

C.H. van Rhee, *Adam, ubi es? Het burgerlijk procesrecht als juridische wetenschap met Europese allure*, oratie Universiteit Maastricht, donderdag 20 mei 1999, Maastricht, 1999.

ADAM, UBI ES?

Het burgerlijk procesrecht als juridische wetenschap met Europese allure

*Mijnheer de Rector Magnificus
Dames en Heren*

Inleiding

‘Nedergedaald ter helle.’ In een opstel met deze titel vestigde mijn Amsterdamse collega E.J.H. Schrage onlangs de aandacht op het feit, dat het procesrecht in het Paradijs is ontstaan, althans, wanneer wij de Middeleeuwse en vroegmoderne juristen mogen geloven.¹ De mij intussen zeer dierbaar geworden jurist Philips Wielant, afkomstig uit het mij eveneens dierbare Vlaamse land, zegt er in zijn *Practijke Civile* het volgende over: ‘God en wilde Adam niet condempneren sonder hem eerst op te roepen [...] ende sonder hem te hooren [...]’.² Met andere woorden, God veroordeelde Adam niet pardoes tot het eten van brood in het zweet zijns aanschijns, maar nam een aantal vormen in acht alvorens hij de zware straf oplegde, waaronder wij nog dagelijks zuchten. Ook Eva werd gehoord alvorens haar en haar zusters de smart deelachtig werd die aan het baren van kinderen is verbonden. Slechts de slang werd zonder een vormelijke procedure veroordeeld. Een verklaring hiervoor biedt het boek Genesis niet, maar gelukkig komt de Statenvertaling³ ons in dit opzicht te hulp. In een verklarende noot wordt opgemerkt dat het horen van de slang achterwege kon blijven, aangezien het serpent als werktuig van de duivel had gefunctioneerd en de duivel geen excuus had, een argument dat de *fair trial*-toets van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens, ware het van toepassing geweest, zeer zeker niet zou hebben kunnen doorstaan.

De regel dat procespartijen in een juridische procedure dienen te worden opgeroepen en gehoord, is een voorbeeld van een vormvereiste, een formaliteit. Een

1. E.J.H. Schrage, *Nedergedaald ter helle*. Onderwijs in het procesrecht in de zestiende eeuw, in B.C.M. Jacobs, E.C. Coppens (red.), *Een Rijk Gerecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.L. Nève*, Nijmegen 1998, p. 365 e.v. Zie ook P. Zonderland, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle 1977, p. 12 (noot 65).

2. Ph. Wielant, *Practijke Civile*, Antwerpen 1573 (herdruk Amsterdam 1968), p. 18 (paragraaf XXI.4). Vergelijk *Genesis* 3:9 e.v. Aldaar vooreerst de vraag aan Adam die ik in de titel noem: *Vocavitque Dominus Deus Adam, et dixit ei: Ubi es?* (in het Latijn van de Vulgaat). Zie voorts wat betreft het beginsel van ‘hoor en wederhoor’, waarover de desbetreffende bijbelpassage zou handelen, J.M. Kelly, *Audi alteram partem*, in *Natural Law Forum* 9 (1964), p. 103-110; W.D.H. Asser, *Salomo’s wijsheid. Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen*, Arnhem 1992, p. 9.

3. Ik raadpleegde de fotomechanische herdruk van de driedelige editie Kampen 1913 (Houten 1980).

samenhangend geheel van dergelijke formaliteiten die juridische procedures van het begin tot het einde regelen, zou ik willen aanduiden als procesrecht in engere zin, het eigenlijke formele recht. De regels met betrekking tot de rechterlijke organisatie (inclusief competentie), die tot het procesrecht in bredere zin kunnen worden gerekend, vallen buiten deze definitie.⁴ Met de rechterlijke organisatie zal ik mij niet bezighouden. De reden hiervoor is, dat ik vandaag het procesrecht vooral als Europese discipline wil benaderen. Vraagstukken betreffende de rechterlijke organisatie lenen zich minder voor een dergelijke benadering, aangezien zij een zeer nauwe verbondenheid met de nationale rechtssfeer vertonen.⁵

Het procesrecht moet goed worden onderscheiden van het materiële recht. Het materiële recht heeft voornamelijk de inhoud van rechten en plichten van rechtssubjecten tot object, terwijl het procesrecht bovenal bepaalt op welke wijze deze rechten en plichten in een juridische procedure dienen te worden vastgesteld, geëffectueerd dan wel vormgegeven.⁶ Rond 1900 heeft een Oostenrijks jurist het onderscheid tussen materieel en formeel recht op treffende wijze verwoord. 'Materielles Recht und Prozess', zo zegt hij, 'verhalten sich zu einander wie der Gedanke zu seiner Ausführung.'⁷ Nog fraaier zegt Karl Marx het: '[...] der Prozess ist [...] die Lebensart des Gesetzes, also die Erscheinung seines innern Lebens.'⁸

Het bovenstaande doet vermoeden, dat het procesrecht meer is dan een louter technisch instrument in de handen van praktijkjuristen. Zo dit inderdaad het geval is, kan het niet dan opmerkelijk worden genoemd, dat het met de wetenschappelijke bestudering van dit rechtsgebied in veel landen lange tijd matig gesteld is geweest.⁹ In Nederland en België is pas de laatste decennia een opleving op dit terrein te constateren. Wat betreft de geschiedenis van het burgerlijk procesrecht, kan gewezen worden op de bijdrage van R.C. van Caenegem aan de

4. Reeds Pothier rekende de rechterlijke organisatie niet tot het eigenlijke procesrecht, getuige zijn definitie van *procédure* in zijn *Traité de la procédure civile* (ik raadpleegde dit werk in Rogron/Firbach (red.), *Oeuvres complètes de Pothier II*, Parijs 1835, p. 1290): La procédure est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter. Deze definitie was zo invloedrijk, dat het eigenlijke procesrecht en de regels omtrent de rechterlijke organisatie zowel in Frankrijk als elders in twee afzonderlijke wetboeken werden opgenomen. Zie uitvoeriger over deze en andere definitiekwesties P. Zonderland, *Privaatrechtspleging* (a.w.), p. 1 e.v.

