

Afdeling 8. “Gemengde rechtsstelsels” (met name rooms-hollands en common law)

8.1. Algemeen

Het betreft hier een aantal landen waarin de historische basisstructuur van het recht een romaans-germaans recht is, wat evenwel niet werd gecodificeerd, en die bovendien min of meer sterke invloed van het Anglo-amerikaanse recht hebben ondergaan :

- Schotland
- De Kanaaleilanden
- Zuid-Afrika
- Sri Lanka
- Guyana
- Enkele kleine vroegere Britse kolonies (bv. St.Lucia)
- Lousiana,
- Puerto Rico
- Québec

Voor Malta, zie hoger

Onder de “gemengde rechtsstelsels” klasseert men ook Israël, al liggen de historische verhoudingen daar enigszins anders. Dit land wordt verder apart besproken, omdat het zinvol is eerst de traditie van het joodse religieuze recht te bespreken.

8.2. Op continentaal recht gebouwde stelsels in Noord-Amerika en de Caraïben

8.2.1. Québec

8.2.1.1. Rechtsgeschiedenis

Toen Québec in 1763 Brits werd, bleef het bestaande recht behouden (*Quebec Act 1774*, vgl. De bespreking van de Engelse kolonies). Het was hoofdzakelijk de *coutume de Paris* en de voor 1763 uitgevaardigde koninklijke wetgeving. De Franse code civil werd niet ingevoerd, en een aantal revolutionaire maatregelen hebben dan ook nooit ingang gevonden (bv. afschaffing erfstellingen over de hand).

In 1866 werd het recht wel gecodificeerd in de *Code civil du Bas-Canada*. Dit had zowel te maken met het behoud van een eigen recht in een common-law-wereld rondom (men imiteerde sterk de stijl van de Franse CC) als met een modernisering van het recht ingevolge de industrialisering en de markteconomie. Verder onderging het recht een zekere invloed van de common law; zo bv. werd onder inspiratie van de trust een “*fiducie à titre gratuit*” ingevoerd in 1897, die in de praktijk ook als een bezitloos zekerheidsrecht werd gebruikt.

In 1965 werd een “Office de révision du code civil” opgericht, belast met de herziening van de Code. In 1980 werd een deel van het ontwerp ingevoerd zonder dat het oude wetboek geheel werd afgeschaft (zodat er 2 gedeeltelijke B.W.’s waren). De definitieve *Nouveau Code Civil du Québec* trad dan in werking in 1994 (ter vervanging van de 2 bestaande)¹²¹³. Hoewel niet bedoeld als een fundamenteel nieuw wetboek, zijn er natuurlijk wel belangrijke vernieuwingen. De “fiducie” werd een algemeen erkende rechtsfiguur. De wetgeving op de consumentenbescherming bleef buiten de CCQ, evenals de objectieve vergoedingsregelingen voor arbeidsongevallen, verkeersslachtoffers e.d. De vordering wegens ongegronde verrijking, die de rechtspraak als naar Frans model had uitgebouwd¹²¹⁴, werd opgenomen in art. 1493-1494.

