worden door professor L. De Gryse over «Nationaal en internationaal recht: één recht?»

De zitting wordt gehouden in de Academieraadzaal van de R.U.G., Voldersstraat 9 te Gent. Nadien wordt door de Rechtsfaculteit een receptie aangeboden.

Al wie zich bij de hulde aan de initiatiefnemers van de interfacultaire post-universitaire cycli in het recht, wil aansluiten, is van harte welkom.

Rechtspositie van de verbruiker

Op 21 oktober 1981 werd te Brussel een door de Verbruikersunie georganiseerd colloquium gehouden over verbruikers, recht en rechtspraak.

Naar aanleiding van dat colloquium werd een document uitgegeven onder de titel: «Naar een vernieuwde rechtspositie van de verbruiker: de voorstellen van Test-Aankoop». Dit document, dat aan de deelnemers werd uitgereikt, wordt thans aan een ieder die zich voor de behandelde materie interesseert, ter beschikking gesteld voor de prijs van 180fr. De Verbruikersunie wenst echter de lezers van het Rechtskundig Weekblad ter kennis te brengen dat zij het document gratis toegestuurd kunnen krijgen op verzoek (Test-Aankoop, Dienst Externe Relaties, Hollandstraat 13, 1060 Brussel, tel. 02/537.42.65).

Deeltijdse arbeid — Studiedag te Antwerpen

Deeltijdse arbeid is aan de orde van de dag in diverse kringen, zowel bij werkgevers, vakbonden, juristen, arbeidsgeneesheren, e.d.m..

Ook de wetgever en officiële instanties zijn ermee begaan, hiervan getuigen o.m. de wet van 23 juni 1981 die de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten en de wet betreffende het arbeidsreglement heeft gewijzigd en, wat de lopende overeenkomsten betreft, in werking treedt op 1 maart 1982; de wetten inzake sociale zekerheid die reeds van kracht zijn en andere die in het verschiet liggen, alsmede de collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten in de Nationale Arbeidsraad, o.m. die van 27 februari 1981.

De opzet van de studiedag is het fenomeen van de deeltijdse arbeid toe te lichten vanuit verscheidene disciplines, zodat de deelnemers aan deze studiedag een volledig inzicht krijgen zowel vanuit organisatorisch, juridisch, psychologisch als vanuit medisch oogpunt.

Programma

- 9.30u.: Ontvangst van de deelnemers
- 9.45u.: Verwelkoming en inleiding door prof. R. Blanpain, voorzitter B.V.V.A.
- 10.00u.: Sociologische benadering van de deeltijdse arbeid, door prof. J. Bundervoet
- 10.30u.: Het organiseren van deeltijdse arbeid, door de heer Ch. Brusselairs, personeelschef GB-INNO-BM
- 11.00u.: Koffiepauze
- 11.15u.: Juridische benadering vanuit het arbeidsrecht, door de heer X. Verboven, juridisch adviseur studiedienst A.B.V.V.
- 11.45u.: Juridische benadering vanuit sociale zekerheidsrecht, door mevrouw M. De Vits, sociaal adviseur Studiedienst A.B.V.V.
- 12.15u.: Middagmaal
- 14.00u.: Psychologische benadering, door mevrouw F. Verbist, bedrijfspsychologe I.T.C.
- 14.30u.: Arbeidsgeneeskundige benadering, door dokter P. Jacques, geneesheer-directeur IDEWE
- 15.00u.: Koffiepauze
- 15.15u.: Paneelgesprek, waaraan deelnemen: de inleiders; de heer A. Berkvens, directeur sociale zaken Generale Bankmaatschappij; mevrouw A. De Kinder, A.C.L.V.B.; de heer G. De Swert, A.C.V.; de heer J. Van Holm, V.B.O.
- 16.30u.: Einde studiedag.

Datum: zaterdag 12 december 1981.

Plaats: IPO, Universitaire Faculteiten St.-Ignatius, Rodestraat 34, Antwerpen.

Inschrijvingen: door storting op bankrekening nr. 431-0245321-75 B.V.V.A. - 3000 Leuven

Inschrijvingsgeld: 1.600fr. voor leden; 1.800fr. voor niet-leden.

In het inschrijvingsgeld is inbegrepen: lunch en documentatimap; Boek «Deeltijdse Arbeid», door prof R. Blanpain.