5. Zie ook M. Storme, Rapport général introductif / General introductory report, in M. Storme (red.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht etc. 1994, p. 5 en 39.

6. Vergelijk o.a. Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 19e druk, 's-Gravenhage 1998, nr. 1.

7. *Juristische Blätter* 6 (1903), p. 65. Het gaat hier om de *Gerichtssekretär Privatdozent* Dr. Walker.

8. Verhandlungen des 6. rheinischen Landtags (Debatten über das Holzdiebstahlggesetz), in *Rheinische Zeitung*, nr. 298, 25 oktober 1842 (ook afgedrukt in Marx-Engels: *Werke I*, Berlijn 1983, p. 145).

9. Zie wat betreft de bestudering van het burgerlijk procesrecht in Nederland: T.A.W. Sterk, Honderdvijftig jaar Nederlands Burgerlijk Procesrecht, in Eg. Spanoghe, R. Feenstra (red.), *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland 1830-1980*, Leiden 1981, p. 110, en voor België: M. Storme, Honderdvijftig jaar Belgisch procesrecht, in Eg. Spanoghe, R. Feenstra (red.), *Honderdvijftig jaar* (a.w.), p. 138.

International Encyclopedia of Comparative Law uit 1973.¹⁰ Bovendien verschenen in onze streken rechtshistorische studies naar de procedure van afzonderlijke rechtbanken tijdens het *ancien régime*. Hierbij ging het vooral om het recht zoals dat in de praktijk werd toegepast, de zogenoemde ‘stijl’ van de verschillende rechtbanken. Hoewel men oorspronkelijk nog van de onjuiste gedachte uitging, dat dit praktijkrecht uit normatieve bronnen kon worden gekend, luidden auteurs als J. van Rompaey een mijns inziens gelukkiger tijdperk in toen zij de studie van het procesrecht aan de hand van de archiefstukken van de verschillende hoven van justitie ter hand namen.¹¹ Van nog recenter datum is de belangstelling voor de geschiedenis van de (fundamentele) beginselen van procesrecht. De oratie van mijn Leidse leermeester J.M.J. Chorus over de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter kan hier als het beginpunt worden beschouwd.¹² Ook W.D.H. Asser toont historische belangstelling in zijn Nijmeegse oratie over hoor en wederhoor.¹³

De geringe aandacht voor het procesrecht als wetenschap houdt verband met de gedachte, dat het procesrecht voor serieuze wetenschappelijke bestudering nauwelijks in aanmerking komt.¹⁴ Eigenlijk is Duitsland het enige Europese land dat een wetenschappelijke procesrechtelijke traditie kent.¹⁵ Op het universitaire onderwijs blijkt deze traditie echter niet altijd het gewenste effect te hebben gehad. G. Baumgärtel, de hoogleraar die in de jaren zeventig van deze eeuw belast was met een onderzoek naar de oorzaken van de lange duur van processen in Duitsland, merkte bijvoorbeeld in 1971 op: ‘Es ist aber wohl kein Geheimnis, dass gerade das Zivilprozessrecht in der Ausbildung — jedenfalls an der Universität — viel zu kurz kommt.’¹⁶ Dit was overigens geen nieuw geluid, want problemen op het gebied van het procesrechtelijk onderricht aan de universiteit zijn van alle tijden. In het verleden kon het gebeuren, dat studenten de universiteit verlieten zonder enige kennis van het procesrecht, getuige onder andere de *Ordo Iudicarius* van Aegidius de Fuscarariis uit 1260-1266. Aan het begin van zijn *Ordo* merkt deze auteur op, dat hij zijn werk niet alleen schreef voor zijn studenten, maar ook ‘ad eruditionem novorum advocatorum militantium in iure canonico, qui licet periti in iure existant, ignorant tamen practicam causas nesciunt ordinare [...]’ (dat wil zeggen, ter lering van nieuwe

10. R.C. van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, in M. Cappelletti (red.), *International Encyclopedia of Comparative Law XVI* (Civil Procedure, hfdst. 2), Tübingen etc. 1973.

11. J. van Rompaey, *De Grote Raad van de hertogen van Boergondië en het Parlement van Mechelen*, Brussel 1973.

12. J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*, Deventer 1987. Zie ook P.C. Kop, *De dynamiek van de lijdelijkheid*, in M.E. Franke e.a. (red.), *Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht* (BW-krant jaarboek 1994), Arnhem 1994, p. 113 e.v.

13. W.D.H. Asser, *Salomo's wijsheid* (a.w.).

14. Zie hierover de rede van M. Storme, afgedrukt in M. Storme, H. Casman (red.), *Towards a Justice with a Human Face. The First International Congress on the Law of Civil Procedure*, Antwerpen/Deventer 1978, p. 15; R.C. van Caenegem, *Kanttekeningen bij een periodiseringsprobleem: De evolutie van het burgerlijk procesrecht*, in *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor II*, Deurne/Antwerpen 1973, p. 1075.

15. Vergelijk R. Stürner, *Das Europäische Zivilprozessrecht — Einheit oder Vielfalt?*, in W. Grunsky e.a. (red.), *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, Tübingen 1992, p. 1.

16. G. Baumgärtel, *Eine Rechtstatsachenuntersuchung über die Ursachen der zu langen Prozessdauer. Zugleich eine Stellungnahme zur Beschleunigungsnovelle*, *Juristenzeitung* 14 (1971), p. 444.

advocaten die dienen in het Kanonieke recht, dewelken, hoewel zij als kundig in het recht naar voren komen, toch in hun onbekendheid met de praktijk geen zaken kunnen instrueren [...]).¹⁷ Momenteel kan voor de meeste Europese landen niet langer worden gesteld, dat studenten hun universiteit verlaten zonder enige kennis van het procesrecht. Immers, aan bijna elke Europese universiteit maakt het procesrechtelijk onderricht een vast onderdeel van het curriculum uit. Echter, daarmee is dit vakgebied als universitaire discipline geen rustig bezit geworden. Zo bepleitten Oostenrijkse studenten nog niet zolang geleden zelfs de afschaffing ervan, aangezien zij van mening waren, dat het niet bijdroeg aan hun wetenschappelijke vorming. Scholing in het procesrecht zou beter aan de praktijk kunnen worden overgelaten.¹⁸ De Oostenrijkse klachten moeten serieus worden genomen. Echter, de omstandigheid dat de inhoud van het vak procesrecht op dit moment mogelijkerwijze niet of minder bijdraagt aan de wetenschappelijke vorming van de student, draagt mijns inziens niet de conclusie dat procesrechtelijk onderwijs dient te worden afgeschaft. Eerder dient deze klacht te leiden tot een gedeeltelijke heroverweging wat betreft de inhoud van het vak, zowel op het gebied van het universitair onderzoek als op dat van het universitair onderricht.