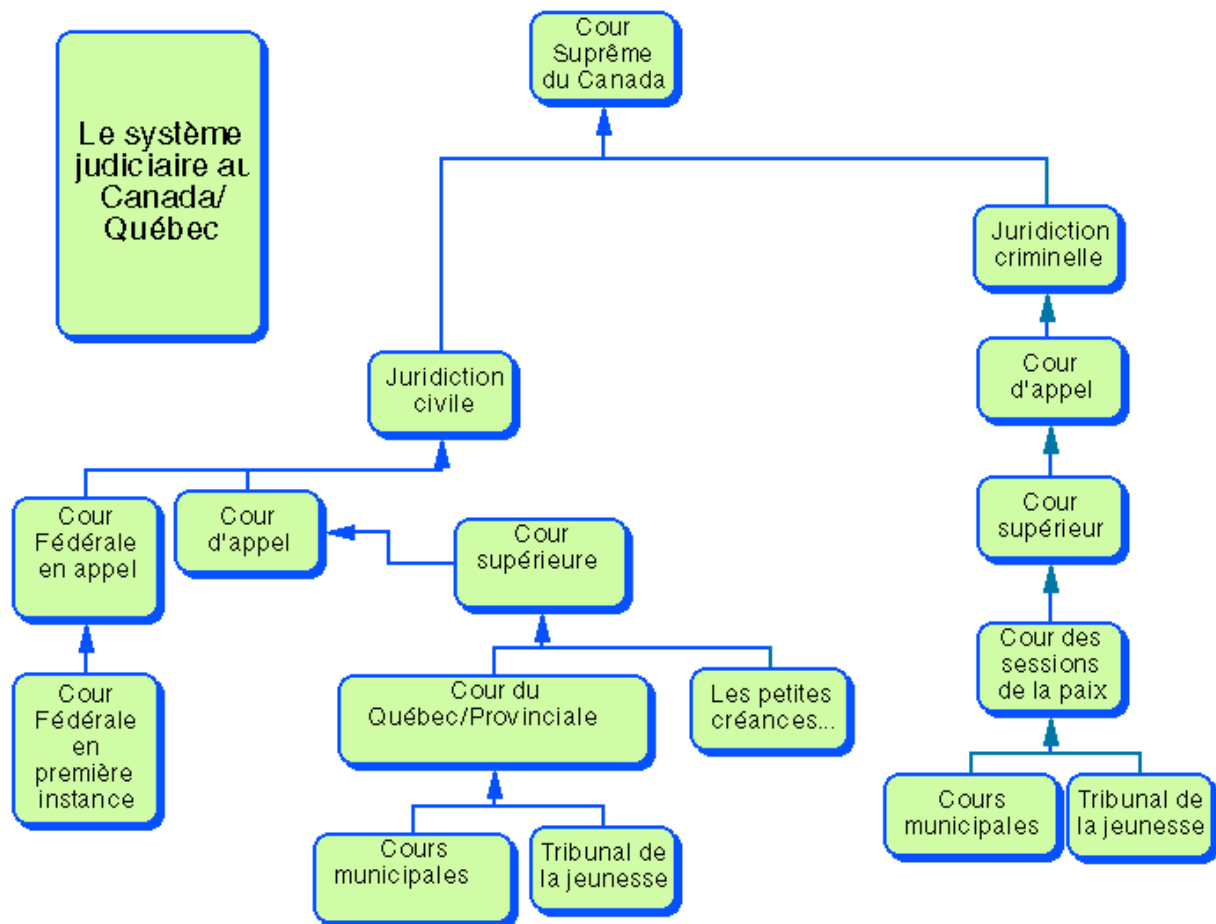
8.2.1.2. Politieke instellingen

Zie Canada.

8.2.1.3. Gerechtelijke organisatie en juridische beroepen

¹²¹³ Een algemeen overzicht van het nieuw BW door P. VACHON is te vinden op <http://www.avocat.qc.ca/public/iiccqvachon.htm#PrÉsentation%20du%20Code%20civil%20du%20QuÉbec>

¹²¹⁴ In het bijzonder het arrest Supreme Court of Canada 1977 iz. *Compagnie Immobilière Viger Ltée t. Lauréa Giguère Inc.*



8.2.1.4. Rechtsbronnen

(...)

8.2.1.5. Inhoud van het privaatrecht, familierecht, recht van de burgerlijke samenleving

(...)

8.2.2. Louisiana

Hoewel Louisiana maar enkele jaren Frans is geweest, was er wel een belangrijke bevolkingsgroep van Franse afkomst. Bij de aankoop door de V.S in 1803 bleef in beginsel het bestaande recht gelden, en dat was het Franse recht van voor de Code civil met nog behoorlijk wat Spaans (Castiliaans) recht (de *Siete Partidas*). Om zijn identiteit te affirmeren ging Louisiana na de opname in de V.S. over tot de invoering van een burgerlijk wetboek naar Frans model (1808, herzien 1825, 1870, 1993). Reeds vanaf de eerste "Digest" van 1808 bepaalde een artikel (toen artikel 21) dat "*where there is no express law*", de rechter kon "*decide according to equity*" (de zgn. Directory clause).

