

RECHTSVERGELIJKING

De uitdagende wereld van het recht

Danny Pieters en Bert Demarsin

Acco Leuven / Den Haag

Inhoud

Woord vooraf bij de eerste uitgave	7
Woord vooraf bij de tweede uitgave	9

DEEL I

RECHTSVERGELIJKING: ALGEMENE PRINCIPES

1 Wat is rechtsvergelijking?	13
1.1 Rechtsvergelijking, begrip en buitenlandrechtkunde	13
1.2 Discipline of methode?	14
1.3 Soorten rechtsvergelijking	15
1.4 Relaties met belendende rechts- en wetenschapsdomeinen	18
2 Waarom rechtsvergelijking?	25
2.1 Algemeen	25
2.2 Onmiddellijke doelen en functies van de rechtsvergelijking	27
2.3 Intermediaire doelen en functies van de rechtsvergelijking	29
2.4 Verwijderde doelen en functies van de rechtsvergelijking	35
3 Hoe recht vergelijken?	43
3.1 Methoden van rechtsvergelijking	43
3.2 Fasen van de rechtsvergelijking	44
3.3 Bijzondere aandachtspunten	59
3.4 Bescheidenheid en moed	66
4 Hoe landen groeperen?	71
4.1 Rechtsfamilies	71
4.2 Overname van recht	81
4.3 Unitaire en samengestelde staten	82
4.4 Monisme en dualisme	83

DEEL II

OVERZICHT VAN ENKELE SLEUTELJURISDICTIES

1 Opzet en structuur	91
2 België	95
2.1 Historisch kader	95
2.2 Staatsstructuur en rechtsbronnen	97
2.3 Onderlinge verhouding van de rechtsbronnen	100
2.4 Indeling en algemene benadering van het recht	102
2.5 Gerechtelijke organisatie	103
2.6 Invloeden	105
3 Nederland	107
3.1 Historisch kader	107
3.2 Staatsstructuur en rechtsbronnen	108
3.3 Onderlinge verhouding van de rechtsbronnen	114
3.4 Indeling en algemene benadering van het recht	116
3.5 Gerechtelijke organisatie	117
3.6 Invloeden	120
4 Frankrijk	123
4.1 Historisch kader	123
4.2 Staatsstructuur en rechtsbronnen	124
4.3 Onderlinge verhouding van de rechtsbronnen	131
4.4 Indeling en algemene benadering van het recht	133
4.5 Gerechtelijke organisatie	134
4.6 Invloeden	137
5 Duitsland	141
5.1 Historisch kader	141
5.2 Staatsstructuur en rechtsbronnen	142
5.3 Onderlinge verhouding van de rechtsbronnen	148
5.4 Indeling en algemene benadering van het recht	149
5.5 Gerechtelijke organisatie	149
5.6 Invloeden	152

6 Verenigd Koninkrijk	155
6.1 Historisch kader	155
6.2 Staatsstructuur en rechtsbronnen	159
6.3 Onderlinge verhouding van de rechtsbronnen	165
6.4 Indeling en algemene benadering van het recht	167
6.5 Gerechtelijke organisatie	169
6.6 Invloeden	173
7 Verenigde Staten van Amerika	175
7.1 Historisch kader	175
7.2 Staatsstructuur en rechtsbronnen	177
7.3 Onderlinge verhouding van de rechtsbronnen	182
7.4 Indeling en algemene benadering van het recht	185
7.5 Gerechtelijke organisatie	186
7.6 Invloeden	190
8 Rusland	193
8.1 Historisch kader	193
8.2 Staatsstructuur en rechtsbronnen	196
8.3 Onderlinge verhouding van de rechtsbronnen	201
8.4 Gerechtelijke organisatie	203
8.5 Invloeden	204
9 China	207
9.1 Historisch kader	207
9.2 Staatsstructuur en rechtsbronnen	209
9.3 Onderlinge verhouding van de rechtsbronnen	214
9.4 Algemene benadering van het recht	215
9.5 Gerechtelijke organisatie	216
9.6 Invloeden	217
10 Japan	221
10.1 Historisch kader	221
10.2 Staatsstructuur en rechtsbronnen	222
10.3 Onderlinge verhouding van de rechtsbronnen	228
10.4 Indeling en algemene benadering van het recht	229
10.5 Gerechtelijke organisatie	229
10.6 Invloeden	231