Op het gebied van het onderwijs concentreert men zich thans vooral op nationaal procesrecht, waarbij veelal de nadruk wordt gelegd op een exegese van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering of een gelijkaardige regeling, aangevuld met relevante jurisprudentie en toepasselijke supranationale regelgeving. Ook op het gebied van het onderzoek komt men een dergelijke benadering regelmatig tegen. Deze eenzijdige gerichtheid op de technische kanten van de eigen, nationale procedure lijkt mij minder passend voor onderzoek en onderricht dat de pretentie heeft wetenschappelijk van aard te zijn. Wetenschappelijk onderzoek en onderricht dient zich mijns inziens tevens te richten op andere onderwerpen. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan onderwerpen op het gebied van de rechtsvergelijking en de rechtsgeschiedenis.¹⁹ Twee vragen van rechtsvergelijkende en rechtshistorische aard wil ik vandaag centraal stellen. Zij luiden:

(1) In hoeverre kan het burgerlijk procesrecht worden opgevat als een internationale, Europese discipline?

(2) Welke rol kunnen rechtsgeschiedenis en rechtsvergelijking spelen bij het vormgeven van toekomstig burgerlijk procesrecht?

Echter, alvorens ik tot behandeling van deze vragen overga, wil ik bezien welke factoren (mede) een rol speelden in de vorming van het niet-wetenschappelijke imago van het procesrecht. Behandeling van deze vraag biedt mij de gelegenheid een aantal hoofdmomenten uit de procesrechtsgeschiedenis onder uw aandacht te brengen.

17. Geciteerd bij L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii and Libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)* (Typologie des sources du Moyen Âge occidental, fasc. 63 A-III.1*), Turnhout 1994, p. 80 (noot 8).

18. E.J.H. Schrage, *Nedergedaald* (a.w.), p. 366.

19. Een deel van de rechtsgeschiedenis kan overigens als rechtsvergelijking worden gekwalificeerd. Wanneer men het verleden vergelijkt met het heden, spreekt men van verticale rechtsvergelijking; dit in tegenstelling tot horizontale rechtsvergelijking, waarbij men moderne stelsels met elkaar confronteert.

Het procesrecht: een wetenschappelijke discipline?

In 1927 publiceerde Charles Homer Haskins een boek met de titel ‘The Renaissance of the twelfth century.’²⁰ Deze Renaissance van Haskins, die voorafgaat aan het tijdperk dat traditioneel met deze benaming wordt aangeduid, kenmerkt zich door een grote belangstelling voor de Romeinse oudheid, waaronder het Romeinse recht. Dit recht werd aan een nauwgezet onderzoek onderworpen en bruikbaar gemaakt voor toepassing in de praktijk. De basistekst hierbij vormde de Romeinsrechtelijke wetgeving van de Byzantijnse keizer Justinianus, die in de zesde eeuw na Christus met behulp van nog ouder materiaal werd samengesteld. Deze wetgeving geraakte in een latere periode bekend onder de benaming *Corpus Iuris Civilis*. Het *Corpus Iuris Civilis* bevat veel teksten van procesrechtelijke aard. Een afzonderlijke afdeling met een omvattende regeling van de procedure is er echter niet in terug te vinden.²¹ Zonder wetenschappelijke arbeid was voor de middeleeuwse jurist met de Romeinsrechtelijke teksten betreffende procesrechtelijke onderwerpen dan ook weinig aan te vangen. Immers, in de eerste plaats moesten deze over het gehele *Corpus Iuris* verspreide passages bijeen worden gebracht. Vervolgens dienden zij te worden geïnterpreteerd en op systematische wijze teboekgesteld. Dit was vooral ook nodig omdat de teksten in het *Corpus Iuris* betrekking hebben op verschillende procesvormen. Hoewel de meeste teksten de onder keizer Justinianus gebruikelijke procedure *extra ordinem* betreffen, komen we ook materiaal tegen dat handelt over oudere procedurevormen, zoals het *formula*-proces. Bovendien is niet altijd duidelijk welke procesvorm in een bepaalde tekst het uitgangspunt vormt.

Het resultaat van de inspanningen van de middeleeuwse juristen was, dat een geheel nieuwe procedure werd vormgegeven, die, afgezien van het Romeinsrechtelijke gedachtegoed, was gebaseerd op canones uit het tweede deel van het Decreet van Gratianus, het recht van steden in het noorden van Italië en recente pauselijke decretale brieven.²² Gezien haar bronnen wordt de nieuwe procedure aangeduid als de Romano-canonieke procedure.

Het geleerde Romano-canonieke procesrecht werd oorspronkelijk in kerkelijke sfeer toegepast. Dit gebeurde in het bijzonder bij een nieuw type kerkelijke rechtbanken, de zogenoemde officialiteiten.²³ Deze officialiteiten kenden verspreiding in aanzienlijke delen van Europa en hadden een zeer ruime absolute competentie. Het gevolg hiervan was, dat grote groepen mensen met de Romano-canonieke procedure in aanraking kwamen. Dit bleef niet zonder gevolgen, mogelijkerwijze ook omdat het procesrecht bij de seculiere jurisdicties niet meer aan de eisen des tijds voldeed. Dit seculiere procesrecht wortelde in de samenleving van

20. Cambridge (Mass.) 1927.

21. Slechts op enkele plaatsen in het *Corpus Iuris Civilis* is sprake van een afzonderlijke bespreking van onderdelen van de procedure. Gewezen kan worden op Codex 2.1-13, 3.1-13, 4.19-21, 7.19, 7.42-70, 8.1, 9.1-7, en Instituten 4.6, 4.8 en 4.13-18 (vergelijk L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii* (a.w.), p. 28 (noot 39)).

