

# Inhoud

<b>VOORWOORD</b>	9
<b>DEEL I. WAT IS RECHT?</b>	11
<hr/>	
<b>Inleiding: een moeilijke vraag</b>	11
<b>Titel I. Fundamentele transformaties van de mensenmaatschappij</b>	15
Proloog: Mensen zijn sociale wezens	15
Hoofdstuk 1. Jager-voedselverzamelaars	17
Hoofdstuk 2. Chieftdoms	21
Hoofdstuk 3. Rijken	25
Hoofdstuk 4. Moderne staten	29
<b>Titel II. Kenmerken van recht</b>	38
Proloog: Twee benaderingen	38
Hoofdstuk 1. Gericht op of voortvloeiend uit een normatieve ordening	41
Afdeling 1. Het begrip 'ordering' en de centrale rol van normatieve verwachtingen in het recht	41
Afdeling 2. Ordeningen en samenlevingstypes	45
Afdeling 3. Concurrerende ordeningen: rechtspluralisme	46
Afdeling 4. De omvattendheid van ordeningen	49
Hoofdstuk 2. Al dan niet van institutionele oorsprong	50
Hoofdstuk 3. Afdwingbaar	51
Hoofdstuk 4. Gericht op of voortvloeiend uit een 'juiste' ordening	59
Afdeling 1. Op zoek naar de grondslag van regels en normatieve verwachtingen	60
Afdeling 2. Het begrip 'rechtvaardigheid'	66
Onderafdeling 1. Verdelende en vereffende rechtvaardigheid	66

Onderafdeling 2. Rechtvaardigheidstheorieën	68
§1. Gedragsgeoriënteerde theorieën	69
§2. Regelgeoriënteerde theorieën	72
Afdeling 3. Diverse stromingen in een rivier van rechtvaardigheid	74
Onderafdeling 1. Theocratische stroming	74
Onderafdeling 2. Autocratische stroming	76
Onderafdeling 3. Democratische stroming	77
Onderafdeling 4. Natuurrechtelijke stroming	79
Onderafdeling 5. Utilitaristische stroming	82
Onderafdeling 6. Historische stroming	84
Onderafdeling 7. Positivistische stroming	86
§1. Positivismen in het algemeen	86
§2. Wetspositivistische stroming	87
§3. Rechtspraakpositivistische stroming	91
Onderafdeling 8. Nomocratische stroming	94
Onderafdeling 9. Egalitaire stroming	95
Onderafdeling 10. Capability approach	100
Ter afsluiting: een overzicht	103
<b>DEEL II. FUNCTIES EN FINALITEIT VAN HET RECHT</b>	<b>105</b>
<hr/>	
<b>Titel I. Functies van het recht</b>	<b>106</b>
Hoofdstuk 1. Gedragsafstemming	108
Afdeling 1. Bevordering groepscohesie	108
Afdeling 2. Conflictvermijding	112
Onderafdeling 1. Minder complexe samenlevingen	113
Onderafdeling 2. Meer complexe samenlevingen	113
§1. Formele ordeningsfunctie	113
§2. De staat: machtsbehoud, werkingsbevordering en instrumentaliteit	114
§3. Uitwisseling van middelen: stimuleren, faciliteren, toetsen en reguleren in het algemeen	115
§4. Herverdeling van middelen: exponentiële toename	118
Afdeling 3. Conflictverwerking	118
Onderafdeling 1. Sociale vrede: afweer, herstel en straf	119
Onderafdeling 2. Conflictverwerkingsmethoden	122
§1. Conflictverwerking zonder het conflict uit handen te geven	123
§2. Conflictverwerking door het conflict uit handen te geven: berechting	127
Hoofdstuk 2. Besluitvorming binnen de groep	131

<b>Titel II. Finaliteit van het recht</b>	134
Hoofdstuk 1. Codificatie	135
Hoofdstuk 2. Modificatie	137
Afdeling 1. Opkomst, technieken en oriëntatie	137
Afdeling 2. Welvaart en welbevinden	141
Afdeling 3. Limieten	146
<b>DEEL III. NORMEN EN HUN SAMENHANG</b>	151
<hr/>	
<b>Titel I. Wat is een (rechts)norm?</b>	151
Hoofdstuk 1. Descriptieve vs. prescriptieve normen	151
Hoofdstuk 2. Talige uitdrukkingen van normen	156
Afdeling 1. Verifieerbare uitspraken	156
Onderafdeling 1. Empirische uitspraken	156
Onderafdeling 2. Logische of definiërende uitspraken	158
Afdeling 2. Geloofsuitspraken	159
Afdeling 3. Waarderingsuitspraken	160
Onderafdeling 1. Descriptieve waardeoordelen	161
Onderafdeling 2. Prescriptieve waardeoordelen	162
Onderafdeling 3. Bewijs en waardeoordelen	166
Afdeling 4. Performatieve uitspraken	167
<b>Titel II. Algemene bestanddelen van rechtsregels</b>	172
Hoofdstuk 1. Normsteller	172
Hoofdstuk 2. Normbestemming	173
Hoofdstuk 3. Voorgescreven gedraging	174
Afdeling 1. Volledige en onvolledige rechtsregels	176
Afdeling 2. Verduidelijkende uitspraken	177
Afdeling 3. Veranderende en verwijzende uitspraken	182
Afdeling 4. Constitutieve uitspraken	185
Afdeling 5. Doeluitspraken	188
Hoofdstuk 4. Modaliteiten	190
Afdeling 1. Vier modaliteiten	190
Afdeling 2. Rechten en plichten	194
Onderafdeling 1. Drie soorten subjectieve rechten	194
Onderafdeling 2. Primaire rechten en tegenhangers	197
Onderafdeling 3. Secundaire rechten en tegenhangers	198
Hoofdstuk 5. Geviseerde feitelijke situatie	200

Hoofdstuk 6. Concretiseringsgradaties	202
Afdeling 1. Gesloten normen	202
Afdeling 2. Open normen	203
Afdeling 3. Algemene rechtsbeginselen	207
Afdeling 4. Adagia	208
<b>Titel III. De samenhang van rechtsregels: recht als systeem?</b>	210
Hoofdstuk 1. Recht als dogmatisch systeem	212
Afdeling 1. Uitwendig systeem	212
Afdeling 2. Inwendig systeem	213
Hoofdstuk 2. Recht als sociaal systeem	215
Hoofdstuk 3. Recht als chaotische janboel	219
Hoofdstuk 4. Twee metaforen	222
Afdeling 1. Recht als taal	222
Afdeling 2. Recht als stad	224
Afsluitende bedenking	228
<b>TREFWOORDENLIJST</b>	231

106. Het vorige deel heeft duidelijk gemaakt dat de vraag ‘wat is recht?’ in eerste instantie een moeilijke vraag is. Een antwoord dat altijd en overal geldt, is niet te vinden. ‘Recht’ is immers onlosmakelijk verbonden met drie zaken:

- het soort maatschappij waarin ‘recht’ uitwerking zou hebben;<sup>296</sup>
- een voorkeur voor een klemtoon op regels dan wel op gedrag;<sup>297</sup>
- een opvatting over de reden waarom een regel al dan niet navolging verdient of waarom we beslissen om ons op een bepaalde manier te gedragen.<sup>298</sup>

‘Recht’ is met andere woorden een veelzijdig instrument dat maar in een concrete maatschappij een specifiekere inhoud kan krijgen. Door die veelzijdigheid kan je ‘recht’ voorstellen als een Zwitsers zakmes. Net zoals er tussen dergelijke zakmessen veel verschillen zitten – grootte, functies, omstandigheden waarin je het kan gebruiken... – kan recht verschillende vormen aannemen. Daarmee is evenwel nog niets gezegd over de verschillende doeleinden waarvoor je rechtsregels kan gebruiken. Elk Zwitserse zakmes is veelzijdig, maar heeft welbepaalde functies die misschien niet aanwezig bij andere zakmessen. Sommige zakmessen hebben niet alleen een mes, maar ook een tandenstoker en een draadstripper, terwijl andere daarbovenop nog een kurkentrekker en een flesopener hebben. Op dezelfde manier heeft recht in een bepaalde maatschappelijke context niet steeds dezelfde functies. Die functies worden toegelicht aan de hand van de soorten maatschappijen die eerder zijn beschreven (Titel I).<sup>299</sup>

Een beschrijving van de verschillende functies die recht zoal kan vervullen, is maar één kant van het verhaal. Het is één zaak om te weten waarvoor je recht zoal (feitelijk) kan gebruiken; een andere is om te begrijpen waarvoor je recht zoal (normatief) zou moeten gebruiken. Wie een zakmes bij zich heeft, doet dat misschien om een potentieel zelfverdedigingswapen op zak te hebben. Maar je kan een zakmes ook bij je hebben om op een

---

296. Zie *supra*, nr. 6 e.v.

297. Zie *supra*, nr. 31 e.v.

298. Zie *supra*, nr. 52 e.v.

299. Zie *supra*, nr. 6 e.v.

picknick groenten, fruit of beleg te snijden. De normatieve opvattingen waarvoor recht zou moeten dienen – de ‘finaliteit’ van het recht – zijn eveneens afhankelijk van tijd en ruimte en komen aan bod in Titel II.

## Titel I. Functies van het recht

107. Samenleven vergt bepaalde regels en normatieve verwachtingen, ongeacht de grootte of organisatorische complexiteit van de samenleving. Of je nu twee partners, een gezin, familie, clan, stam, chiefdom, rijk of moderne staat neemt, steeds zal een groep mensen regels en normatieve verwachtingen nodig hebben om effectief een ‘groep’<sup>300</sup> te zijn en te blijven. Een minimum aan sociale en maatschappelijke orde is onontbeerlijk, anders dreigt totale anarchie en chaos.

Waarom samenleven regels en normatieve verwachtingen behoeft, is terug te voeren op twee kernelementen: autonomie en schaarste. Mensen zijn, minstens in principe, feitelijk in staat om zich vrij en autonoom op een bepaalde manier te gedragen. A heeft zin om vruchten te plukken, B wenst een wandeling te maken, C verkiest thuis te blijven. Ieders mogelijkheid om zich op een bepaalde manier te gedragen, heeft ook een keerzijde. De autonomie van A betekent dat alle anderen nooit met volledige zekerheid erop kunnen rekenen dat A zich op een bepaalde manier zal gedragen. De autonomie van de ene vormt met andere woorden voor alle anderen een factor van onzekerheid en onvoorspelbaarheid. Het is fijn dat C verkiest thuis te blijven, maar als er ’s avonds moet worden gegeten, dan maken anderen misschien beter niet dezelfde keuze. Maar als iedereen, inclusief C, op pad gaat om voedsel te voorzien, dan worden andere taken (verzorging, veiligheid...) misschien verwaarloosd. Het feit dat iedereen in een samenleving tot op zekere hoogte autonoom kan handelen, vereist dus dat mensen hun gedrag op elkaar afstemmen. Rechtsregels (in de meest ruime zin) en normatieve verwachtingen kunnen die gedragsafstemming bevorderen.