ERRATA

In de bijdrage van W. Lambrechts over «De Vreemdelingenwet en de nieuwe bijzondere procedureregeling voor de Raad van State», verschenen in nr.9 is een zeffout geslopen. De laatste regel van kolom 629: «rechtsmidde-len tegen de administratieve beslissingen die ...» moet geplaatst worden als laatste regel van kolom 630 na: «... verscheidene».

In de samenvatting van Rb. Gent, 14 juli 1981, R.W., 1981-82, 690, dient de tweede alinea als volgt te worden gelezen:

«De voorzitter in kort geding veroordeelt de Staat tot een dwangsom van 10.000fr. voor iedere dag vertraging in de consignatie vanaf de dag na de betekening van de beschikking tot de dag vóór de consignatie van de vergoeding.»

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift voor agrarisch recht, 1981

nr. 2, juni

G. Bublot, L'achat de terres agricoles est-il un bon placement?; A. De Leeuw, De Nederlandse Ontwerp-Landinrichtingswet gezien in Europees perspectief.

Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht, 1981

nr. 4, juli-augustus

F. Amerijckx, Fiscaliteit van gemeenschappen en gewesten; K. Lenaerts, Het federalisme, een centripetaal constitutioneel model in de Verenigde Staten van Amerika; R. Hebbelinck, Een school voor managers uit de openbare sector: de school der militaire administrateurs; J.R. Stellinga, Een begrotingsadvies van de Nederlandse Raad van State; P. De Vroede, Bedenkingen bij de gewone wet tot hervorming der instellingen van 9 augustus 1980; R. Elst, Rechtsbescherming der ambtenaren tegen onrechtmatige bevorderingen door de Raad van State?; P. Berckx, Problemen van de ontvankelijkheid van een verzoek tot rechtsherstel na rechtsweigering waarvoor in het geschreven recht geen oplossing te vinden is.

Tijdschrift voor notarissen, 1981

nr. 7-8, juli-augustus

C. Engels, De betekenissen die de notaris moet laten uitvoeren naar aanleiding van de verkoping van een onroerend goed dat tot een failliete boedel behoort.

De verzekering, 1981

nr. 260, januari-april

9me Colloque juridique international du Comité européen des assurances. Principes et normes de la réparation (P. Tercier, Rapport initial; M. Ruault, Rapport final); H. Bocken, Aansprakelijkheid voor milieuschade; V.H., noot bij Arbrb. Charleroi, 22 juni 1978 (berekening van vergoeding voor begrafeniskosten van minderjarig slachtoffer van een arbeidsongeval); V.H., noot bij Arbh. Gent, 9 maart 1978, en Cass., 15 oktober 1979 (begrip arbeidsongeval — hersenbloeding); V.H., noot bij Arbrb. Verviers, 15 oktober 1979 (basisloon voor vergoeding van arbeidsongeval — terugbetaling door werkgever van verplaatsingskosten van werknemer van en naar het werk en van aanvullende vakantietoelage in de textielsector); V.H., noot bij Arbrb. Hasselt, 27 juni 1978, en Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 28 november 1979 (simulatie van arbeidsongeval — terugbetaling van ten onrechte ontvangen vergoedingen); V.H., noot bij Arbh. Antwerpen, 12 maart 1980 (datum van vaststelling van het basisloon bij arbeidsongeval met blijvende arbeidsongeschiktheid); V.H., noot bij Arbh. Antwerpen, 29 april 1980 (weigering van toekenning van arbeidsongevallenrente aan moeder van het slachtoffer, als niet bewezen is dat aan haar regelmatig loon werd gestort); A.T., noot bij Kh. Brussel, 12 april 1978, en Hof Brussel, 24 september 1980 (scheidsrechterlijk beding in verzekeringscontract — stuiting, door onderhandelingen, van de verjaring van de vordering voortvloeiende uit het verzekeringscontract — verzwijging bij het aangaan van het verzekeringscontract).