22. L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii* (a.w.), p. 29.

23. R.C. van Caenegem, *History* (a.w.), p. 16.

de vroege Middeleeuwen, hetgeen onder andere blijkt uit het gebruik van irrationele bewijsmiddelen als het godsoordeel. Deze vroegmiddeleeuwse samenleving maakte plaats voor een samenleving met een ingewikkelder structuur²⁴ die behoefte had aan een andersoortig procesrecht, een behoefte waarin de Romano-canonieke procedure kon voorzien. Immers, de nieuwe procedure bood een aantal belangrijke voordelen ten opzichte van de bestaande manier van procederen. Zo stelde zij de rechter beter in staat gevallen van grote complexiteit te behandelen en bracht zij een betere balans tussen de activiteiten van rechter en partijen.²⁵ De invloed van de Romano-canonieke procedure bij wereldlijke jurisdicties deed dan ook niet lang op zich wachten.

Zolang het Romano-canonieke procesrecht werd toegepast binnen kerkelijke sfeer bestond een zekere mate van eenvormigheid op Europees niveau, zij het met enige plaatselijke varianten.²⁶ Het Romano-canonieke procesrecht vormde daarmee een waar *Ius Commune* in de zin van een relatief uniform stelsel van procedureregels voor de gehele westerse Christenheid.²⁷ Verhandelingen waarin dit vakgebied werd opgevat als een discipline van algemene strekking waren talrijk.²⁸ Deze verhandelingen ontleenden hun wetenschappelijke karakter in hoge mate aan de noodzaak de procedure vanuit haar Romeins- en canoniekrechtelijke bronnen te begrijpen, waardoor verwijzingen naar deze bronnen en de erop gebaseerde literatuur veelvuldig voorkwamen. Een goed voorbeeld vormt in dit opzicht het encyclopedische *Speculum Judiciale* van Guilelmus Durantis (overleden 1296).²⁹ Dit *Speculum*, dat volgens M.A. von Bethmann Hollweg het materiaal van de meer belangrijke procesrechtelijke geschriften in zich opnam net als de oceaan dit met de stromen doet,³⁰ werd geschreven in de periode 1271-1276 en vormt een magistrale synthese van het procesrecht zoals dat in de dertiende eeuw zijn min of meer uiteindelijke vorm had gekregen.³¹ Dit werk zou vele eeuwen boven aan de lijst staan van de meest geciteerde werken over procesrecht. Zo heeft mijn Doktorvater, Alain Wijffels, aangetoond dat Durantis' *Speculum* in de periode 1460-1580 het meest frequent aangehaalde werk bij de Grote Raad van Mechelen was.³²

24. Men raadplege hierover C.M. Cipolla, *Before the Industrial Revolution. European Society and Economy, 1000-1700*, 2e druk, Londen 1981.

25. L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii* (a.w.), p. 26-27.

26. R.H. Helmholz, The Universal and the Particular in Medieval Canon Law, in P. Landau, J. Mueller (red.), *Proceedings of the Ninth International Congress of Medieval Canon Law (Munich, 13-18 July 1992)*, Vatikaanstad 1997, p. 653 e.v.

27. Vergelijk P.L. Nève, *Ius Commune oftewel 'gemeen recht': traduttore traditore?*, in *Tertium Datur. Drie opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.A. Ankum*, Tilburg 1995, p. 20-21.

28. Men raadplege hierover L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii* (a.w.), alsmede M.A. von Bethmann Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung VI* (Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter), Bonn 1874.

29. Zie over Durantis: M.A. von Bethmann Hollweg, *Der Civilprozess* (a.w.), p. 203 e.v., alsmede L. Falletti, Guillaume Durand, in R. Naz (red.), *Dictionnaire de Droit Canonique V*, Parijs 1953, kolom 1014 e.v.

30. M.A. von Bethmann Hollweg, *Der Civilprozess* (a.w.), p. 203.

31. Vergelijk R.C. van Caenegem, *Kanttekeningen* (a.w.), p. 1077. Van Caenegem ziet het werk van Durantis als de afsluiting van de formatieve periode van het geleerde procesrecht.

32. A. Wijffels, *Qui millies allegatur. Les allégations du droit savant dans les dossiers du Grand Conseil de Malines (causes septentrionales, ca. 1460-1580) I*, Amsterdam 1985, p. 234 e.v.

Toen de Romano-canonieke procedure buiten kerkelijke sferen werd toegepast, veranderde de procesrechtelijke literatuur van karakter. Bij de wereldlijke jurisdicties werd het geleerde proces namelijk niet in zijn geheel overgenomen, maar was sprake van een meer of minder vergaande mate van beïnvloeding van de seculiere procedure door het Romano-canonieke model. Deze omstandigheid is een van de redenen voor het bestaan van procesrechtelijke ‘stijlen’, dat wil zeggen bijzondere wijzen van procederen die eigen waren aan een bepaald gebied of een bepaalde rechterlijke instantie. Het gevolg van het bestaan van deze ‘stijlen’ was, dat ook de literatuur over de wereldlijke procedure een plaatselijk karakter kreeg. Deze literatuur behandelde niet het ene Romano-canonieke grondpatroon, maar het procesrecht binnen een specifieke jurisdictie.³³ In onze streken vinden wij hiervan vele voorbeelden. In mijn inleiding sprak ik reeds over Philips Wielant. Deze auteur beschreef in zijn eerdergenoemde *Practijke Civile* voornamelijk de manier van procederen bij de Raad van Vlaanderen, de vorstelijke rechtbank van het graafschap Vlaanderen. Eenzelfde aanpak vertoont, om een ander voorbeeld te nemen, het werk van Gerard van Wassenaer, die het Hof van Utrecht centraal stelde.³⁴ Toch ging deze aanpak niet gepaard met een teruggang van het wetenschappelijke gehalte van de procesrechtelijke literatuur.³⁵ Dit blijkt onder andere uit het feit dat de door de verscheidene auteurs behandelde procesrechtelijke ‘stijlen’ worden gerelateerd aan het Romano-canonieke grondpatroon. Uit het werk van Van Wassenaer blijkt dit door expliciete verwijzingen naar de bronnen van de Romano-canonieke procedure en de erop gebaseerde literatuur. Wielant haakt meer impliciet bij het Romano-canonieke gedachtegoed aan door op meerdere plaatsen te refereren aan ‘de (civile) rechten’, zonder overigens een vindplaats te noemen.³⁶ Het rechtsvergelijkende element levert eveneens een belangrijke bijdrage aan het wetenschappelijke karakter van werken als die van Wielant en Van Wassenaer.³⁷ Wielant vergelijkt het