Dat vereenvoudigt op zijn beurt het samenleven. Wanneer die regels andermans gedrag meer voorspelbaar maken, dan kunnen we zelf gemakkelijker bepalen hoe we ons – rekening houdend met andermans gedrag – zullen gedragen. Gebruiken en gewoontes die in een groep gangbaar zijn, weerspiegelen niet alleen hoe men doorgaans handelt in de

---

300. Zie over het concept ‘groep’ W. TWINING, “Chapter 15 - Some Basic Concepts” in *General Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, (1) 7 e.v., nr. 15.3.

groep; tegelijk voeden ze een overtuiging dat het ook zo hoort.<sup>301</sup> Dit wordt ook wel de ‘normatieve kracht van het feitelijke’ genoemd (*die normative Kraft des faktischen*).<sup>302</sup> De wijze waarop we ons gedragen in de samenleving, heeft dus een invloed op zowel cognitieve als normatieve verwachtingen.<sup>303</sup> De manier waarop we ons concreet gedragen zorgt ervoor dat anderen zich een beeld kunnen vormen van het (samen)leven in de verre en nabije toekomst.

Onzekerheid over wat anderen doen zou evenwel niet zo problematisch zijn als iedereen over onbegrensde middelen zou beschikken.

‘Middelen’ is een zeer algemene term die alles omvat wat mensen kunnen gebruiken om hun behoeften te lenigen en hun wensen te doen uitkomen. Vaak denken we aan materiële middelen (zoals voedsel, land, huisvesting...), maar ook immateriële middelen (zoals opvattingen, uitvindingen, kennis, tijd, arbeidskracht...) zijn van groot belang.

In werkelijkheid zijn middelen steeds schaars, d.i. ontoereikend om tegelijk aan ieders behoeften en wensen te voldoen. Schaarste zorgt ervoor dat samenlevingen keuzes moeten maken over de verdeling van de beschikbare middelen: wie krijgt hoeveel, en waarom? Steeds bestaat de kans dat die verdeling niet naar ieders zin is, waardoor (hevige) conflicten tussen mensen kunnen ontstaan. Rechtsregels en normatieve verwachtingen kunnen de verdeling van middelen stroomlijnen, en zo de kans op conflicten verkleinen.

108. Dat elke samenleving rechtsregels (in de meest ruime zin) heeft, neemt niet weg dat rechtsregels (in de meest ruime zin) soms functies hebben die je enkel maar in meer complexe groepen of samenlevingen aantreft. Anders gezegd: de functies die rechtsregels en normatieve verwachtingen in weinig complexe samenlevingen vervullen, tref je ook aan in meer complexe samenlevingen – alleen komen daar in meer complexe samenlevingen vaak nog enkele functies bij. Bij de bespreking van de verschillende functies van ‘recht’ komen hierna dan ook zowel de weinig complexe samenlevingen – jager-voedselverzamelaars en chieftdoms – als de meer complexe samenlevingen – rijken en moderne staten – aan bod.

---

301. Zie ook, wat men in de cognitieve psychologie het *mere-exposure effect* noemt: dit is het psychologische fenomeen waardoor mensen geneigd zijn een voorkeur te ontwikkelen voor dingen louter en alleen omdat ze ermee vertrouwd zijn.

302. Zie daarover N. BERSIER LADAVAC, C., BEZEMEK en F. SCHAUER (eds.), *The Normative Force of the Factual – Legal Philosophy Between Is and Ought*, s.l., Springer, 2019, 180 p. Vgl. I. AUGSBERG, “Die Normalität der Normativität”, *Juristenzeitung* 2020, 425-431.

303. Zie over die soorten verwachtingen, *supra*, nr. 34.

Rechtsregels (in de meest ruime zin) helpen opdat een verzameling van individuen een groep vormt en kan blijven. Daarbij is het niet alleen nodig dat de groepsleden hun gedrag op dat van elkaar afstemmen (Hoofdstuk 1), maar ook dat binnen de groep beslissingen worden genomen (Hoofdstuk 2).

109. De verschillende functies die hierna aan bod komen, zijn enkel in theorie scherp van elkaar af te bakenen. Vaak vloeien ze enigszins in elkaar over. Een rechtsregel of normatieve verwachting heeft in de praktijk dan ook doorgaans niet slechts één enkele functie: één enkele regel vervult regelmatig tegelijk meerdere functies.

### Hoofdstuk 1. Gedragsafstemming

#### Afdeling 1. Bevordering groepscohesie

110. Elke groep of samenleving veronderstelt een minimum aan samenhang. De leden moeten een minimum aan gedeelde identiteit hebben om *samen* een groep te vormen. Zo'n minimum aan gedeelde identiteit kan op vele manieren tot stand komen. Gedeelde ervaringen, overgeleverde verhalen over een mythisch verleden, een gedeelde overtuiging over het ontstaan van de wereld en de plaats die de mens daarin inneemt, zijn stuk voor stuk bouwstenen van zo'n identiteit. Diverse handelingen kunnen die bouwstenen verder versterken en uitbouwen. Door samen ervaringen te beleven worden meer ervaringen gedeeld, door verhalen te vertellen wordt een gemeenschappelijke geschiedenis gefabriceerd, door ceremonies, culten en rites uit te voeren dragen samenlevingsleden hun visie op mens en wereld uit en versterken ze die onder elkaar.

111. Rechtsregels (in de meest ruime zin) spelen een grote rol bij de uitbouw van een dergelijke morele ordening van de maatschappij. Allerlei regels maken de bevordering van sociale cohesie mogelijk door gemeenschappelijke waarden en idealen uit te drukken. Wie wanneer het woord heeft om verhalen te vertellen, welke verhalen net niet mogen worden verteld ('taboes'), welke rites je moet doormaken om als volwaardig lid van de groep mee te tellen, wie je op welke manier moet behandelen – de ene persoon met meer eerbied, de andere met meer genegenheid..., hoe de leden van de samenleving moet omgaan met overledenen... zijn stuk voor stuk het voorwerp van regels waarin die waarden en idealen – al dan niet expliciet – tot uiting komen.

Zoals gezegd zijn die regels nog nader gedifferentieerd in samenlevingen van jager-voedselverzamelaars. Morele, religieuze, sociale... regels vormen samen één normatieve,



richtinggevende brij. Rijken, waarin die regels meer gedifferentieerd zijn, kennen eveneens normen op magisch en religieus-ideologisch vlak.<sup>304</sup>

Regels die bijdragen aan een gemeenschappelijke identiteit, maken een sociale omgang met anderen mogelijk. Men spreekt dan ook wel van een socialiserende functie van regels. Omdat personen aan de hand van die regels worden opgevoed tot volwaardige samenlevingsleden, hebben die regels tegelijk een opvoedkundige of educatieve functie. Wie benadrukt dat regels bijdragen aan gedeelde ideeën en overtuigingen, zet dan weer de ideologische functie in de verf. Bij elk van die drie onlosmakelijk verbonden functies zorgen (afgedwongen)<sup>305</sup> regels voor een bewustzijn en overtuiging van wat 'recht' is. Wanneer personen zich kunnen vinden in die regels en hun inhoud vrijwillig aanvaarden, maken die regels deel uit van hun (gedeelde) identiteit: de betrokken personen zijn dan niet (langer) slechts afzonderlijke personen, maar (ook) leden van een bepaalde groep of samenleving.

112. Dat rechtsregels kunnen bijdragen aan sociale cohesie, is van alle tijden. Doordat allerlei normatieve regels in samenlevingen van jager-voedselverzamelaars en andere groepen met een beperkte omvang één homogene groep van richtinggevende standaarden vormen, ligt dat in dat soort groepen redelijk voor de hand. Sterk persoonlijke interactie tussen een beperkt aantal groepsleden die elkaar goed kennen en op elkaar zijn aangewezen maakt dat de regels binnen die groep hun socialiserende, educatieve en ideologische functies kunnen vervullen. Dat geldt ook voor meer complexe samenlevingen, waarin statelijke rechtsregels diezelfde functie kunnen hebben. Dat is in de eerste plaats het geval in staten met een duidelijke en dominante ideologische oriëntatie. In een dergelijk geval worden alle burgers aangestuurd om een statelijk opgelegd wereldbeeld te omarmen.

Dat was bijvoorbeeld het geval voor het arbeidsrecht in de DDR: de voornaamste doelstelling van die rechtstak bestond erin om werkende mensen in het kader van een omvattend opvoedkundig project, aan de hand van gemeenschappelijke arbeid, binnen hun arbeidscollectieven te vormen tot volledig ontwikkelde socialistische persoonlijkheden.<sup>306</sup>

In staten met een levensbeschouwelijke neutraliteit – waar dus niet één staatsideologie wordt opgelegd –, zoals de Belgische staat, kunnen regels die functies eveneens

---

304. Zie *supra*, nr. 25.3.

305. Voor de verschillende vormen van afdwingbaarheid, zie *supra*, nr. 46 e.v.

306. Zie nr. B. RÜTHERS *et al.*, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, München, Beck, 2018, 86 en de verwijzingen daar.

vervullen. Denk maar aan de diverse regels die roken aan banden leggen. Eerder is reeds het rookverbod in wagens aangehaald,<sup>307</sup> maar ook in openbare gebouwen en de horeca geldt al sinds 1 januari 2010 een soortgelijk verbod.<sup>308</sup> Daarnaast is reclame en sponsoring voor tabaksproducten verboden, net als de verkoop ervan aan minderjarigen,<sup>309</sup> en is de verpakking van tabaksproducten tegenwoordig gestandaardiseerd.<sup>310</sup> Het lijkt geen twijfel dat de maatschappelijke attitude ten opzichte van roken de afgelopen twintig jaar sterk is veranderd. Waar roken vroeger sociaal aanvaard was, is dat nu veel minder het geval. Dat is niet louter, maar toch voor een deel het gevolg van de verschillende regels die roken aan banden leggen. Dergelijke regels dragen immers bij tot een mentaliteitswijziging en een klimaat waarin roken meer en meer als maatschappelijk onwenselijk gedrag wordt beschouwd.

Een ander voorbeeld van regels met een uitgesproken socialiserende, opvoedkundige en ideologische functie tref je aan in de seksismewet<sup>311</sup> en de antidiscriminatiewetgeving.

Nadat het (toenmalige) Arbitragehof<sup>312</sup> een eerste antidiscriminatiewet van 25 februari 2003<sup>313</sup> gedeeltelijk had vernietigd, werden in 2007 drie antidiscriminatiewetten uitgevaardigd, meer bepaald de Antiracismewet<sup>314</sup>, de Genderwet<sup>315</sup> en een meer algemene Antidiscrimi-

307. Zie *supra*, nr. 51.

308. Zie Wet 22 december 2009 betreffende een regeling voor rookvrije plaatsen en ter bescherming van de bevolking tegen tabaksrook, BS 29 december 2009.

309. Wet 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de verbruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere produkten, BS 8 april 1977, 4501.

310. Zie KB 13 april 2019 betreffende de gestandaardiseerde verpakking van sigaretten, roltabak en waterpijptabak, BS 17 mei 2019 en MB 16 april 2019 betreffende de voorwaarden inzake neutraliteit en eenvormigheid van de verpakkingseenheden en de buitenverpakkingen van sigaretten, roltabak en waterpijptabak, BS 17 mei 2019. Zie tevens KB 5 februari 2016 betreffende het fabriceren en het in de handel brengen van producten op basis van tabak en voor roken bestemde kruidenproducten, BS 3 maart 2016: krachtens dat KB moeten verpakkingen van alle tabaksproducten een gezondheidswaarschuwing vermelden.

311. Zie *supra*, nr. 51.

312. Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004. Voor een bespreking, zie J. VELAERS, "Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet", *TBP* 2004, (601) 601 e.v.