Bank- en financieuzen, 1981

nr. 3

P. Van der Haegen, La thérapeutique Thatcher en question; J. Rega, La télématicque financière en Belgique; F. Moreau, Analyse financière des faillites et comptabilité d'inflation; V. Leysen, Naar een gemeenschappelijke markt van het verzekeringswezen; X. Levend verleden; M. Vandemeulebroeke, advies voor Hof Brussel 27 januari 1981 (tussenkomst van het Herdisconterings- en Waarborginstituut bij faillissement van een bank); G.M., noot

bij Hof Brussel, 27 januari 1981, bovengenoemd; E. Wymeersch, Buitenlandse juridische informatie; M. Vander Elst, Kroniek van fiscaal recht; J. Michiels, Karakteristieken van de financiering van de betalingsbalanstekorten 1974-80; K. Puhlmann, Le trading des euro-obligations; G. Martin, Familiaalalbum van het Belgische Bankwezen in 1980.

Journal du droit international, 1981

nr. 2, april-juni

M. Simon-Depitre, La condition des étrangers en 1980; P. Mayer, Les lois de police étrangères; B. Audit, A. Huet, Ph. Kahn, B. Oppetit, Jurisprudence (France); J. Van der Linden, Jurisprudence (Afrique noire anglophone).

Naamloze vennootschap, 1981

nr. 7-8, juli-augustus

J.H. Derksen, Verslag van de president van de Nederlandse Bank over 1980; F. Hartog, De personele inkomensverdeling in Nederland; J. Reynaerts, Het investeringsloon als beleidsinstrument.

Revue critique de droit international privé, 1981

nr. 2, april-juni

H. Batiffol, La quatorzième session de la conférence de La Haye de droit international privé; P. Pelletier, Propositions pour l'application dans l'espace de la loi du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection de l'emprunteur dans le domaine immobilier; P. Lagarde, noot bij Hof Parijs, 20 februari 1981 (bewijs van Franse nationaliteit); M. Simon-Depitre, noot bij Cass. fr., 6 mei 1980 (dranksluiterij — verbod tot exploitatie voor Tunesiër); D. Turpin, noot bij Conseil d'Etat, 14 januari 1981 (verblijfs- en werkvergunning van buitenlands student); Y. Lequette, noot bij Rb. Rijsel, 28 maart 1980 (Nalatenschap van in Spanje gelegen onroerende goederen); F. Knoepfler, noot bij Tribunal Fédéral Suisse, 12 juni 1980 (weigering tot inschrijving in registers van de burgerlijke stand van een in Engeland geboren natuurlijk kind — naam — toepasbaar recht); J. Mestre, noot bij Cass. fr., 7 oktober 1980 (handelsvertegenwoordiging — overeenkomst tussen Fransen, met woonplaats in Frankrijk — rechtskeuze van Frans recht — geen internationaal karakter); H. Gaudemet-Tallon, noot bij Cass. fr., 13 januari 1981 (echtscheiding — eiseres van Zweedse nationaliteit — verweerder van Britse nationaliteit — onbevoegdheid van Franse rechter); P. Lagarde, noot bij Hof v. Just., 6 mei 1980 (art. 1, al. 2, van het protocol bij het Europees Executieverdrag).

Tijdschrift voor privaatrecht, 1981

nr. 1, januari-maart

G. Traest, Landbouwvennootschap en pacht; J. Herbots, Incorporatie van vreemd recht in een overeenkomst; A. Van Oevelen, De nieuwe tijdelijke huurwet van 23 december 1980: méér dan een coördinatie; R. Derine en P. Hamelink, Overzicht van rechtspraak 1973-1979 (zakenrecht).

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie, 1981

nr. 5571, 4-11 juli

L. Wolefsbergen, OGB: Ongetwijfeld goed bedoeld; M.J.A. Mourik en W.C.J. Robert, Samenlevingscontracten in de notariële praktijk; P.J.N. Van Os, Positie, houding, doen en laten van de notaris; A. Van Oven, Overzicht der Nederlandse rechtspraak (naamloze vennootschap en besloten vennootschap 1975-1980).

nr. 5572, 18-25 juli

G. Eykman, Smart en geld; L.G. Van Dijke, Een voorkeursrecht voor huurders?; A. Van Oven, Overzicht der Nederlandse rechtspraak (naamloze en besloten vennootschap 1975-1980).

nr. 5573, 1-8 augustus

H. Schuttevaer, Het wezen van de z.g. materiële bevoordeling; G. Van Dijke, Een voorkeursrecht voor huurders?