33. L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii* (a.w.), p. 33-34.

34. G. van Wassenaer, *Practijk judicieel ofte instructie op de forme en manier van procederen*, Utrecht 1669.

35. Hiermee wil ik overigens niet zeggen, dat de procesrechtelijke literatuur uit deze periode in de eerste plaats met een wetenschappelijk doel geschreven werd. Veeleer wensten de schrijvers een handleiding voor de praktijkjurist te schrijven. Dit blijkt onder andere uit het feit dat zij hun geschriften veelal in de volkstaal en niet in het Latijn opstelden. Deze opvatting wordt wat betreft het werk van Wielant ook verwoord in Jb. Zeylemaker Jnz., *Geschiedenis van de wetenschap van het burgerlijk procesrecht (praktijkrecht) in Nederland van de aanvang tot 1813* (Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap IV, afl. 1), Amsterdam 1952, p. 53 en 57. Dit neemt echter niet weg, dat deze werken beschouwd kunnen worden als gelukkige combinaties van een praktische en een meer wetenschappelijke benadering.

36. Zie bijvoorbeeld Ph. Wielant, *Practijke* (a.w.), p. 265 (paragraaf VIII.XV.4) en 316 (paragraaf IX.XXVIII.5).

37. Sommigen vragen zich af of rechtsvergelijking niet als een *conditio sine qua non* voor wetenschappelijkheid dient te worden beschouwd. Zie H.L.E. Verhagen, De bekoring van toverklanken uit een ver verleden. Over de betekenis van rechtsvergelijking voor een Europees ‘ius commune’, in B.C.M. Jacobs, E.C. Coppens (red.), *Een Rijk Gerecht* (a.w.), p. 524. Zie ook Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen 1996, p. 3: Man kann in der Tat zweifeln, ob die blossen Interpretation geltender Gesetze mit den üblichen Methoden der Jurisprudenz den Charakter einer Wissenschaft [...] beanspruchen kann.

procesrecht bij de Raad van Vlaanderen regelmatig met de manier van procederen bij de Grote Raad van Mechelen, één der hoogste hoven in de Nederlanden,³⁸ en, in mindere mate, met de procedure van het Parlement van Parijs, de hoogste vorstelijke rechtbank van het Franse koninkrijk.³⁹ Ook Van Wassenaers blikveld is ruimer dan Utrecht. Hij blijkt immers een gedegen kennis te hebben van het procesrecht in Holland.⁴⁰

De codificatieperiode heeft het procesrecht van gezicht doen veranderen. Elementen die in het verleden het wetenschappelijke karakter van dit vakgebied bepaald hadden, verdwenen. Dit was in de eerste plaats een gevolg van de omstandigheid dat de rol van het geleerde recht was uitgespeeld; het werd uitdrukkelijk als rechtsbron terzijde geschoven.⁴¹ Het Romano-canonieke procesrecht kon daardoor niet meer worden aangewend bij de interpretatie van positieve procesrechtelijke regels. Bovendien verviel de mogelijkheid van plaatselijke en regionale rechtsvergelijking. Codificatie bracht immers in veel gevallen een eenvormige procedure voor de gehele natie. Slechts internationale rechtsvergelijking bleef mogelijk. Aan deze rechtsvergelijking bestond echter minder behoefte dan aan de rechtsvergelijking op regionale en plaatselijke basis in de voorafgaande periode. Immers, het praktische nut van, bijvoorbeeld, kennis betreffende de overeenkomsten en verschillen tussen de procedure van het Hof van Holland en die van het Hof van Utrecht was voor een jurist uit de Republiek evident; hij kon met zaken voor beide hoven worden geconfronteerd. Voor een jurist uit de periode na de codificatie was daarentegen het belang van kennis betreffende verschillen en overeenkomsten tussen nationaal en buitenlands procesrecht minder evident. Slechts het gegeven dat een nationaal procesrechtelijk stelsel in meer of mindere mate ontleend was aan het buitenland kon het verdwijnen van het rechtsvergelijkende element uit de literatuur vertragen. Dit zien wij bijvoorbeeld in Nederland, waar de procedure op Franse leest werd geschoeid. Daarmee bleef Frans procesrechtelijk materiaal lange tijd van eminent belang.⁴² Naarmate de tijd vorderde en de ontwikkelingen verder afvoerden van het Franse voorbeeld, verdween echter de noodzaak van rechtsvergelijking. Rechtsvergelijkende activiteiten op procesrechtelijk terrein werden vanaf dat moment eigenlijk alleen nog ondernomen indien plannen bestonden om tot hercodificatie van het procesrecht over te gaan. Dit kon echter niet verhinderen, dat een benadering van het procesrecht ontstond die wij thans nog aantreffen in veel handboeken, waaronder de handboeken die ten grondslag liggen aan het universitaire onderwijs. In deze literatuur ontbreekt het rechtsvergelijkende element vaak geheel. Het grootste gedeelte van de in deze literatuur besloten informatie betreft beschrijvingen van het nationale procesrecht. Onder deze omstandigheden is het niet