313. Wet 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, BS 17 maart 2003, *Err.* BS 13 mei 2003.

314. Wet 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, BS 30 mei 2007.

315. Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, BS 30 mei 2007.

natiewet<sup>316</sup>.<sup>317</sup> Die wetten creëren een algemeen kader ter bestrijding van discriminatie op grond van “nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming”<sup>318</sup>, “geslacht”<sup>319</sup> en “leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst”<sup>320</sup>. Die wetten verbieden elke vorm van discriminatie in de aangelegenheden die onder hun toepassingsgebied vallen.<sup>321</sup> Dat betekent onder meer<sup>322</sup> dat in principe niemand mag discrimineren wanneer die goederen en diensten publiek beschikbaar maakt. Dat geldt evenzeer in horizontale verhoudingen (tussen particulieren onderling) als in verticale verhoudingen (tussen de overheid en particulieren).<sup>323</sup> De antidiscriminatie wetten beschermen personen die het slachtoffer worden van discriminatie onder meer<sup>324</sup> door hen een aanspraak op schadevergoeding te verschaffen.<sup>325</sup>

Op zich is zulke wetgeving niet in staat om mensen anders te doen denken. Het maatschappelijk ongewenste gedrag dat aanleiding geeft tot die regels, verdwijnt niet als sneeuw voor de zon nu die regels er zijn. Toch doen die regels meer dan slachtoffers van discriminatie meer rechten geven: ze geven ook een belangrijk signaal aan de leden van de samenleving dat discriminatie niet door de beugel kan.

---

316. Wet 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007.

317. Zie ook Wet 10 mei 2007 tot aanpassing van het gerechtelijk Wetboek aan de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, BS 30 mei 2007. Zie uitgebreid over het ruimere regelgevend kader, A. ERNOUX en P. WAUTELET, “Introduction générale : les sources et les acteurs” in J. RINGELHEIM en P. WAUTELET (eds.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Limal, Anthemis, 2018, (7) 7 e.v.

318. Art. 3 wet 30 juli 1981, BS 8 augustus 1981, 9928.

319. Art. 3 Genderwet.

320. Art. 3 Antidiscriminatie wet.

321. Art. 14 Antidiscriminatie wet; art. 19 Genderwet; art. 12 wet 30 juli 1981, BS 8 augustus 1981, 9928. Zie uitgebreider over die wetten J. VANDE LANOTTE *et al.*, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 371, nr. 618 e.v.

322. Het toepassingsgebied van die drie wetten is nog veel ruimer: zie art. 5 Antidiscriminatie wet; art. 6 Genderwet; art. 5 wet 30 juli 1981, BS 8 augustus 1981, 9928. Zie daarover uitgebreid B. RENAULD, “Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations” in P. WAUTELET (ed.) *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Luik, Anthemis, 2009, (7) 51 e.v.

323. Zie GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, overw. B.10.3 e.v.

324. Zie voor de rechtsbescherming in het algemeen art. 15 e.v. Antidiscriminatie wet; art. 20 e.v. Genderwet; art. 13 wet 30 juli 1981, BS 8 augustus 1981, 9928.

325. Art. 18 Antidiscriminatie wet; art. 23 Genderwet; art. 16 wet 30 juli 1981, BS 8 augustus 1981, 9928.

## Afdeling 2. Conflictvermijding

113. Hoeveel cohesie er ook is binnen een groep, steeds bestaat de kans dat er zich binnen die groep conflicten voordoen. Gedragsafstemming kan dus niet alleen worden bereikt door het uitbouwen van een morele orde binnen de samenleving. Daarnaast zijn er ook regels nodig die meer rechtstreeks focussen op het vermijden van conflicten.

Hoewel regels in belangrijke mate kunnen bijdragen tot het vermijden van conflicten, zijn er ook andere manieren om dat te doen. Vooral feitelijke handelingen zijn relevant in dat verband. In plaats van regels te maken over wie toegang heeft tot een bepaalde plek, kan die plek ook door middel van een slot worden afgesloten. In plaats van snelheidsbeperkingen op te leggen, kan de openbare weg ook zo worden ingericht dat het praktisch onmogelijk wordt om te snel te rijden, bijvoorbeeld door verkeersdrempels, wegversmallingen en betonblokken in te zetten.

Talrijke regels geven in dat verband aan welk gedrag maatschappelijk aanvaardbaar is en welke gevolgen de overtreder van die regels te wachten staat. Daarmee wordt maatschappelijk wenselijk gedrag aangemoedigd en maatschappelijk onwenselijk gedrag ontraad.

Regels over maatschappelijk aanvaardbaar gedrag vallen grofweg uiteen in twee categorieën, al zijn die categorieën sterk met elkaar verbonden en vloeien ze in elkaar over. Aan de ene kant heb je regels die aangeven hoe mensen zich ten opzichte van elkaar dienen te gedragen. Die regels zorgen voor een sociale ordening van de maatschappij. Aan de andere kant zijn er regels die duidelijk maken wie aanspraak mag maken op welke middelen. Die regels zorgen voor een economische ordening van de maatschappij. Beide soorten regels zijn diepgeworteld in de maatschappij en weerspiegelen en bevestigen maatschappelijke verhoudingen.

Hoe die regels concreet luiden, wordt onder meer bepaald door de dominante opvattingen over verdelende en vereffenende rechtvaardigheid in een specifieke samenleving.<sup>326</sup>

Alle samenlevingen kennen beide soorten regels. Toch kan het onderscheid tussen minder en meer complexe samenlevingen helpen om een beter zicht te krijgen op de veelzijdigheid van die regels.

326. Zie *supra*, nr. 60 e.v. voor die soorten rechtvaardigheid.

**Onderafdeling 1. *Minder complexe samenlevingen***

114. Zoals eerder toegelicht,<sup>327</sup> kennen samenlevingen van jager-voedselverzamelaars regels die te maken hebben met het bezit en gebruik van land en waterbronnen, roerende goederen, geschoten wild, geoogst voedsel en dergelijke, menselijke arbeid en hun reproductieve capaciteiten, en heilige kennis. Middelen worden vaak gedeeld en kunnen worden geruild, waarbij je een onderscheid kan maken tussen systemen van onmiddellijke en systemen van uitgestelde wederkerigheid. Op sociaal vlak zijn hiërarchische verhoudingen vaak afwezig, maar dat neemt niet weg dat mannen regelmatig beschikken over de bevoegdheid om hun vrouwelijke nakomelingen uit te huwelijken. Huwelijksbeporingen, regels rond onder meer persoonlijk letsel, overspel, doodslag, moord verduidelijken ook in die samenlevingen hoe mensen zich tegenover elkaar moeten gedragen.

*Chieftoms* kennen die regels eveneens, maar bestemmen meer middelen voor de elite, die hun bezittingen niet zozeer door een vorm van wederkerigheid, maar door tribuut verkrijgen.<sup>328</sup>

**Onderafdeling 2. *Meer complexe samenlevingen***

115. Regels in meer complexe samenlevingen – zoals rijken en moderne staten – vervullen eveneens die functie. Sociale en economische hiërarchieën worden geregeld, net als familiale, seksuele en arbeidsverhoudingen. Ook over de toedeling van middelen, de bescherming ervan en de maatschappelijke betekenis van lichamelijke schade bestaan regels.<sup>329</sup> Toch krijgen die regels door de doorgedreven organisatie van die samenlevingen extra dimensies.

**§1. *Formele ordeningsfunctie***

116. De regels die samenlevingen van jager-voedselverzamelaars en *chieftoms* in dat verband kennen, hebben bijvoorbeeld steeds een inhoudelijke betekenis en geven uiting aan een bepaalde opvatting over rechtvaardigheid. In meer complexe samenlevingen komt boven op die inhoudelijke of materiële ordening van de maatschappij nog een tweede, formele ordeningslaag. Die formele ordening bestaat uit regels die geen uitdrukking zijn van een bepaalde opvatting over rechtvaardigheid, maar zorgen voor een

---

327. Zie *supra*, nr. 12 e.v.

328. Zie *supra*, nr. 20.

329. Zie *supra*, nr. 25.

duidelijke en transparante regeling van een bepaalde kwestie. Hoe die regels precies luiden, is eigenlijk niet van tel: het enige wat van belang is, is *dat* er bepaalde regels zijn. Die regels bestaan niet voor zichzelf, maar staan volledig ten dienste van onderliggende maatschappelijke waarden.

Je kan daarbij bijvoorbeeld aan verkeersregels denken. Wanneer mensen een bepaalde ruimte intens en frequent gebruiken, moeten bepaalde afspraken worden gemaakt. Verkeersvoorschriften moeten bijvoorbeeld duidelijk maken of men op een bepaalde plek links dan wel rechts moet rijden. Op zich maakt het niet uit of men nu links dan wel rechts moet rijden: wat van belang is, is dat men een duidelijke keuze maakt in deze of gene zin. De reden dat we verkeersvoorschriften hebben, is om de lichamelijke integriteit, gezondheid en eigendom te beschermen, niet alleen van de verkeersdeelnemers maar ook van andere betrokkenen, zoals personen die in de buurt wonen.

### §2. De staat: machtsbehoud, werkingsbevordering en instrumentaliteit

117. Een tweede extra dimensie is het gevolg van de bureaucratie die je in meer complexe samenlevingen aantreft. Om dergelijke samenlevingen effectief te besturen, is een uitgebouwd staatsapparaat noodzakelijk. In dergelijke samenlevingen bepalen regels niet alleen hoe mensen zich ten opzichte van elkaar verhouden en wie aanspraak mag maken op welke middelen, maar ook hoe de staat en de personen die bij hem zijn betrokken – zoals een koningshuis en functionarissen – moeten worden onderhouden.<sup>330</sup> Regels worden met andere woorden meergelaagd omdat een nieuw soort speler – de staat – het maatschappelijk veld betreedt.

118. De staat kan de regels die ze uitvaardigt – statelijke regels – om drie redenen hanteren. Een eerste reden is om ervoor te zorgen dat zij – en in het bijzonder alle organisaties waaruit ze bestaat – wordt ondersteund en beschermd. Statelijke regels met een *machtsbehoudende* functie verplichten samenlevingsleden bijvoorbeeld om belastingen, accijnzen, taksen, retributies, boetes en toeslagen aan haar te betalen. Ook kunnen zij verplichte arbeid (zoals militaire dienstplicht) opleggen en strenge straffen opleggen voor gedragingen die de staat in gevaar brengen, zoals verraad, ongehoorzaamheid en het plegen van misdrijven tegen statelijke functionarissen.<sup>331</sup> Vele van die regels worden verantwoord door het feit dat zij noodzakelijk zijn om conflicten tussen samenlevings-

330. Zie *supra*, nr. 25.1.

331. Zie in dat verband, voor de hedendaagse Belgische samenleving, bv. art. 101 e.v. Sw. Die artikelen behandelen aanslagen op en samenspanningen tegen de Koning, de koninklijke familie en de regeringvorm.

leden in complexe staten te vermijden. Of die regels ook daadwerkelijk noodzakelijk zijn, hangt af van de concrete samenleving, de statelijke regels en de wijze waarop de staat die regels hanteert.<sup>332</sup>

119. Een tweede reden waarom staten gebruik maken van regels die ze zelf uitvaardigen, is om hun interne werking te stroomlijnen en draaiende te houden. Statelijke regels met een *werkingsbevorderende* functie richten binnen de staat allerlei soorten organisaties op – zoals gemeenschappen, gewesten, provincies, gemeenten... –, regelen hoe die organisaties met elkaar moeten overleggen om beslissingen te nemen, bepalen wanneer en hoe verkiezingen moeten worden georganiseerd, leggen begrotingen vast en ga zo maar door.