De Civil Code van Louisiana is in wezen nog steeds Frans (en een beetje Spaans) qua grondslag, alhoewel het recht overigens een grote aansluiting vindt bij de overige Amerikaanse staten. De ontwikkeling van het Franse recht na 1808 heeft eveneens een zekere invloed gehad.

8.2.3. Puerto Rico

In Puerto Rico gold het Castiliaanse recht, en dus ook het Spaanse B.W. van 1889. Na de verwerving door de VS in 1898 bleef dit recht in beginsel intact, maar kwam gaandeweg meer onder invloed van het Amerikaanse recht.

In 1902 kwam er een Grondwet en in 1917 verkregen de inwoners Amerikaans burgerrecht (al is Puerto Rico tot vandaag nog altijd geen aparte "staat" in de VS).

8.3. Schotland

8.3.1. Historische inleiding

In 1532 werd (onder koning James V.) het eerste permanente centraal rechtscollege ingericht, de *Court of Session*, en werd bepaald dat subsidiair het romeinse recht zou worden toegepast.

Onder James V kreeg het protestantisme aanhang; na zijn dood kwam er een zekere vervolging toen Schotland onder sterke Franse invloed stond. De adel verzette zich daartegen; de eerder verbannen predikant John Knox bracht de calvinistische invloed mee uit Genève in 1559. Hetzelfde jaar vond er een beeldenstorm plaats. In 1560 besliste het Schotse parlement (tegen de zin in van de katholieke koningin Mary, koningin 1542-1567) tot invoering van de gereformeerde religie, en richtte de kerk in op presbyteriaanse grondslag. Men spreekt van "Kirk" en niet "Church"; de Kirk is nog steeds een calvinistische – en geen anglicaanse kerk (daarnaast is er een kleinere Schotse "episcopale" – d.i. anglicaanse – kerk).

In 1701 kwam er een officiële Unie tussen Schotland en Engeland in het "Verenigd Koninkrijk" (*the Union*) maar Schotland heeft zijn eigen rechtssysteem behouden. Samen met het behoud van hun schoolsysteem en hun Kerk, was dat een voorwaarde voor de toetreding tot de 'Union'. Het Schotse recht behoort dus niet tot dat van de *common law*. Schotland heeft een veeleer Rooms - Hollandsch recht. Vele Schotten hadden namelijk in de Nederlanden gestudeerd (calvinisme) en namen het recht mee terug naar het thuisland. Na 1701 is dat wel sterk door het Engelse recht beïnvloed, en er zijn een reeks wetten die uniform gelden voor zowel Engeland als Schotland.

Thans hebben de Schotten terug verregaande wetgevende en uitvoerende bevoegdheid (Scotland Act 1998).

8.3.2. Politieke instellingen en constitutie

Schotland heeft al evenmin als het Verenigd Koninkrijk of Engeland een formele grondwet. Nochtans wordt de term "constitution" ook gebruikt voor het geheel van fundamentele regels inzake instellingen en rechtsbescherming, en is er in die zin een Schots "constitutional law" (ten dele Brits, ten dele eigen Schotse regels) (vgl. de betekenis van deze uitdrukking bij de bespreking van het Engelse recht)¹²¹⁵.

8.3.3. Gerechtelijke organisatie

Het hoogste hof van Schotland is de *Court of Session*¹²¹⁶ en daartegen kan men nog bij de House of Lords in beroep (enkel in burgerlijke zaken) zolang het Schotse parlement dat niet afschaft.

8.3.4. Privaatrecht, familierecht, recht van de burgerlijke samenleving

(...)

¹²¹⁵ Zie ook D.H. McNEILL, *The Scottish Constitution*, uitg. Scottish National Party 1943.