38. Zie bijvoorbeeld Ph. Wielant, *Practijke* (a.w.), p. 40 (paragraaf I.IX.3-4).

39. Zie bijvoorbeeld Ph. Wielant, *Practijke* (a.w.), p. 97 (paragraaf III.V.3-4).

40. Zie bijvoorbeeld G. van Wassenaer, *Practijk judicieel* (a.w.), p. 45 (alinea 156).

41. Vergelijk Jb. Zeylemaker Jnz, *Geschiedenis* (a.w.), p. 168.

42. Dit blijkt onmiddellijk bij raadpleging van de volgende negentiende-eeuwse handboeken over burgerlijk procesrecht: A. Oudeman, *Het Nederlandsch Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en door formulieren in praktijk gebragt*, 1e druk, Groningen 1842; A. de Pinto, *Handleiding tot het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, 1e druk, 's-Gravenhage 1845.

geheel onbegrijpelijk dat bij studenten de gedachte kan ontstaan, dat het procesrechtelijk onderwijs minder bijdraagt aan hun wetenschappelijke vorming. Als afgestudeerd jurist zullen deze studenten licht van mening zijn, dat het procesrecht een vakgebied is, dat voor serieuze wetenschappelijke bestudering nauwelijks in aanmerking komt. Zo zij een wetenschappelijke carrière ambiëren, zullen zij die niet zo snel in het procesrecht zoeken. Het is zaak aan deze situatie spoedig een halt toe te roepen, aangezien juist op procesrechtelijk gebied momenteel vele interessante wetenschappelijke vragen spelen die nodig nader bestudeerd dienen te worden. Twee van deze vragen vermeldde ik in de inleiding. Ik zal thans tot behandeling van de eerstvermelde vraag overgaan.

Procesrecht: een internationale, Europese discipline?

Over het karakter van het procesrecht wordt, net als overigens over het karakter van het materiële recht, verschillend gedacht. Sommigen zijn van mening dat dit rechtsgebied onlosmakelijk met de identiteit van een volk of natie verbonden is. De wijze waarop dit rechtsgebied is vormgegeven, zou nauwe samenhang vertonen met een aantal kenmerken van de groep personen waarvoor het bedoeld is. Bij deze kenmerken wordt gedacht aan zaken als volksaard, levensfilosofie en politieke overtuiging.⁴³ Een dergelijke opvatting klinkt door in de woorden van Jonas Daniël Meijer, die in 1818 schreef: '[on] chercherait [...] vainement dans l'histoire l'exemple d'un peuple, qui sans avoir perdu son indépendance et son existence nationale, ait adopté la procédure d'une autre nation.'⁴⁴ Eenzelfde opvatting wordt aangetroffen in de *Allgemeine Begründung* van de Duitse *Zivilprozessordnung* uit 1877, waar de overname van Frans procesrecht in Duitsland niet juist wordt geacht op grond van de volgende overweging: 'Eine Nation, deren in bedeutenden Geschichtsepochen stärker hervorragendes Rechtsbewusstsein nicht bloss das materielle Recht, sondern auch das Rechtsverfahren umfasst, würde sich in einem fremden Verfahren nicht wiedererkennen.'⁴⁵ Anderen verbazen zich over de nationale verschillen die op procesrechtelijk terrein bestaan. Zo stelt de afgevaardigde Dotrengé op 7 februari 1828 tijdens de beraadslagingen over het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering het volgende: 'Entre deux ou plusieurs nations civilisées ce n'est point de la conformité, mais de la disparité de leurs lois de procédures, qu'il devrait y avoir lieu de s'étonner et de se plaindre.'⁴⁶ In het huidige tijdsgewricht zetten schrijvers als de Amerikaanse auteur L.M. Friedman vraagtekens bij de nauwe band die tussen een systeem van procesrecht en zijn

43. Vergelijk de rede van M. Storme, afgedrukt in M. Storme, H. Casman (red.), *Towards a Justice with a Human Face* (a.w.), p. 17; W.J. Habscheid, Les principes fondamentaux du droit judiciaire privé, in M. Storme, H. Casman (red.), *Towards a Justice with a Human Face* (a.w.), p. 34.

44. J.D. Meijer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe* I, 's-Gravenhage 1818, p. XXXI.

45. C. Hahn (red.), *Die gesammten Materialien zur Zivilprozessordnung und dem Einföhrungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877* (bewerkt door E. Stegemann), Berlijn 1881, p. 115.

46. Zie J.J.F. Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Kamers der Staten-Generaal over het ontwerp van Wetboek van Burgerlijke Regtspleging* I, 's-Gravenhage 1885, p. 59.

doelgroep zou bestaan.⁴⁷

Deze en soortgelijke opvattingen over de aard van het procesrecht hebben belangrijke consequenties voor de vraag of dit vakgebied al dan niet als een internationale discipline kan worden opgevat. Binnen het kader van de Europese Unie is deze vraag urgent. Immers, indien het procesrecht inderdaad een zeer nauwe band vertoont met een bepaald volk of een bepaalde natie, dan kan van harmonisering van dit deel van het recht geen sprake zijn. Vooralsnog lijkt de opvatting dat het procesrecht nauw verbonden is met volk of natie de heersende te zijn. De regel dat rechters de voor hen aanhangig gemaakte zaken slechts volgens hun nationale procedureregels mogen behandelen, kan mogelijk mede als een uiting hiervan worden gezien. Deze beperking geldt niet op het vlak van het materiële recht, waar het heel wel kan voorkomen, dat op een bepaalde rechtsverhouding buitenlands recht wordt toegepast.

In het licht van de heersende mening lijken de vooruitzichten wat betreft harmonisering van procesrecht in de Europese Unie somber. Indien de heersende mening juist is, kan worden gesteld, dat vormgeving van geharmoniseerde procesrechtelijke regels die voor alle lidstaten van de Unie aanvaardbaar zijn welhaast als een onmogelijkheid kan worden beschouwd. Dit lijkt te worden bevestigd door het feit dat Europese harmoniseringsmaatregelen van procesrechtelijke aard tot op heden schaars zijn gebleven. Het belangrijkste wapenfeit op dit gebied is het meermalen gewijzigde Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken uit 1968. Hernieuwde pogingen om te komen tot een Europese aanpak van het procesrecht zijn weinig succesvol. Ik denk hierbij in de eerste plaats aan het rapport van de *Working Group on Civil Procedure in Europe* getiteld *Approximation of Judiciary Law in the European Union*.⁴⁸ Dit rapport, dat onder leiding van de Gentse emeritus M. Storme aan het begin van de jaren negentig werd opgesteld en dat vervolgens werd aangeboden aan de Europese Commissie, bevat harmoniseringsvoorstellen op deelgebieden van het procesrecht. Vooralsnog lijkt het rapport een anoniem bestaan in een Brusselse bureaulade te leiden.