120. Staten maken tot slot gebruik van regels om wenselijk geachte doelen in de maatschappij te verwezenlijken. Compromissen tussen allerhande belangengroeperingen leiden ertoe dat in het algemeen belang regels worden uitgevaardigd met een welbepaalde doelstelling voor ogen, zoals het doen toenemen van welvaart in de samenleving. Statelijke regels met een *instrumentele* functie<sup>333</sup> voeren bijvoorbeeld een leerplicht in, reguleren werk, het verkeer, financiële markten, vaardigen voorschriften uit ter bescherming van de volksgezondheid en de openbare veiligheid, werken een systeem van sociale zekerheid uit, creëren een kader waarin rioleringen kunnen worden gelegd en afvalophaling kan worden voorzien. Statelijke regels zijn in dergelijke omstandigheden instrumenten die de beleidsmaker kan aanwenden om die specifieke doelstellingen te helpen verwezenlijken.

De machtsbehoudende functie van statelijke regels is reeds in rijken (en zelfs in *chiefdoms*) aanwezig. Regels met een werkingsbevorderende en instrumentele functie nemen vanaf de lange 16de eeuw gestaag toe naarmate de staat die ze uitvaardigt meer en meer wordt uitgebouwd.<sup>334</sup>

### §3. *Uitwisseling van middelen: stimuleren, faciliteren, toetsen en reguleren in het algemeen*

121. Ook de uitwisseling van middelen krijgt een bijkomende laag. In weinig complexe samenlevingen vormt (onmiddellijke dan wel uitgestelde) wederkerigheid de basis voor de uitwisseling van middelen tussen personen die op elkaar zijn aangewezen en

---

332. Zie daarover B. TAMANAHA, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 129 en de verwijzingen daar.

333. Zie daarover *infra*, nr. 155 e.v.

334. Zie *supra*, nr. 27 e.v.

die elkaar door en door kennen. In die omstandigheden kunnen de samenlevingsleden elkaar voldoende vertrouwen om tot uitwisseling over te gaan. In meer complexe samenlevingen zijn de leden niet noodzakelijk goed met elkaar vertrouwd en kadert de uitwisseling niet noodzakelijk binnen een duurzame verhouding die de uitwisselaars met elkaar hebben.<sup>335</sup> Als ze vreemden voor elkaar zijn, moeten ze het gebrek aan vertrouwen in elkaar overstijgen willen ze alsnog middelen willen uitwisselen. Dat kan bijvoorbeeld door de goederen op zichzelf te zien, zonder dat die goederen deel uitmaken van een relatie tussen de uitwisselaars. In dat geval vormt ruilhandel de basis voor de uitwisseling van middelen.<sup>336</sup> Dat kan ook door intermediaire ruilmiddelen te gebruiken die die uitwisseling kunnen faciliteren: 'geld'. Die ruilmiddelen worden breed aanvaard in de maatschappij en kunnen worden geruild tegen om het even welke goederen of diensten.

Reeds in Mesopotamië werd rond 3000 v.Chr. geld als ruilmiddel gebruikt: één shekel was 65 milligram gerst waard. De munteenheid werd uitgevonden door bureaucraten om het overzicht te bewaren over de beschikbare middelen en om middelen heen en weer te verschuiven tussen departementen.<sup>337</sup>

Hoe meer afstand en hoe minder vertrouwen er is tussen uitwisselende personen, des te meer regels zijn er nodig. Zeker in maatschappijen waarin handel en uitwisseling van middelen een grote rol spelen, vervullen statelijke regels een belangrijke ondersteunende functie als opvangnet voor begreemd vertrouwen. Doordat de openbare macht kan worden ingeschakeld om te maken dat iemand alsnog de prestatie levert die hij beloofd heeft, is het mogelijk dat de wederpartij middelen durft uit te wisselen met iemand die zij niet kent. Op die manier hebben statelijke regels een stimuleringsfunctie.

Niet alle regels met een stimuleringsfunctie zijn van de staat afkomstig. Het is best mogelijk dat private actoren in de maatschappij zelf hun eigen activiteiten reguleren.<sup>338</sup> Het feit dat ook dergelijke regels een stimuleringsfunctie hebben, is te danken aan hun afdwingbaarheid. De naleving van dergelijke regels kan niet alleen worden verzekerd door organisationele

335. Vgl. M. SAHLINS, *Stone Age Economics*, Chicago, Aldine-Atherton, 1972, 191 e.v.; C. GREGORY, *Gifts and Commodities*, Londen, Academic Press, 1982, 100 e.v. Zie uitgebreid over het verband tussen wederkerigheid en vertrouwen E. OSTROM en J. WALKER (eds.), *Trust and Reciprocity. Interdisciplinary Lessons for Experimental Research*, New York, Russell Sage Foundation, 2003, 424 p. Zie uitgebreid over het belang van vertrouwen P. SEABRIGHT, *The Company of Strangers: A Natural History of Economic Life*, Princeton, Princeton University Press, 2010, 400 p.

336. Zie daarover D. GRAEBER, *Debt. The First 5,000 Years*, New York, Melville House Publishing, 2011, 21 e.v.

337. D. GRAEBER, *Debt. The First 5,000 Years*, New York, Melville House Publishing, 2011, 39.

338. Zie *supra*, nr. 30 over 'zelfbestuur'.



derdepartijcontrole, maar ook door statelijke derdepartijcontrole.<sup>339</sup> Leden die de interne regels van een groep niet respecteren, kunnen in sommige gevallen uit de groep worden gezet. Tegelijk kunnen soms ook statelijke dwangmiddelen worden ingezet ter ondersteuning van die interne regels.

122. Statelijke regels hebben naast een stimuleringsfunctie ook een faciliteringsfunctie. Regels zijn niet enkel een stok achter de deur, ze kunnen het leven van de uitwisselende partijen ook eenvoudiger en efficiënter maken. Dat doen ze door een regeling te bevatten die van toepassing is op de verhouding tussen de uitwisselende partijen zover die niets anders (op een geldige wijze) zijn overeengekomen ('aanvullend recht'). Daardoor moeten partijen niet per se over elk mogelijk detail van hun afspraak onderhandelen en sparen ze tijd en kosten uit.

123. Statelijke regels stimuleren en faciliteren niet zomaar eender welke uitwisseling van middelen. Statelijke regels ondersteunen slechts die uitwisselingen die verenigbaar zijn met een rechtvaardige ordening van de maatschappij. Statelijke regels leggen met andere woorden talrijke vereisten op waaraan uitwisselingen moeten voldoen ('dwingend recht' in de ruime zin). Op die manier toetsen statelijke regels de uitwisseling aan de maatschappelijke ordening en hebben ze dus een toetsingsfunctie.

124. Nog een stap verder gaan statelijke regels wanneer ze niet zozeer uitwisselingen op zichzelf stimuleren, faciliteren en toetsen, maar hele economische sectoren reguleren. Dat doen statelijke regels vooral in hedendaagse moderne staten waarin organisaties zijn doorgedrongen tot in alle aspecten van het menselijk leven.

Nagenoeg alles wat we vandaag doen, wordt mogelijk gemaakt of beïnvloed door organisaties. Het bed waarin we slapen, de lakens, de matras, de kussens... zijn gemaakt door organisaties. Die spelen evenzeer een grote rol in de fabricatie van de kleren die we dragen, de middelen waarmee we communiceren en ontspannen, de hygiënische producten die we gebruiken, het voedsel en het drinken dat we verbruiken, de middelen die we gebruiken om ons te verplaatsen...

In dergelijke samenlevingen moeten talrijke regels ervoor zorgen dat de activiteiten die de verschillende organisaties (en de sectoren waar ze deel van uitmaken) verrichten, gestimuleerd, gefaciliteerd en getoetst worden op hun verenigbaarheid met de maatschappelijke orde. Denk bijvoorbeeld maar aan de bouw-, culturele, financieel-economische, industriële, IT-, landbouw-, onderwijs-, overheids-, transport-, voedings-,

---

339. Zie *supra*, nr. 48.

wetenschaps-, woon- en zorgsector en alle organisaties die daar iets mee te maken hebben. Al die sectoren en organisaties vormen ontelbare knooppunten in een maatschappelijk netwerk waarin verregaande regulering enige orde aanbrengt.<sup>340</sup>

#### *§4. Herverdeling van middelen: exponentiële toename*

125. Een vierde en laatste extra dimensie die regels over sociale en economische verhoudingen krijgen in meer complexe samenlevingen, is te vinden in hun herverdelende functie.<sup>341</sup> Regels hebben altijd voor (her)verdeling gezorgd,<sup>342</sup> maar de schaal, omvang en impact van herverdeling neemt exponentieel toe in meer complexe samenlevingen. In eerste instantie zorgen regels met een machtsbehoudende functie ervoor dat het staatsapparaat over de nodige middelen beschikt. Hoe groter het staatsapparaat, des te meer middelen naar hem moeten gaan. In tweede instantie zorgen regels in welvaartsstaten voor een sterke herverdeling van de middelen tussen de verschillende samenlevingsleden, zodat een bepaald welvaartspeil wordt gegarandeerd.<sup>343</sup> Wanneer regels niet alleen een machtsbehoudende maar ook een instrumentele functie vervullen, dan leggen ze belastingen niet alleen op om het staatsapparaat te onderhouden, maar ook om bepaalde sociale doeleinden – zoals herverdeling tussen samenlevingsleden – te realiseren.

### Afdeling 3. Conflictverwerking

126. Doordat regels helpen om andermans gedrag te voorspellen en het eigen gedrag daarop af te stemmen, kunnen ze regelmatig bijdragen aan het vermijden van conflicten. Dat lukt evenwel niet altijd: soms stemmen mensen hun gedrag in eerste instantie niet op elkaar af en kunnen hun aanspraken en verwachtingen niet allemaal gelijktijdig worden ingelost. In dat geval kunnen grieven ontstaan. Een grief is een reden tot ontevredenheid, een bezwaar dat je hebt tegen iets, iemand of een bepaalde situatie. In dit stadium is er maar één persoon betrokken, namelijk de gegriefde persoon. Dat verandert wanneer de gegriefde persoon de persoon die zij verantwoordelijk acht voor die grieven ('de grievende partij') met die grieven confronteert. In dat geval zijn er twee

340. Zie daarover uitgebreid B. TAMANAHA, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 118 e.v. Over de juridisering van maatschappelijke verhoudingen die daarmee gepaard gaat, zie *supra*, nr. 43.