11 Islamitisch recht	235
11.1 Geloof en recht	235
11.2 Rechtsbronnen	236
11.3 Verhouding tot het internationale recht	241
11.4 Indeling en algemene benadering van het recht	242
11.5 Verhouding tot het hedendaagse recht van staten	242
12 Afrikaans recht	247
12.1 Gelaagd recht	247
12.2 Traditioneel Afrikaanse laag	248
12.3 Religieuze laag	251
12.4 Koloniale laag	251
12.5 Recht van na de onafhankelijkheid	253
12.6 Juridisch pluralisme	253
 DEEL III	
BIJ WEGE VAN ILLUSTRATIE: RECHTSVERGELIJKING IN PUBLIEK- EN PRIVAATRECHT	
1 Staatsvorm en gezag	265
1.1 Opzet en structuur	265
1.2 Democratie, mensenrechten en rechtsstaat	266
1.3 Centralisme, deconcentratie, decentralisatie en federalisme	271
1.4 Staatshoofd, regering, volksvertegenwoordiging en onderlinge relaties	276
1.5 Rechters	280
1.6 Grondwetten	282
2 De persoon en zijn familie	287
2.1 Opzet en structuur	287
2.2 Individueel, persoonlijkheid, staat en handelingsbekwaamheid	289
2.3 Verticale familieverhoudingen	298
2.4 Horizontale familieverhoudingen	303
3 Aansprakelijkheid	313
3.1 Opzet en structuur	313
3.2 Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht	316
3.3 Contractenrecht	326

Rechtsvergelijking: algemene principes



Deel I

1

Wat is rechtsvergelijking?

1.1 Rechtsvergelijking, begrip en buitenlandrechtkunde

Het begrip 'rechtsvergelijking' bestaat uit twee kernelementen: recht en vergelijking.

Het recht kan allerhand zijn: een heel rechtstelsel (alle recht op een bepaalde plaats op een bepaald ogenblik geldend) maar ook een onderdeel daarvan. Zo kan de vergelijking een rechtstak betreffen (bv. familierecht) of een beperkter geheel van rechtsnormen (bv. de plichten van ouders ten overstaan van hun kinderen) of bepaalde rechtsinstellingen of rechtsbegrippen (bv. goede trouw). Hieronder gaan we verder in op de diversiteit van het recht dat het voorwerp kan uitmaken van rechtsvergelijking.

Het tweede kernelement is een actie: vergelijken. Vergelijken houdt in: het onderzoeken van de verschillen en gelijkenissen tussen twee of meer entiteiten.

Rechtsvergelijking kan dan, ontdaan van alle overige ballast, omschreven worden als het onderzoeken van de verschillen en gelijkenissen tussen twee of meer rechtssystemen of welbepaalde onderdelen daarvan. De doelstelling van de rechtsvergelijkende activiteit kan divers zijn en hoort naar onze mening niet tot de wezensdefinitie van de rechtsvergelijking. Meer duiding over de functies van de rechtsvergelijking volgt hierna. Maar zelfs de zeer algemene toevoeging 'om deze te verklaren' of 'om deze te verklaren en te evalueren' vertoont weinig meerwaarde en kan dan ook weggelaten worden. Uiteraard zal bij een onderzoek van verschillen en gelijkenissen de vraag rijzen naar het waarom en het waartoe ervan. Het is echter de vraag of de rechtsvergelijkende methode alleen die vragen kan beantwoorden en of dan niet op zijn minst ook andere disciplines, zoals historische of sociologische, erbij gehaald moeten worden. Wellicht ligt hierin ook het onderscheid tussen de rechtsvergelijkende methode en rechtsvergelijking als wetenschap, waarover verder meer.

In het Nederlands ('rechtsvergelijking') en het Duits ('Rechtsvergleichung') dekt de vlag de lading en is meteen duidelijk dat het hier niet om een aparte rechtstak gaat (zoals zakenrecht of belastingrecht). Bij rechtsvergelijking gaat het om meta-recht, waarbij onder meer ook de rechtsgeschiedenis, de rechtssociologie en de rechtstheorie thuishoren. De Franse ('droit comparé'), Engelse ('comparative law') en Spaanse ('derecho comparado') terminologie is in dat opzicht misleidend.