Het gevolg van het ontbreken van geharmoniseerde regels van burgerlijk procesrecht in Europees verband is, dat op dit vlak obstakels blijven bestaan voor het soepel functioneren van de Europese interne markt, met zijn vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal.⁴⁹ In dit kader is het belangrijk te bezien of de heersende mening omtrent de aard van het procesrecht juist is. Is dit deel van het recht inderdaad zodanig nauw verbonden met de gemeenschap waarvoor het bedoeld is, dat het weinig zin heeft om op dit vlak harmoniseringspogingen te ondernemen?

De geschiedenis van het procesrecht in West-Europa lijkt aan te geven, dat

47. L.M. Friedman, *A History of American Law*, 2e druk, New York etc., p. 396.

48. M. Storme (red.), *Rapprochement du droit* (a.w.).

49. Het argument dat harmonisering van procesrecht niet nodig is voor het soepel functioneren van de interne markt gezien de ervaringen die zijn opgedaan met het procesrecht in de Verenigde Staten van Amerika, dat per staat verschilt, gaat niet op. Immers, in de Verenigde Staten is reeds in vergaande mate sprake van harmonisering van procesrecht door het bestaan van de *Federal Rules of Civil Procedure*, die ook het procesrecht op het niveau van de afzonderlijke staten diepgaand hebben beïnvloed.

de juistheid van deze stelling valt te betwijfelen. Sterker nog, de onderlinge verwantschap die de verschillende West-Europese stelsels van procesrecht vertonen, vormt een uitgelezen basis op grond waarvan een voor alle lidstaten van de Europese Unie aanvaardbare, geharmoniseerde procedure kan worden vormgegeven. De wetenschappelijke bestudering van de historische verbanden tussen de onderscheiden procesrechten van de lidstaten is echter nog slechts in beperkte mate van de grond gekomen. Degenen die voorstellen doen om te komen tot harmonisering van het procesrecht in Europa, lijken zich onvoldoende bewust te zijn van de rol die de procesrechtsgeschiedenis in dit opzicht kan vervullen. Zo wordt in het rapport van Storme c.s. aan dit onderwerp nauwelijks aandacht besteed.

Waarom ben ik nu van mening dat het procesrecht een minder nauw verband met zijn doelgroep vertoont dan wel wordt beweerd? In de eerste plaats kan worden gewezen op het succes van de Romano-canonieke procedure, die als een waar *Ius Commune* binnen het netwerk van kerkelijke rechtbanken in Europa functioneerde. Ondanks belangrijke verschillen tussen de volkeren waarover deze rechtbanken jurisdictie hadden, bleek het mogelijk om hun geschillen volgens een in grote lijnen eenvormige procedure af te handelen. Zoals wij hierboven zagen, bleek deze procedure zo succesvol te zijn, dat zij ook de manier van procederen van de wereldlijke jurisdicties in belangrijke mate is gaan beïnvloeden.

De invloed van het Romano-canonieke procesrecht op de seculiere procedure leidde, zoals gezegd, niet tot het ontstaan van een eenvormig procesrecht bij niet-kerkelijke jurisdicties. Er bestond een grote variëteit aan procesrechtelijke stijlen. Het bestaan van deze stijlen zou de aanleiding kunnen zijn voor het vermoeden dat bij wereldlijke rechtbanken wel sprake is van procesrechtelijke regels die nauwe samenhang vertonen met kenmerken van de gemeenschap waarvoor zij bedoeld zijn. Bij nader inzien geloof ik echter niet, dat dit het geval is. Een eerste aanwijzing hiervoor is, dat zelfs bij rechterlijke instanties die functioneerden binnen eenzelfde gemeenschap belangrijke stijlverschillen zijn vast te stellen. Treffend is in dit opzicht het voorbeeld van het Hof van Holland en de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland gedurende het *ancien régime*. Ondanks de (bijna) identieke groep personen die aan de jurisdictie van deze hoven was onderworpen, vertoont het procesrecht van deze instanties belangrijke onderlinge afwijkingen. De oorzaak van deze verschillen wordt gevonden in de onderscheiden procesrechtelijke tradities waarin het Hof van Holland en de Hoge Raad stonden. Het procesrecht van het Hof van Holland werd namelijk in belangrijke mate beïnvloed door de stijl van de Raad van Brabant,⁵⁰ terwijl de Hoge Raad zijn procesrecht ontleende aan de Grote Raad van Mechelen.⁵¹ De kenmerken van de binnen het territoir van deze hoven

50. M. Oosterbosch, D. van den Auweele (red.), *De ordonnantie van 20 juni 1474 voor de Raad van Brabant*, Brussel 1993, p. XXIII.

51. Vergelijk de ordonnantie van de Hoge Raad uit 1582 (o.a. afgedrukt bij A.S. de Blécourt, N. Japikse (red.), *Klein Plakkaatboek van Nederland*, Groningen-Den Haag 1919, p. 144-175) met de ordonnantie van de Grote Raad van Mechelen uit 1559 (afgedrukt bij J. Bolsee (red.), *L'ordonnance du 8 Août 1559 réglant le statut, le style et la manière de procéder du Grand Conseil de Malines* (texte néerlandais), in *Handelingen van de Koninklijke Commissie voor de uitgave der oude wetten en verordeningen van België* XXIV (1969-1970), Brussel 1971, p. 77-152).

levende groep personen, lijken een minder grote rol te hebben gespeeld.