341. Zie J. RAZ, *The Authority of the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 171 e.v.

342. Voor samenlevingen van jager-voedselverzamelaars, zie *supra*, nr. 12 e.v.; voor *chiefdoms*, zie *supra*, nr. 20.

343. Zie *supra*, nr. 28.

personen betrokken en groeit een grief uit tot een conflict. Wanneer een conflict publiek wordt gemaakt en andere (idealiter onafhankelijke) samenlevingsleden betrokken raken, spreken we van een geschil.<sup>344</sup>

De evolutie van een grief tot een geschil wordt ook wel aan de hand van drie Engelse termen – *naming*, *blaming* en *claiming* – omschreven. Een reden tot ontevredenheid wordt maar een grief wanneer de gegriefde persoon die reden als nadelig benoemt (*naming*). Een grief wordt maar een conflict als de reden tot ontevredenheid wordt toegeschreven aan een ander (*blaming*). In een geschil onderneemt de gegriefde persoon actie tegen de ander of eist die dat actie wordt ondernomen (*claiming*).<sup>345</sup>

### Onderafdeling 1. **Sociale vrede: afweer, herstel en straf**

127. Regels kunnen ertoe bijdragen dat conflicten en geschillen geen buitensporige proporties aannemen. Centraal staat dat de samenleving en de betrokken persoon het geschil binnen de perken houden, zodat het voortbestaan van de samenleving is verzekerd. Ze kunnen met andere woorden bijdragen tot sociale vrede, om zo een staat van burgeroorlog te vermijden.

Daardoor kan het zijn dat zelfs inhoudelijk onaanvaardbare regels toch navolging verdienen, indien zij het enige alternatief voor totale chaos vormen.<sup>346</sup>

Zeker in samenlevingen of groepen met een beperkt aantal leden – zoals samenlevingen van jager-voedselverzamelaars – kunnen geschillen tussen samenlevingsleden de sociale vrede ernstig bedreigen. Hoewel mogelijk slechts enkele personen betrokken zijn, kan het geschil de verhoudingen tussen de families waartoe die personen behoren onder spanning zetten. Dat bemoeilijkt de samenwerking tussen die families. Aangezien families op elkaar zijn aangewezen voor hulp en bijstand, belangt een geschil al gauw de gehele (kleinschalige) gemeenschap aan. In dergelijke samenlevingen staat het herstellen van de sociale vrede voorop, zodat de samenleving kan blijven voortbestaan.<sup>347</sup>

---

344. Zie uitgebreider over de escalatie van grieven over conflicten tot geschillen L. NADER en H.F. TODD, *The Disputing Process - Law in Ten Societies*, New York, Columbia University Press, 1978, 14 e.v.

345. Zie C. MENKEL-MEADOW, A. KUPFER SCHNEIDER en L. PORTER LOVE, *Negotiation. Processes for Problem Solving*, New York, Aspen Publishers, 2006, 5.

346. Zie B. RÜTHERS *et al.*, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, München, Beck, 2018, nr. 79.

347. W.A. HAVILAND, H.E.L. PRINS, D. WALRATH en B. MCBRIDE, *Anthropology: The Human Challenge*, s.l., Wadsworth Publishing, 2010, 564.

128. Hoe complexer de samenleving wordt, des te meer ruimte is er voor meer specifieke en gekanaliseerde wijzen om bij te dragen aan de sociale vrede. Regels die de sociale vrede moeten bewaren, kunnen dan meer in het bijzonder betrekking hebben op het afweren van grievende gedragingen, het herstellen van grieven of het bestraffen van de grievende partij. Afweerregels verduidelijken dan welke handelingen iemand mag verrichten opdat de dreigende grief zich niet (verder) realiseert.

In het hedendaagse Belgische recht regelen bijvoorbeeld art. 416 en 417 Sw. wettige verdediging in een strafrechtelijke context.<sup>348</sup>

129. In samenlevingen met een weinig sterk uitgebouwd staatsapparaat laten regels over herstel vaak een ‘oog-om-oog, tand-om-tand’-reactie toe. Het onrecht dat de gegriefde partij heeft ondergaan, zal ook de grievende partij worden toegebracht. Wanneer de gegriefde partij overleden is en de grievende partij ter dood zal worden gebracht, spreekt men van ‘bloedwraak’.<sup>349</sup>

§ 229 e.v. van de *Codex Hammurabi* hanteert bijvoorbeeld een dergelijk principe wanneer de bouwer van een huis zijn werk niet goed heeft gedaan en het huis nadien instort. Als de eigenaar van het huis daarbij overlijdt, dan zal de bouwer ter dood worden gebracht (§ 229); als de zoon van de eigenaar daarbij overlijdt, dan zal de zoon van de bouwer ter dood worden gebracht (§ 230).

Langdurige gewelddadige conflicten tussen families – ‘bloedvetes’ – kunnen ontstaan indien de persoon waarop men wraak neemt volgens diens familie meer ‘waard’ is dan het initiële slachtoffer, zodat die familie zich gerechtigd voelt om op haar beurt het onrecht te wreken. Omdat bloedwraak op die manier kan leiden tot een intense en

348. Art. 416 Sw.: “Er is noch misdaad, noch wanbedrijf, wanneer de doodslag, de verwondingen en de slagen geboden zijn door de ogenblikkelijke noodzaak van de wettige verdediging van zich zelf of van een ander.”

Art. 417 Sw: “Onder de gevallen van ogenblikkelijke noodzaak van de verdediging worden de twee volgende gevallen begrepen:

“Wanneer de doodslag gepleegd wordt, wanneer de verwondingen of de slagen toegebracht worden bij het afweren, bij nacht, van de beklimming of de braak van de afsluitingen, muren of toegangen van een bewoond huis of appartement of de aanhorigheden ervan, behalve wanneer blijkt dat de dader niet kon geloven aan een aanranding van personen, hetzij als rechtstreeks doel van hem die poogt in te klimmen of in te breken, hetzij als gevolg van de weerstand welke diens voornemen mocht ontmoeten;

“Wanneer het feit plaatsheeft bij het zich verdedigen tegen de daders van diefstal of plundering die met geweld tegen personen wordt gepleegd.”

349. Zie ook *supra*, nr. 17 *in fine*.

langdurige spiraal van geweld, brengt die de sociale vrede ernstig in het gevaar. Vandaar dat in dergelijke samenlevingen de gegriefde familie wordt aangeraden om de bloedwraak af te kopen, door in plaats van de grief te wreken genoeg te nemen met een geldelijke vergoeding ('bloed-, zoen- of weergeld'). Naarmate het statelijk apparaat wordt uitgebouwd, evolueert de suggestie om weergeld te aanvaarden meer en meer naar een verbod op bloedwraak dat de overheid in staat is om af te dwingen. Een belangrijke tussenstap in die evolutie is de tussenkomst van onafhankelijke derden die in naam van de gemeenschap pogingen ondernemen om de betrokkenen met elkaar te verzoenen.

In Vlaanderen zijn bloedvetes als conflictverwerkingsmechanisme (binnen de stedelijke elites) reeds in de 14de eeuw zijn zo goed als verleden tijd; in Holland blijft dat mechanisme van groot belang tot het einde van de 15de eeuw. De neergang van vetes is echter niet alleen het gevolg van groeiende vorstelijke macht, maar ook van aanzienlijke druk van de sociale omgeving om een bemiddelde oplossing te verkiezen. In Gent speelde zeker tot de jaren 1480 de toenmalige verzoeningsprocedure een grote rol. Daarbij waren zogenaamde 'paisierders' (Gentse schepenen of door hen aangestelde poorters) verantwoordelijk voor het uitwerken van verzoeningsregelingen.<sup>350</sup>

130. In *chiefdoms* en rijken vallen regels over het herstel van onrecht doorgaans samen met regels over het straffen van de grievende persoon.<sup>351</sup> Straffen brengen de grievende persoon leed toe en komen bovenop de verplichtingen tot herstel van het onrecht.

Als de grievende partij verplicht is om een geldsom te betalen aan de gegriefde partij, dan overstijgt die geldsom het nadeel dat de grief aan de gegriefde partij berokkent. Zo bepaalt § 8 van de *Codex Hammurabi* bijvoorbeeld dat de dief van bepaalde dieren niet enkel de waarde van het dier dient te vergoeden: als het dier toebehoort aan een god of het hof, dan moet hij het dertigvoudige betalen; als het dier toebehoort aan een vrijgelaten man van de koning, dan moet hij het tienvoudige betalen.<sup>352</sup> Een andere illustratie vormt het weergeld, dat een vergoeding vormt voor zowel de waarde van het initiële slachtoffer als het breken van de vrede. De stappen die men moet doorlopen om de bloedwraak af te kopen, zijn de voorloper van de procedures die staten later organiseren voor het verkrijgen van herstel (bijvoorbeeld door teruggave).<sup>353</sup>

---

350. F. BUYLAERT, "Familiekwesties. De beheersing van vetes en private conflicten in de elite van laatmiddeleeuws Gent", *Stadsgeschiedenis* 2007, (1) 8 e.v.

351. Zie uitgebreid over de verwerking van strafrechtelijke conflicten doorheen de geschiedenis, S. VERHELST, *De rol van het slachtoffer in het straf(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 55 e.v.

352. Zie *supra*, nr. 24. Voor een ander voorbeeld, zie § 265 *Codex Hammurabi*.

353. B. BOUCKAERT, *Algemene rechtsleer en rechtsmethodiek. Functies en bronnen van het recht*, Antwerpen, Maklu, 2002, 106.

Op die manier bevat de verschuldigde vergoeding zowel genoegdoening voor de gegriefde persoon ('herstel' of 'vergoeding') als genoegdoening voor de samenleving ('straf' of 'vergelding').<sup>354</sup> Het schadevergoedingsrecht heeft in dergelijke samenlevingen dan ook vaak zowel een vergoedende als een bestraffende doelstelling.

131. In moderne staten maakt men daarentegen in principe een scherp onderscheid tussen vergoeding en vergelding. Vergoeding is het voorwerp van het burgerlijk recht; vergelding van het strafrecht. Een dergelijk onderscheid is maar mogelijk in een sterk uitgebouwde staat: er moet immers een onafhankelijke organisatie zijn – die bovendien nog eens aanvaard wordt door de betrokken samenlevingsleden – opdat de verstoring van de sociale vrede op zichzelf kan worden bestraft, en dus los van het concrete nadeel dat de gegriefde persoon ondervindt. In moderne staten vervult het strafrechtelijk apparaat van de staat die functie.

Vaak zijn andere rechtbanken bevoegd voor vergelding dan voor vergoeding. In het hedendaagse Belgische recht spreekt de strafrechter zich in principe uit over de bestraffing van de grievende partij; de burgerlijke rechter behandelt dan weer de vergoeding van de gegriefde partij. Omwille van de efficiëntie spreken strafrechters zich vaak niet enkel uit over de bestraffing van de grievende persoon, maar ook over de burgerlijke gevolgen van misdrijven.

## Onderafdeling 2. **Conflictverwerkingsmethoden**

132. Er zijn talloze manieren waarop grieven, conflicten en geschillen kunnen worden verwerkt.<sup>355</sup> Het meest basale onderscheid tussen de verschillende verwerkingsmanieren betreft de betrokken personen. In sommige gevallen is er maar één persoon betrokken bij het verwerkingsproces. Vaak onderneemt een gegriefde partij geen stappen en confronteert die de grievende partij niet. In plaats daarvan laat zij het daar gewoon bij en negeert zij de grief (*lumping it* in het Engels): de last van een confrontatie weegt gewoon niet op tegen de grief. Een andere optie is dat de gegriefde partij beslist om de verhouding met de grievende partij niet verder te zetten.

354. Zie daarover uitgebreid met betrekking tot het Oud-Romeinse recht, N. JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, 189-221.

355. Zie daarover uitgebreid S. VAGO en S.E. BARKAN, *Law and Society*, New York, Routledge, 2018, 173 e.v. De inhoud van deze onderafdeling is in grote mate schatplichtig aan dat boek. Zie tevens A. DEJOLLIER, J.-F. VAN DROOGHENBROECK en C. DELFORGE (eds.), *Le conflit : quelles approches ?*, Limal, Anthemis, 2020, 234 p.