1.2 Discipline of methode?

Is rechtsvergelijking een wetenschappelijke discipline of 'slechts' een methode? Is rechtsvergelijking een volwaardige wetenschap, slechts een deel van de rechtswetenschap of slechts een hulpwetenschap? Over die en gelijkaardige vragen hebben heel wat auteurs al vele bladzijden geschreven. We zijn het eens met Kischel (2015, rnr. 55) dat die vragen pas een sluitend antwoord verlangen als dat antwoord bepalend zou zijn voor de oplossing van een concreet onderzoeksprobleem. Zo'n concreet onderzoeksprobleem liet zich echter nog niet vinden.

Belangrijk is wel dat rechtsvergelijking verlangt dat de methode die gehanteerd wordt, wetenschappelijk verantwoord is en dat rechtsvergelijking als wetenschap degelijk methodisch onderbouwd gebeurt.

Vergelijken doe je niet zomaar; je zorgt ervoor dat je observatie objectief geschiedt, dat alleen wat vergelijkbaar is vergeleken wordt en dat een ander onderzoeker op basis van dezelfde gegevens tot een gelijkaardig resultaat kan komen. Vergelijken doe je op een wetenschappelijk verantwoorde wijze; waarbij er ruimte is voor een verscheidenheid aan methoden, in functie van het gestelde doel.

Om op een goede, wetenschappelijke wijze te kunnen vergelijken, zullen we echter in de regel niet *tabula rasa* kunnen of willen starten: we zullen voortbouwen op het werk van anderen bij het definiëren van het voorwerp van ons vergelijkend onderzoek, het formuleren van de relevante vragen, het situeren ervan in een bredere context.. Wel zullen we de methodologische keuzen van die anderen moeten kennen; we moeten zeker zijn van de soliditeit van het fundament waarop gebouwd wordt. Het geheel van op een wetenschappelijk valide wijze verzamelde kennis inzake de vergelijking van rechtsstelsels of onderdelen ervan kan dan als de steeds evoluerende rechtsvergelijkende wetenschap gezien worden. In die wetenschap neemt de kennis verworven op basis van de rechtsvergelijkende methode uiteraard de eerste plaats in, maar ook de reflectie over de methoden en problemen van het rechtsvergelijkend onderzoek, de kennis verworven door andere wetenschappelijk valide methoden en de kennis van andere wetenschapsdomeinen hebben hierin hun plaats. Dat is dan in de eerste plaats het geval om de vastgestelde gelijkenissen en verschillen te verklaren en te

waarderen. Zo kunnen onder meer de geschiedkunde en de sociologie bijdragen tot de uitbouw van de rechtsvergelijkende wetenschap. De rechtsvergelijking zelf kan dan weer een bijdrage leveren voor onder meer juridisch, historisch en sociologisch onderzoek. In die zin zal de rechtsvergelijking als hulpwetenschap kunnen fungeren.

Elk rechtsvergelijkend onderzoek, hoe goed ook doorgevoerd, zal steeds onvolmaakt zijn. Dat is deels te wijten aan de onvolmaaktheid van de rechtsvergelijkende wetenschap waarop gesteund wordt, en deels aan de beperkingen die elke onderzoeker aan zijn onderzoek dient te stellen. Zie verder meer over die beperkingen inherent aan de rechtsvergelijkende activiteit. Dat die beperkingen tot het wezen van de rechtsvergelijking behoren, vloeit voort uit de bijna ongrijpbare complexiteit van de rechtsvergelijkende activiteit. Uiteraard kunnen we steunen op het werk van de comparatisten die ons zijn voorgegaan, inhoudelijk maar zeker ook methodologisch. Laat ons nu echter al een eerste keer beklemtonen dat die onvolmaaktheid wetenschappelijk duldbaar is als men zich ten minste bewust is van de beperkingen die men heeft en voor zover men de grondhouding van elke goede comparatist aanhoudt: bescheidenheid!

1.3 Soorten rechtsvergelijking

We zijn het volledig eens met Kischel (2015, rnr. 68) waar hij schrijft dat rechtsvergelijking op alle domeinen van het recht mogelijk is en ook daadwerkelijk beoefend wordt. Stellen dat rechtsvergelijking buiten het privaatrecht van een geringere betekenis zou zijn, is een hardnekkige verkeerde voorstelling van zaken. Wel is het zo dat in de eerste eeuw van de moderne rechtsvergelijking vooral privatisten actief waren, maar vandaag wordt rechtsvergelijking evenwaardig bedreven door niet-privatisten. Bij een algemene inleiding tot de rechtsvergelijking kunnen noch mogen we dan ook een louter op het privaatrecht georiënteerde benadering hanteren.