¹²¹⁶ <http://www.scotcourts.gov.uk/session/session.htm>

8.4. Zuid-Afrika

Data: 45 mio inw. Ca 70 % christen, 650.000 moslims

8.4.1. Historische inleiding

Een groot deel van Zuid-Afrika was oorspronkelijk slechts bewoond door de Khoi en Sanvolkeren (Zgn. hottentotten en Bosjesmannen). Vanaf 1652 kwamen er van overzee blanke kolonisten en in de daaropvolgende periode ook migratie van zwarte volkeren (Bantoes) uit het Noorden. De kolonie aan de kaap werd gesticht door Hollandse handelaars en later boeren, die er het Rooms-Hollandse recht meebrachten.

In 1795 werd de Kaapprovincie door de Britten veroverd; cfr. de Britse doctrine bleef het bestaande Rooms-Hollands recht in beginsel behouden. Vele Boeren migreerden echter noordwaarts en stichtten de Oranje Vrijstaat en Transvaal. De Britten werden militair tegengehouden in de eerste boerenoorlogen rond 1880, doch in 1899 werden de Boerenrepublieken verslagen (in een oorlog waar de Britten voor het eerst de techniek van concentratiekampen toepasten, de deportatie (ook overzee) van een groot deel van de boerenfamilies (om aldus de strijdende elke "logistiek" et ontnemen); ca. 30.000 boerderijen werden verwoest en 26.000 Afrikaner vrouwen en kinderen stierven in concentratiekampen) en ingelijfd in de Britse kolonie.

In 1910 wordt aan de 4 kolonies een zekere mate van zelfbestuur gegeven en de Unie van Zuid-Afrika opgericht als een bijna autonome staat (South Africa Act 1910). Alleen blanken hebben passief kiesrecht (d.i. de mogelijkheid verkozen te worden) en niet-blanken slechts zeer beperkt actief kiesrecht (dat later onder de apartheidperiode weer wordt afgeschaft). Vanaf de jaren '30 wordt stilaan een stelsel van "apartheid" (ook "gescheidne ontwikkeling" genaamd) uitgebouwd, dat in theorie het gelijkwaardig naast elkaar bestaan van de verschillende volkeren diende te organiseren, maar op grond van de doctrine dat alleen de blanken rijp waren voor de democratie enkel aan hen politieke macht gaf. De andere volkeren werden dus zwaar achtergesteld en in de armoede uitgesloten.

In 1961 word na een conflict met de Britten de Republiek uitgeroepen (Republiek van Suid-Afrika). Vanaf 1983 wordt geprobeerd om de basis van de democratie te verbieden, door alvast de kleurlingen in Indiërs een apart parlement te geven met beperkte bevoegdheden en een zekere medezeggenschap in de gezamenlijke bevoegdheden. De zwarten krijgen eerst kiesrecht in 1993, in de interimgrondwet die in overleg met de zwarte oppositie werd opgesteld. Na verkiezingen gebaseerd op algemeen enkelvoudig stemrecht werd de Grondwet aangepast en definitief afgekondigd in 1994.

8.4.2. Geschiedenis van het privaatrecht

Het recht dat door de Hollandse kolonisten werd ingevoerd was het Rooms-Hollandse recht. Na de verovering van de Kaapprovincie door de Britten bleef dit in werking. In de 19e eeuw was er een grote invloed van de Duitse rechtswetenschap (Pandektisten); in Nederland was het recht immers gecodificeerd geworden in het B.W. terwijl in Duitsland het privaatrecht door de Pandektisten verder ontwikkeld werd in de traditie van het Rooms-Hollandse recht en gemoderniseerd.

8.4.3. Politieke instellingen

8.4.3.1. Beperkt federalisme

Zuid-Afrika kent een beperkt territoriaal federalisme. De provincies (9 sedert 1994) hebben enkele exclusieve bevoegdheden, de Unie eveneens; de meeste wetgevende bevoegdheden zijn concurrerend, met voorrang voor de federale wet.