Denk maar aan vriendschappen waarbij het initiatief steeds van één kant moet komen: de kans bestaat dat het gebrek aan initiatief van de ene vriend ervoor zorgt dat de andere besluit om zelf geen initiatief meer te nemen.

Omdat er bij de verwerking van de grief geen andere personen betrokken zijn, spelen regels weinig tot geen rol in het verwerkingsproces. Dat is wel het geval bij conflicten en geschillen: daar bepalen regels wel bijvoorbeeld hoe partijen zich dienen te gedragen bij de verwerking van het conflict of geschil.

133. Wanneer een grief is uitgegroeid tot een conflict of een geschil, kunnen de betrokkenen twee pistes bewandelen. Aan de ene kant kunnen de grievende en de gegriefde partij hun conflict of geschil onder elkaar verwerken, zonder het conflict uit handen te geven. Aan de andere kant kunnen de grievende en gegriefde partij hun geschil uit handen geven, zodat een (idealiter) onafhankelijke partij een beslissing neemt die zich aan beide partijen opdringt. Hoewel partijen hun standpunten uiteenzetten, nemen ze niet deel aan de vorming van de uiteindelijke beslissing. Dat beslissingsproces noemen we de *berechting* van het geschil.

#### *§1. Conflictverwerking zonder het conflict uit handen te geven*

134. Wanneer partijen hun conflict onderling willen regelen, kunnen ze dat op verschillende manieren doen. Een eerste optie, die in bepaalde samenlevingen binnen bepaalde grenzen wordt geaccepteerd, is dat ze daarvoor hun toevlucht nemen tot fysiek interpersoonlijk geweld. Eén vorm van dergelijk geweld is het duel. Daarbij ontmoeten de partijen die met elkaar een conflict hebben, elkaar met gelijke, vaak potentieel dodelijke wapens om een erezaak te regelen. Het doel was ook niet in eerste instantie om de tegenstrever te doden (hoewel dat wel kon voorkomen) maar wel om de geschonden eer te herstellen. Het eerherstel vloeide voort uit de aangetoonde bereidwilligheid om zijn leven ervoor op het spel te zetten.

Duelleren houdt grote risico's in voor het lijf en leden van de betrokkenen. Vanaf de tweede helft van de middeleeuwen wordt dan ook doorheen Europa regelgeving uitgevaardigd om duels aan banden te leggen.<sup>356</sup> In België is duelleren strafbaar geweest tussen 1841 en 2005: krachtens de toenmalige art. 423 e.v. Sw. kon niet alleen het duelleren zelf, maar ook de

---

356. Dat is althans zo in de Duitse gebieden. Zie daarover F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlijn, 1903, 327 e.v., § 93. Voor een algemenere bespreking, zie bv. V. KIERNAN, *The Duel in European History: honour and the reign of aristocracy*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 348 p.

provocatie tot een duel en de aanwezigheid erbij als getuige strafrechtelijk worden gevolgd. Een notoir voorbeeld is de rechtszaak naar aanleiding van het duel tussen de toenmalige minister van Oorlog Pierre Chazal en parlementslid Jan De Laet.<sup>357</sup> De strafbaarstelling werd opgeheven in 2005<sup>358</sup>, omdat de vroegere regeling geen maatschappelijke relevantie meer had.<sup>359</sup>

135. Een andere vorm van fysiek interpersoonlijk geweld om conflicten onderling te regelen, is de vete.<sup>360</sup> Een vete is een langdurige verhouding van vijandschap tussen twee families of groepen. Ten grondslag aan die vijandschap ligt een grief die een lid van de ene familie of groep heeft toegebracht aan een lid van de andere familie of groep. Kenmerkend voor een vete is dat de verantwoordelijkheid om het conflict te regelen – in het geval van een vete door wraak te nemen – een collectieve verantwoordelijkheid is: alle leden van de groep of familie zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van een gepaste wraakactie.

In samenlevingen waar het geloof in hekserij en bovennatuurlijke krachten wijdverspreid is, wenden gegriefde partijen zich wel eens tot magie om het onrecht te wreken. Een gegriefde partij neemt dan wel niet op een fysieke manier wraak op de grievende partij, het gebruik van magie en het uitspreken van vloeken over de grievende partij en diens naasten staat er in die overtuiging op gelijke voet mee.<sup>361</sup>

136. Een derde optie is dat de conflictpartijen het conflict verwerken door middel van rituelen. Geweld wordt dan volledig uitgesloten en slechts ‘vertegenwoordigd’ in één of andere rituele activiteit. Edward Adamson Hoebel geeft het voorbeeld van een zangritueel bij de Inuit. De partijen confronteren elkaar voor de verzamelde gemeenschap en uiten hun grieven en replieken door middel van dans en gezang die voor die gelegenheid worden uitgewerkt. De gegriefde partij in een lied verwoordt het onrecht dat haar is aangedaan; de grievende partij antwoordt op dezelfde manier. Over en weer reageren de

357. Zie daarover J. HOEGAERTS, “L’homme du monde est obligé de se battre’. Duel-vertogen en -praktijken in en rond het Belgische parlement, 1830-1900”, *Tijdschrift voor Geschiedenis* 2011, (190) 200 e.v.

358. Art. 4 wet 13 februari 2005 houdende administratieve vereenvoudiging, BS 23 februari 2005, 6964.

359. Zie memorie van toelichting bij wetsontwerp houdende administratieve vereenvoudiging, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1439/001, 6.

360. Zie P.H. GULLIVER, *Disputes & Negotiations: A Cross-Cultural Perspective*, New York, Academic Press, 1979, 293 p.

361. Zie S. ROBERTS, *Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology*, New Orleans, Quid Pro Books, 2013, hoofdstuk 4, B, iv.



partijen op elkaar, totdat minstens één van hen uitgeput is. De verzamelde gemeenschap valt de vaardigste zanger/danser bij, die dan als winnaar uit de strijd komt.<sup>362</sup>

Soms worden die zangwedstrijden gebruikt voor meer dan alleen het kanaliseren van grieven en reacties. De zanger zet in zijn gezangen de wederpartij meer dan eens te kijk en hoopt dat zijn openbare aanklacht van diens wangedrag een afkeurende reactie van de gemeenschap teweegbrengt. Die reactie zorgt er op haar beurt voor dat de wederpartij zich schaamt en haar gedrag bijstelt. Publieke vernedering hoeft natuurlijk niet op een dergelijke formele manier te gebeuren. Alledaagse roddels of humoristische aanklachten kunnen in bepaalde omstandigheden even goed genoegdoening geven aan de gegriefde partij en de grievende partij tot schaamte aanzetten.

137. Als we de verschillende conflictverwerkingsmethoden bekijken die mensen onder elkaar kunnen gebruiken, dan bevindt fysiek interpersoonlijk geweld zich aan het ene uiterste van het spectrum. Aan het andere uiterste bevindt zich sociale uitsluiting. Alle contact met de grievende partij verbreken is tegelijk een zeer effectieve en een zeer radicale manier om conflicten te verwerken. In kleine groepen, zoals samenlevingen van jager-voedselverzamelaars, kan collectieve sociale uitsluiting ervoor zorgen dat de uitgeslotene verhongert en overlijdt. Als je in sterke mate op anderen bent aangewezen om te kunnen overleven, zal sociale uitsluiting desastreuze gevolgen hebben.

Hoewel sociale uitsluiting of verbanning in grotere groepen in principe in het kader van de berechting van het geschil gebeurt,<sup>363</sup> geldt voor die groepen eigenlijk niets anders. Tot 1831<sup>364</sup> kon iemand bijvoorbeeld in België burgerlijk dood worden verklaard. Dat hield in dat de overheid die persoon als 'dood' beschouwde, zodat zijn huwelijk werd ontbonden, zijn nalatenschap werd vereffend en verdeeld en hij niet meer kon deelnemen aan het rechtsverkeer (en bijvoorbeeld ook geen contracten meer kon sluiten). Omdat hij reeds 'dood' was, kon hij ook niet meer worden vermoord: iemand die een burgerlijk dood verklaarde vermoordde, beging dan ook geen misdrijf en kon dan ook niet worden gestraft. De toekomst van een burgerlijk dood verklaarde zag er dan ook niet bepaald rooskleurig uit.

---

362. A. HOEBEL, "Song duels among the Eskimo" in P. BOHANNAN (ed.) *Law and Warfare*, Garden City (New York), Natural History Press, 1967, (255) 255 e.v. Voor andere voorbeelden, zie S. ROBERTS, *Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology*, New Orleans, Quid Pro Books, 2013, hoofdstuk 4, B, ii.

363. Zie *infra*, nr. 139 e.v.

364. Art. 18 Gw. schafte de burgerlijke dood immers af: "De burgerlijk dood is afgeschaft; hij kan niet opnieuw worden ingevoerd." Zie daarover J. VELAERS, *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar*, I, *Het federale België, het grondgebied, de grondrechten*, Brugge, die Keure, 2019, 324.

138. De meest basale en voorname manier voor mensen om onder elkaar conflicten te verwerken is simpelweg door te praten, een andere tegenpool van fysiek interpersoonlijk geweld.<sup>365</sup> Door te praten komen mensen te weten wat anderen denken en zullen doen, en hoe anderen naar hen kijken. Praten en luisteren vormen de meest essentiële en rudimentaire instrumenten om gedragingen op elkaar af te stemmen. Wanneer iemand gegriefd is, kan die de grief veruitwendigen en loslaten door erover te praten. Door die grief aan anderen te communiceren, kan er worden gezocht naar een remedie. Dat kan door samen met de grievende partij te onderhandelen over een vorm van herstel, maar ook door tussenkomst van een derde.

Bij onderhandelingen proberen de conflicterende partijen zonder hulp van anderen elkaar te overtuigen van hun standpunt en door middel van een proces van geven-nemen hun weg te zoeken naar een vergelijk. Een basisvereiste voor geslaagde onderhandelingen is dat partijen bereid zijn om een conflict of geschil niet te laten escaleren. Door onderling een oplossing uit te werken, kan het conflict in alle vertrouwelijkheid worden verwerkt. Het grote voordeel daaraan is dat het conflict – en de verwerking ervan – niet naar buiten kenbaar wordt gemaakt, wat op zijn beurt imagoschade en ongewenste reacties van buitenstaanders vermijdt.

Onderhandelingen kunnen soms ook plaatsvinden door vertegenwoordigers van de partijen, zoals hun advocaten. In dat geval spreken we van collaboratieve onderhandelingen. Dat soort onderhandelingen is een zeer recent fenomeen: het steekt voor het eerst de kop op in Amerika in de jaren 1980.<sup>366</sup> Op 1 januari 2019 is in België een wettelijk kader voor dat soort onderhandelingen in werking getreden.<sup>367</sup> Zo omschrijft art. 1738 Ger.W. de collaboratieve onderhandelingsprocedure als volgt: “een vrijwillige en vertrouwelijke procedure van geschillenoplossing door onderhandeling, waarbij conflicterende partijen en hun respectieve advocaten betrokken zijn en laatstgenoemden optreden in het kader van een exclusief en beperkt mandaat van bijstand en adviesverlening teneinde een minnelijk akkoord te bewerkstelligen”.