Ook al zijn er voorlopers tot in het antieke Griekenland, de moderne rechtsvergelijking is ontstaan in de loop van de 19^e eeuw. De opkomst van natiestaten met eigen recht en eigen wetboeken, de opbloei van de wereldhandel, een groot vooruitgangsgeloof, de gelijktijdige ontwikkeling van andere vergelijkingswetenschappen zoals de linguïstiek, worden alle in verband gebracht met de ontluikende aandacht voor het buitenlandse recht en het vergelijken van recht in die periode. Wat het privaatrecht aangaat, vormt het eerste Internationaal Congres voor Rechtsvergelijking te Parijs in 1900 een belangrijke mijlpaal. Naast de studie van het pas in werking getreden Duits *Bürgerliches Gesetzbuch* in vergelijking met de Franse *Code civil* (die al een eeuw oud was), stond de ontwikkeling van een *droit commun législatif*, een universeel privaatrecht, de deelnemers van het Congres voor ogen. Na de Eerste Wereldoorlog bleef de aandacht voor rechtsvergelijking overeind, maar geleidelijk verdween de

universalistische ambitie. Wel werden nog de 'algemene rechtsbeginselen die erkend worden door de beschaafde naties' als aanvullende bron van volkenrecht erkend (hierover meer verderop) en ontstond in die periode Unidroit, het internationale instituut voor de eenmaking van het privaatrecht. Na de Tweede Wereldoorlog ging veel aandacht naar de methodologische problemen waarmee de rechtsvergelijking te kampen krijgt op de zeer diverse domeinen waarin ze wordt toegepast.

Intussen is de rechtsvergelijking inderdaad doorgedrongen tot alle inhoudelijke rechtsgebieden: van privaatrecht tot publiekrecht, van eeuwenoude tot de modernste rechtsdomeinen, zoals IT-recht of milieurecht. In een tijd van globalisering zullen het nationale recht en zijn scheppers en beoefenaars ook steeds meer aandacht tonen voor wat er aan de andere kant van de grenzen gebeurt. Rechtsvergelijking is daarom omnipresent en actueel.

Waar rechtsvergelijking het onderzoek van de verschillen en gelijkenissen tussen rechtsstelsels of onderdelen ervan betreft, denkt men wellicht spontaan aan het vergelijken van nationaal recht tussen verschillende staten. Inter-nationale rechtsvergelijking komt inderdaad het meest voor. Het is echter ook mogelijk om:

- internationaal- en supranationaalrechtelijke normeringsgehelen of -regels te vergelijken (bv. de regels inzake coördinatie van socialezekerheidsstelsels geldend in de Europese Unie en die geldend in Latijns-Amerika; de bescherming van bepaalde mensenrechten in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens) – we spreken dan van *inter-internationale rechtsvergelijking*;
- het recht van deelstaten te vergelijken binnen eenzelfde land (bv. het onderwijsrecht in Vlaanderen, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap van België); of het recht van lokale overheden (bv. de politiereglementen van gemeenten inzake lawaaioverlast) – we spreken over *intra-nationale rechtsvergelijking* als het over éénzelfde staat gaat;
- het recht van niet- of niet-zuiver-publiekrechtelijke entiteiten te vergelijken (bv. het recht van kerken, de interne reglementen van vakbonden of het recht inzake dopingbestrijding van verschillende sportfederaties); ook transnationaal recht zoals bijvoorbeeld vastgelegd in afspraken tussen en gedragscodes voor multinationals, kunnen het voorwerp van rechtsvergelijking uitmaken – we kunnen in al die gevallen spreken van *particulier-rechtsvergelijking*;
- rechtsregels te vergelijken die binnen eenzelfde rechtsstelsel toepasselijk zijn op diverse fenomenen (bv. de zwaarte van sancties vergelijken die binnen eenzelfde strafrechtelijk systeem gelden voor diverse misdrijven; of de pensioenregelingen van werknemers, zelfstandigen en ambtenaren vergelijken; of de kwalitatieve aansprakelijkheid van ouders, werkgevers en leerkrachten vergelijken) – we kunnen hier spreken van *zuiver interne rechtsvergelijking*;