In theorie erkent de Grondwet naast de bevoegdheden van de federale en provinciale overheid ook mogelijke bevoegdheden van de “traditionele autoriteiten” (stammen e.d.).

8.4.3.2. Verhouding der machten op federaal niveau

Op federaal niveau bestaat het Parlement bestaat uit 2 Kamers, de eerste (Nationale vergadering) rechtstreeks verkozen op basis van evenredige vertegenwoordigd, en de tweede bestaande uit 9 provinciale delegaties van 10 leden, die op basis van evenredige vertegenwoordiging uit de provinciale raden worden samengesteld. Deze provinciale afgevaardigden stemmen als individuele leden van de Kamer, behalve in zgn. “provinciale aangelegenheden”, waar elke provinciale afvaardiging verplicht in blok stemt (met één stem) op basis van de instructie door de Provinciale Raad gegeven. Hoe dan ook is de de Nationale vergadering die het laatste woord heeft, zij het dat in provinciale aangelegenheden de meerderheid van de provinciekamer slechts door een tweederde meerderheid in de Nationale Vergadering kan overstemd worden.

De president wordt door het parlement verkozen. Een van zijn belangrijke bevoegdheden is de mogelijkheid om een goedgekeurde wet éénmaal terug naar het Parlement te sturen indien hij deze strijdig acht met de Grondwet; een tweede maal kan hij de wet nog opschorten door de zaak voor te leggen ana het Grondwettelijk Hof.

8.4.3.3. Vastlegging in een grondwet; normenhiërarchie.

Voor 1993 gold in Zuid-Afrika zoals in Engeland het beginsel van de sovereignty of parliament. In de nieuwe republiek is de Grondwet de “hoogste wet van het land” (supreme law of the land) en is een grondwettelijk Hof bevoegd om wetten aan de Grondwet te toetsen.

8.4.4. Gerechtelijke organisatie

Grondwettelijk Hof

Rechterlijke macht

8.4.5. Grondrechten

De Grondwet bevat een uitgebreide "Bill of rights" met een overmaat aan grondrechten, zowel klassieke vrijheidsrechten (burgerlijke rechten) en politieke rechten als sociaal-economische rechten, met daarneboven nog de opdracht aan de overheid om deze rechten progressief te realiseren. Bovendien wordt aan die grondrechten ook nog een horizontale werking verleend (gelding tussen privé-personen) (althans in de mate warainde rechtenbepaling dat mogelijk maakt).

In het bijzondere bevat de grondwet bepalingen tot het opleggen van een verregaande gelijkheid, d.i. non-discriminatie, met name art. 9 GW. De formele gelijkheid van rechten kan bovendien krachtens art. 9 II GW opzijgezet worden door zgn. "rechtstellende actie"

(affirmative action): discriminatie is geoorloofd wanneer ze ertoe strekt een benadeelde klasse te bevoordelen (ook wanneer daardoor leden van de niet-benadeelde klasse gediscrimineerd worden), althans een in het verleden benadeelde klasse, met het oog op het realiseren van een grotere zgn. feitelijke gelijkheid. Deze bepaling werd uitgevoerd door o.m. de zgn. *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* (Equality Act 2000). Het merkwaardige gevolg is dat door maatregelen die ingevoerd worden met het oog op een "non-rationale" samenleving het toebehoren tot een bepaald ras op vele gebieden juridisch precies een zeer belangrijke factor wordt.

8.4.6. Privaatrecht, familierecht, recht van de burgerlijke samenleving

In Zuid-Afrika is het Rooms-Hollandsch recht van de 18de eeuw nog steeds de basis van het privaatrecht.

8.5. Sri Lanka, Guyana, Seychellen

In Ceylon (Sri Lanka), dat oorspronkelijk ook een Hollandse kolonie was, blijft er van het Rooms-Hollandsch recht maar zeer weinig meer over.

In Guyana, dat ooit eveneens een Hollandse kolonie is geweest, blijft er van het oude Rooms-Hollandse recht eigenlijk geheel niets meer over.