Bij bemiddelingen doen partijen een beroep op een neutrale buitenstaander, de bemiddelaar, om de partijen in de verwerking van hun conflict of geschil bij te staan. Het zijn

365. Zie S. ROBERTS, *Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology*, New Orleans, Quid Pro Books, 2013, hoofdstuk 4, B, vi.

366. Zie daarover W. MEUWISSEN, “Collaboratieve onderhandelingen” in L. DEMEYERE en S. RUTTEN (eds.), *Conflictafhandeling buiten de rechtbank*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (161) 161 e.v.

367. Zie art. 1738-1747 Ger.W., zoals ingevoegd bij wet 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, BS 2 juli 2018.

nog steeds de partijen die beslissen over het resultaat van het verwerkingsproces: de bemiddelaar helpt hen slechts om tot een vergelijk te komen. Bemiddeling kan een doeltreffende conflictverwerkingsmethode zijn als alle partijen streven naar een redelijk vergelijk. Bemiddeling kan dan ook maar slagen als partijen samenwerken: hoe meer belang alle partijen hebben bij een uitkomst waarin iedereen zich kan vinden, des te meer gemotiveerd zullen partijen zijn om samen tot die uitkomst te komen. Indien partijen uitsluitend uit zijn op een overwinning of eisen dat hun initiële standpunt onvoorwaardelijk wordt onderschreven, dan zal bemiddeling weinig resultaat opleveren.

Bemiddeling is van alle tijden. Dat verklaart waarom de regels over de keuze van een bemiddelaar erg divers zijn. In sommige samenlevingen wordt de persoon van de bemiddelaar gekozen op basis van zijn status, positie, macht, geld of aanzien, of op basis van de krachten die men hem toeschrijft om in naam van goden of andere bovennatuurlijke krachten sancties uit te spreken. In andere samenlevingen kan de bemiddelaar dan weer een gespecialiseerde persoon of organisatie zijn die zich professioneel bezig houdt met bemiddeling. Soms is de keuze voor bemiddeling een keuze die de partijen zo goed als volledig vrij kunnen maken, maar in andere gevallen zijn er informele of formele regels die partijen voorschrijven om hun conflicten en geschillen op die wijze te regelen.

Op 30 september 2005 is in België een wettelijk kader voor bemiddeling in werking getreden.<sup>368</sup> Als de partijen die regels volgen, kunnen zij hun vergelijk laten goedkeuren door de rechter ('homologatie'). Daardoor kunnen de partijen statelijke dwangmaatregelen inzetten om de naleving van hun vergelijk te verzekeren.

## §2. Conflictverwerking door het conflict uit handen te geven: berechting

139. In samenlevingen van jager-voedselverzamelaars worden conflicten en geschillen steeds onderling geregeld. Bemiddelaars met een groot persoonlijk gezag kunnen de partijen vaak helpen om een regeling te treffen, maar beschikken niet over middelen om een bepaalde beslissing dwingend aan hen op te leggen.<sup>369</sup> Bemiddelaars kunnen partijen aanmoedigen om in te stemmen met een regeling, maar of de regeling daadwerkelijk wordt uitgevoerd, hangt volledig van de partijen zelf af.<sup>370</sup> Wanneer binnen de

---

368. Zie art. 1724-1737 Ger.W. Die regels zijn in de loop der jaren grondig gewijzigd, laatst door bij wet 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, BS 2 juli 2018.

369. Zie *supra*, nr. 46 e.v. over de verschillende gradaties van afdwingbaarheid van regels.

370. Zie de nuance in het vorige randnummer, *in fine*.

maatschappij een bepaald niveau van sociale hiërarchie is bereikt, wordt het mogelijk dat andere personen dan de partijen beslissen over de verwerking van het conflict.

Regels die dergelijke beslissingsmacht aan derden toebedelen bestaan in zowel *chiefdoms*, rijken als moderne staten. Naarmate de organisationele structuur van de samenleving toeneemt, ontstaan organisaties die er specifiek op gericht zijn andermans conflicten te verwerken: rechtbanken.

140. Bij het berechten van geschillen komen meerdere soorten regels kijken:

1. Bevoegdheidsregels. Deze regels bepalen wie bevoegd is om over welke geschillen een bindend oordeel te vellen.
2. Procedureregels. Deze regels bepalen welke procedure moet worden doorlopen opdat de bevoegde instantie een bindend oordeel mag vellen. Hoe moeten de grieven aan de derde worden voorgelegd? Hoe en wanneer mag of moet de wederpartij reageren?
3. Motiveringsregels. Het nemen van een beslissing is één zaak. In samenlevingen waar het recht ook een waarborgfunctie vervult,<sup>371</sup> zijn er regels die waarborgen tegen een willekeurige machtsuitoefening. Deze regels vormen een waarborg tegen een willekeurige beslissing en moeten ervoor zorgen dat de bevoegde instantie toont dat die de standpunten en argumentaties van de partijen zorgvuldig heeft geanalyseerd.
4. Uitvoeringsregels. Eens de bevoegde instantie een oordeel heeft geveld, kan de naleving door dwangmaatregelen worden verzekerd. Wie welke maatregelen wanneer en op welke wijze mag hanteren, is eveneens het voorwerp van regels.

141. De meest klassieke manier waarop berechting plaatsvindt, is door middel van statelijke rechtspraak. Daarbij hebben rechtbanken de bevoegdheid om een oordeel te vellen over een bepaald geschil, ook als niet alle partijen daar om vragen. De diverse regels die de rechtspraak in goede banen leiden, zijn in principe op voorhand bepaald en erg rigide: partijen dienen zich ernaar te schikken. Hoewel rechtbanken vaak streven naar een compromis en aansturen op flexibiliteit, hebben hun uiteindelijke oordelen vaak tot gevolg dat een ‘winnaar’ of ‘verliezer’ van het proces kan worden aangeduid. Als een conflict uitmondt in een rechtszaak, moeten beide partijen erop voorbereid zijn dat ze over de gehele lijn ongelijk kunnen krijgen. In samenlevingen die rechtbanken kennen, ligt de nadruk op rechtsregels van statelijke oorsprong. Rechtbanken passen andere rechtsregels maar toe voor zover die daarmee verenigbaar zijn.<sup>372</sup> Dat zorgt ervoor dat vele andere regels (zoals sociale en morele normen) die het gedrag en de verwachtingen van de partijen mee vorm geven, vaak buiten beschouwing blijven in rechtszaken. Daardoor

371. Zie *infra*, nr. 147.

372. Zie ook *supra*, nr. 40 e.v. en het onderscheid tussen hard en zacht rechtspluralisme.

behandelt het uiteindelijke oordeel van de rechtbank soms enkel de symptomen van het probleem waar partijen mee kampen en blijven de onderliggende oorzaken buiten schot.

142. Een andere conflictverwerkingsmethode waarbij partijen de uiteindelijke oplossing uit handen geven, is arbitrage. Bij arbitrage beslissen de partijen in principe vrijwillig om hun geschil voor te leggen aan een onafhankelijke derde die een bindende uitspraak kan doen ('arbitrer' of 'scheidsrechter').

In tegenstelling tot bemiddeling leidt arbitrage dus wel tot een uitkomst waar partijen zich naar moeten schikken; in tegenstelling tot rechtspraak stemmen in principe alle partijen toe in de beslissing om hun geschil aan arbitrage te onderwerpen.

De diverse regels die arbitrage in goede banen leiden, zijn veel flexibeler dan de regels die statelijke rechtspraak beheersen. Partijen kunnen zelf kiezen aan welke scheidsrechter ze hun geschil voorleggen, kunnen opteren voor een snelle en informele procedure en kunnen ook de motiveringsverplichting nader preciseren. Om statelijke dwangmaatregelen te kunnen inzetten om de naleving van de arbitrale uitspraak te verzekeren, moet de arbitrale uitspraak wel aan de statelijke rechtsregels voldoen.

Op 18 augustus 1972 zijn dergelijke statelijke rechtsregels in werking getreden in België.<sup>373</sup>  
In de loop der tijd zijn die regels meermaals gewijzigd.

143. Lange tijd was statelijke rechtspraak de toonaangevende conflictverwerkingsmethode in moderne staten. In de loop van de jaren 1970 steekt in Amerika meer en meer kritiek de kop op: statelijke rechtspraak neemt niet alleen veel tijd in beslag, ze is ook nog eens duur en leidt regelmatig tot uitkomsten waar partijen op lange termijn niet altijd evenveel baat bij hebben.

Denk bijvoorbeeld maar aan echtscheidingen: is het probleem van de partijen opgelost zodra de rechtbank de echtscheiding heeft uitgesproken en daarbij een verblijfsregeling voor de kinderen heeft opgelegd? Soms is zo'n uitspraak slechts een verdere stap in een conflict dat blijft aanslepen.

De toegenomen druk op de openbare financiën vanaf de jaren 1980 zorgt ervoor dat de staat op zoek moet gaan naar manieren om minder overheidsmiddelen te besteden aan statelijke rechtspraak. Bemiddeling en arbitrage kunnen daarbij helpen. Omdat bemiddeling en arbitrage voor zowel de conflicterende partijen als de staat voordelen bieden,

---

373. Zie art. 1676-1723 Ger.W.

hebben die conflictverwerkingsmethoden de afgelopen decennia ook in West-Europese staten zoals België aan belang gewonnen. Het is dan ook geen toeval dat sinds enkele decennia statelijke regels worden uitgevaardigd om ondersteuning te bieden aan alternatieve geschillenbeslechting (*alternative dispute resolution* – ADR) zoals bemiddeling en arbitrage.<sup>374</sup>

144. In tabel 3 vind je ter afsluiting een grove vergelijking van enkele centrale eigenschappen van de besproken conflictverwerkingsmethoden.<sup>375</sup> De nodige nuances vind je hierboven terug.

	Onderhandelingen	Bemiddeling	Arbitrage	Statelijke rechtspraak
Vrijwillige opstart	Ja	Ja	Ja	Mogelijk niet
Statelijke dwangmaatregelen	Traditioneel niet	Traditioneel niet	Ja, als statelijke goedkeuring	Ja
Soort derde	Geen derde	Vrijwillig gekozen facilitator	Vrijwillig gekozen beslisser	Opgelegde neutrale beslisser
Verloop	Informeel en ongestructureerd	Informeel en ongestructureerd	Minder formeel dan statelijke rechtspraak	Formeel en sterk gestructureerd
Uitkomst	Wederzijds aanvaarde overeenkomst	Wederzijds aanvaarde overeenkomst	Compromis mogelijk	Doorgaans duidelijke winnaar
Vertrouwelijkheid	Traditioneel wel	Traditioneel wel	Traditioneel wel	Openbaar

**Tabel 3** – Overzicht van enkele centrale eigenschappen bij conflictverwerkingsmethoden

374. Zie daarover ook M. DUCHATEAU, S. FIKKERS, L. LANE en E. VAN SCHAGEN (eds.), *Evolution in Dispute Resolution - From Adjudication to ADR?*, Den Haag, Eleven International Publishing 2016, 2016, 113 p.; M. SALEHIJAM, “Increasing citizens’ recourse to ADR” in N. APPERMONT en U. CERULUS (eds.), *Participatie van de burger in de rechtsorde*, Brugge, die Keure, 2017, (212) 214 e.v., nr. 8 e.v. en de verwijzingen daar; S. RUTTEN en L. DEMEYERE (eds.), *Conflictafhandeling buiten de rechtbank*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 356 p.

375. Voor een meer gedetailleerde vergelijking (in een Amerikaanse context), zie S. VAGO en S.E. BARKAN, *Law and Society*, New York, Routledge, 2018, 181 e.v.

## Besluitvorming binnen de groep

145. In alle samenlevingen doen zich situaties voor waarin voor de gehele groep beslissingen moeten worden genomen. In samenlevingen van jager-voedselverzamelaars kunnen zich bijvoorbeeld ingrijpende conflicten voordoen met een andere groep, moet de hele groep zich verplaatsen naar een ander territorium, of moeten grootschalige voedselvergaringsactiviteiten worden gecoördineerd.<sup>376</sup> Waar leiderschap in samenlevingen van jager-voedselverzamelaars maar occasioneel de kop op steekt, krijgt het een meer permanente rol naarmate de samenleving organisationeel complexer wordt. Gaande van *chiefdoms* over rijken naar moderne staten dient steeds meer gedrag van de samenlevingsleden te worden gecoördineerd opdat de samenleving niet uiteen valt. In al die gevallen moet macht en autoriteit worden toebedeeld aan één of meerdere personen die de beslissingen voor de hele samenleving zal nemen. Wie als ‘beslissers’ aangeduid kan worden, op basis van welke criteria die gekozen wordt, welke bevoegdheden die precies heeft, wie op welke wijze controleert of de beslissers zijn bevoegdheden niet te buiten gaat... zijn vragen die eveneens aan de hand van regels worden beantwoord. Die regels vervullen de *politieke* functie van recht. In die regels staat niet zozeer de (horizontale) verhouding tussen de samenlevingsleden onder elkaar centraal, maar wel de (verticale) verhouding tussen de samenlevingsleden en de politieke machthebbers.

146. In rijken en moderne staten worden de regels over de verhouding tussen de samenlevingsleden en de politieke machthebbers vaak neergeschreven en verder uitgebreid in een grondwet, d.i. de verzameling van politieke basisregels binnen een gemeenschap.

In het Hettitische rijk (± 1700 v.Chr. – 1200 v.Chr.) tref je reeds rond 1505 v.Chr. geschreven politieke regels aan. In dat jaar vaardigt koning Telepinu een edict uit dat zijn opvolging regelt om zo een einde te maken aan de vele twisten (en moorden) die de politieke leiding omringden.<sup>377</sup>

Daar mag je echter niet uit afleiden dat elk rijk of elke moderne staat vandaag die politieke basisregels op schrift heeft gesteld. Tot op vandaag heeft bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk geen geschreven grondwet.

---

376. Zie P. HOOPER, H. KAPLAN en J. BOONE, “A theory of leadership in human cooperative groups”, *Journal of Theoretical Biology* 2010, (633) 633 e.v.; C. VON RUEDEN, M. GURVEN, H. KAPLAN en J. STIEGLITZ, “Leadership in an egalitarian society”, *Human Nature* 2014, (538) 538 e.v.

377. Zie uitgebreid over het Edict van Telepinu en de troonopvolging nadien, S. MÖTTUS, *The Edict of Telepinu and Hittite Royal Succession*, onuitg. masterthesis Universiteit van Tartu, 2018, 119 p.

Het belang van dergelijke regels is in moderne staten alleen maar toegenomen. Waar politieke conflicten binnen één enkele staat vaak werden verwerkt door middel van fysiek interpersoonlijk geweld, geven conflicterende partijen vandaag – althans in de westerse wereld – regelmatig hun politieke conflict uit handen aan rechtbanken, en dan in het bijzonder aan een grondwettelijk hof (op nationaal vlak) of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.<sup>378</sup>

De nasleep van de Amerikaanse presidentsverkiezingen in 2000 kan dat illustreren. In de staat Florida vond een allesbepalende nek-aan-nekrace plaats: wie die staat binnenhaalde, werd president. De eerste tellingen wezen uit dat George W. Bush (zeer) nipt had gewonnen, zodat – overeenkomstig de geldende regels – de stemmen werden herteld. Bush werd opnieuw uitgeroepen tot winnaar, waarop Al Gore dat resultaat betwistte. De zaak kwam voor het *US Supreme Court*, het hoogste Amerikaanse gerechtshof, dat uiteindelijk de verdere hertelling van de stemmen stopzette. Daardoor won Bush de verkiezingen en werd hij president.

147. Politieke basisregels geven niet alleen bevoegdheden aan machthebbers, ze stellen er ook grenzen aan. Dat kunnen ze op twee manieren doen. Aan de ene kant kunnen de bevoegdheden worden verdeeld tussen verschillende instanties. Als één enkele persoon alle macht bezit, werkt men tirannie in de hand. Door de macht op te delen in verschillende functies – de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke functie – en die functies toe te bedelen aan onderscheiden ‘machten’, kan het risico op tirannie worden verkleind. Die ‘machten’ moeten elk een tegengewicht voor de andere machten vormen.

Het idee van een scheiding der machten is terug te voeren op onder andere John Locke (1632-1704)<sup>379</sup> en Montesquieu<sup>380</sup>. Je treft dat idee onder meer aan in de Belgische Grondwet.<sup>381</sup>

Aan de andere kant kunnen dergelijke regels ook waarborgen bevatten voor burgers tegen machtsmisbruik. Grondrechten<sup>382</sup> – zoals het recht op persoonlijke vrijheid, het

378. M. VAN HOECKE, *Law as communication*, Oxford, Hart, 2002, 63.

379. Zie J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Londen, Awnsham Churchill, 1689.

380. Zie MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, Barrillot & fils, 1748.

381. Zie bv. art. 36, 40, 74, 108 en 146 Gw. Zie daarover J. VANDE LANOTTE *et al.*, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 177 e.v., nr. 301 e.v.

382. ‘Grondrechten’ zijn inhoudelijk synoniem met ‘mensenrechten’, in die zin dat beide termen betrekking hebben op de fundamentele rechtsnormen die de macht van de overheid aan banden leggen. Doorgaans worden ze evenwel in een andere context gebruikt. Van ‘grondrechten’ spreekt men in een grondwettelijke context, dus in het kader van een concrete rechtsorde; het begrip ‘mensenrechten’ wordt vooral gebruikt in een internationale context (die dus de grenzen van een concrete rechtsorde overstijgt).



recht op eerbiediging van het privéleven, het recht op vereniging, de vrijheid van onderwijs en van vrije meningsuiting... – geven aan welke vrijheden burgers genieten in een samenleving. De staat mag zich niet mengen in de oefening van die rechten en mag geen beslissingen nemen die daartegen indruisen.

Grondrechten hebben een lange geschiedenis. Bekende middeleeuwse politieke basisregels die dergelijke rechten garanderen zijn bijvoorbeeld het Charter van Kortenberg (1312) en de Blijde Inkomst van het Hertogdom Brabant (1356). Ook in de Belgische Grondwet komen grondrechten voor. Ze nemen daar een prominente plaats in, meer bepaald in Titel II “De Belgen en hun rechten”. Je vindt ze bovendien in talrijke inter- en supranationale mensenrechtenverdragen, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

148. De politieke basisregels van vandaag zorgen op uiteenlopende manieren voor een ordening van de politieke verhoudingen binnen een samenleving. Je kan ze onderverdelen in de volgende categorieën:<sup>383</sup>

1. Bevoegdheidsregels. Naast de regels over de (horizontale) scheiding der machten zijn er in België ook talrijke regels die de staatsmacht verdelen over diverse territoriaal omschreven instanties, zoals gemeenten, provincies, Gemeenschappen, Gewesten en de federale staat.<sup>384</sup>
2. Procedureregels. Deze regels bepalen welke procedure moet worden doorlopen opdat politieke beslissingen kunnen worden genomen.<sup>385</sup> Wie kan het initiatief nemen voor politieke beslissingen? Wie moet wanneer worden betrokken bij de besluitvorming? Wie heeft (optioneel) inspraak? Hoe moeten politieke beslissingen kenbaar worden gemaakt?
3. Selectieregels. Deze regels bepalen hoe politieke machthebbers worden aangeduid. Denk maar aan de regels over de opvolging van het staatshoofd<sup>386</sup>, over de samenstelling van een regering,<sup>387</sup> over de verkiezingen van volksvertegenwoordigers<sup>388</sup> of over de benoeming van rechters<sup>389</sup>.

---

383. Zie B. BOUCKAERT, *Algemene rechtsleer en rechtsmethodiek. Functies en bronnen van het recht*, Antwerpen, Maklu, 2002, 131 e.v.

384. Zie bv. art. 36, 40, 74, 108 en 146 Gw. (horizontale scheiding der machten); art. 1-7, 38 en 39 Gw. (verticale scheiding der machten).

385. Zie bv. art. 47, 75 e.v. en 190 Gw.

386. Zie art. 85 e.v. Gw.

387. Zie art. 96 e.v. Gw.

388. Zie art. 61 e.v. Gw.

389. Zie art. 151 Gw.

4. Waarborgregels. Deze regels bepalen welke waarborgen burgers genieten tegen sta-  
telijk machtsmisbruik.<sup>390</sup>
5. Financieringsregels. Deze regels bepalen hoe het politieke apparaat dat de politieke  
besluitvorming ondersteunt, wordt gefinancierd. In welke omstandigheden mag een  
staat belastingen heffen?<sup>391</sup> Zonder dergelijke regels kan het politieke apparaat haar  
macht niet behouden.<sup>392</sup>

149. Politieke basisregels doen in moderne staten meer dan enkel zorgen voor een ordening van de politieke verhoudingen binnen een samenleving. Ze verschaffen ook legitimiteit aan de beslissingen van politieke machthebbers. Waarom verdienen hun beslissingen navolging en kunnen ze op onze instemming rekenen? In moderne pluralistische staten is er geen breed gedragen inhoudelijke rechtvaardigingsgrond voor de beslissingen die dergelijke machthebbers nemen. Er bestaan daarentegen wel strikte en uitgewerkte procedures voor politieke besluitvorming, zodat procedurele rechtvaardigheidstheorieën ingang kunnen vinden. Dergelijke regels en theorieën kunnen met andere woorden ertoe bijdragen dat een beslissing die conform de regels is genomen als een goede beslissing wordt beschouwd.<sup>393</sup>

## Titel II. Finaliteit van het recht

150. Zoals uit de vorige titel blijkt, kan recht diverse functies vervullen. Dat zegt evenwel nog niets over de finaliteit waar je recht voor zou moeten gebruiken. Het grootste deel van de geschiedenis heeft men recht vooral beschouwd als een uitdrukking van een objectieve, mensoverstijgende orde. Je moet recht niet ergens voor gebruiken; het dringt zich aan je op en je hebt je erbij neer te leggen. Omdat het recht in die optiek slechts de neerslag vormt van de waarden en normen die reeds in de maatschappij aanwezig zijn, spreekt men van een bewarende of codificerende finaliteit (Hoofdstuk 1). Vooral sinds de tweede helft van de 19de eeuw wordt het recht anders opgevat, namelijk meer en meer als een stuk gereedschap dat ten dienste staat van een beleidsmaker om sociaal wenselijke veranderingen teweeg te brengen. Omdat het recht in die optiek een instrument

390. Zie Titel II Gw.

391. Zie art. 170 e.v. Gw.

392. Zie *supra*, nr. 117.

393. Zie *supra*, nrs. 71 en 72.