De gedachte dat proces en gemeenschap onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, is ook niet te rijmen met gevallen waarin bepaalde landstreken of naties vreemd procesrecht recipieerden. Desalniettemin ontbreekt het niet aan voorbeelden hiervan. Een treffend voorbeeld wordt in onze streken gevonden. In de vijftiende eeuw kan hier namelijk een toenemende invloed van het Frans-Bourgondische procesrecht worden waargenomen. Dit procesrecht wortelt sterk in de procedure van het Franse *Parlement de Paris*,⁵² en is in belangrijke mate beïnvloed door het Romano-canonieke procesrecht.⁵³ De schatplichtigheid aan de Frans-Bourgondische procedure blijkt ook op terminologisch vlak. Een ieder die Wielants *Practijke Civile* of een willekeurige procesrechtelijke ordonnantie uit de Nederlanden ter hand heeft genomen, zal dit kunnen beamen.

In de zestiende eeuw bleven belangrijke procesrechtelijke impulsen uit Frankrijk komen. Zo werd destijds de Franse ordonnantie van Villers-Cotterets tot uitgangspunt genomen bij pogingen de procedure in de Nederlanden te stroomlijnen.⁵⁴ Daarbij kwam het weleens voor dat een bepaalde regeling niet passend werd bevonden voor de Lage Landen, maar die gevallen zijn vrij zeldzaam. Het procesrecht dat aldus in de zestiende en daaraan voorafgaande eeuwen hier te lande werd vormgegeven, heeft in de latere Republiek geen belangrijke wijzigingen ondergaan.

Ook in de meer recente geschiedenis zijn geslaagde gevallen van export van procesrecht beeldbepalend voor het Europese juridische landschap. In dit kader is de Napoleontische periode van blijvende betekenis. Niet zozeer omdat de Napoleontische codificaties met wapengekletter in verschillende Europese landen konden worden geïntroduceerd, maar veeleer omdat deze codificaties na de nederlaag van de Franse keizer in veel landen een vruchtbare toekomst tegemoet gingen. Dit gold a fortiori voor de *Code de procédure civile*, die op vele plekken de eigen procedure van de onderworpen naties had vervangen. Indien procesrecht nu werkelijk niet kan worden losgedacht van de gemeenschap waarvoor het is bedoeld, zou men verwachten dat procesrechtelijke regelingen van de overheerser na herstel van de onafhankelijkheid zo snel mogelijk zouden worden afgeschaft. Eigen procesrecht zou hiervoor in de plaats dienen te worden gesteld. De geschiedenis nam echter een andere loop. Opvallend is dat de *Code de procédure civile* in veel landen hetzij werd gehandhaafd, hetzij het karakter bepaalde van nieuwe regelingen van eigen bodem. België is in dit opzicht een veelzeggend voorbeeld. Daar werd de *Code de procédure civile* pas in de tweede helft van de twintigste eeuw vervangen door het Gerechtelijk Wetboek van 1967.⁵⁵ Dit mag opmerkelijk worden genoemd, aangezien de jonge staat België in de negentiende eeuw verwoede pogingen deed een eigen, nationale identiteit op te bouwen. Hierbij vormde de geschiedwetenschap een

52. R.C. van Caenegem, *Kanttekeningen* (a.w.), p. 1080.

53. Over de invloed van het Romano-canonieke procesrecht in Frankrijk, zie R.C. van Caenegem, *History* (a.w.), p. 32 e.v.

54. C.H. van Rhee, *Litigation and Legislation. Civil Procedure at First Instance in the Great Council for the Netherlands in Malines 1522-1559*, diss. Leiden 1997, p. 313 e.v.

55. M. Storme, *Honderdvijftig jaar* (a.w.), p. 131 e.v.

belangrijk instrument, zozeer zelfs, dat men niet voor geschiedvervalsing en anachronismen terugdeinsde.⁵⁶ Indien nu inderdaad procesrecht en volk nauwe verwantschap vertonen, zou men verwachten dat in België het Franse wetboek zo snel mogelijk door een product van eigen bodem zou zijn vervangen. Dit gebeurde echter niet. Blijkbaar viel het dus met het uitgesproken nationale karakter van het procesrecht nogal mee.

Ook in Nederland was de Franse invloed blijvend. Hoewel hier reeds in 1838 een nationale procesrechtelijke codificatie werd ingevoerd (in Limburg gebeurde dit iets later), vormde deze codificatie in belangrijke mate een kopie van de Franse *Code de procédure civile*. Opvallend is dat afwijkingen van het Franse voorbeeld meestal niet het gevolg waren van de omstandigheid dat eigen, nationaal procesrecht in het wetboek werd opgenomen. Dit gebeurde slechts in een gering aantal gevallen, bijvoorbeeld wat betreft de eis in reconventie, het voorlopig getuigenverhoor en de procedure in revisie (procesrechtelijke figuren die overigens hun wortels vinden in het Frans-Bourgondische procesrecht uit de vijftiende en zestiende eeuw). In de meeste gevallen waren deze afwijkingen een consequentie van de omstandigheid dat procesrecht uit een andere buitenlandse bron, namelijk het wetboek van Genève, tot voorbeeld werd genomen.⁵⁷ Op deze wijze werd een procedure vormgegeven die wat betreft herkomst het stempel 'nationaal' niet kan dragen.

Tot dusver heb ik mij geconcentreerd op het procesrecht van de landen op het Europese continent. Voor deze landen hoop ik te hebben aangetoond, dat het verband tussen de procedure en de specifieke kenmerken van het binnen de grenzen van deze landen levende volk minder evident is dan wel wordt verkondigd. Daarmee lijken, wat betreft het Europese continent, harmoniseringsmaatregelen op procesrechtelijk terrein niet bij voorbaat tot mislukken gedoemd. Rest mij de Britse eilanden in mijn beschouwingen te betrekken. Ik zal mij hierbij concentreren op het procesrecht van Engeland en Wales, dat ik kortweg als het Engelse procesrecht zal aanduiden.

Het Engelse procesrecht⁵⁸ wijkt in belangrijke mate af van zijn tegenhanger op het Europese continent. Zo kent de Engelse procedure een onderscheid tussen een *pretrial*- en een *trial*fase. De *pretrial*fase is onder andere bedoeld voor het wisselen van *pleadings* (conclusies). Indien partijen de zaak niet voortijdig wensen te beëindigen, wordt de zaak gedurende deze fase zodanig voorbereid, dat een efficiënte mondelinge behandeling voor de rechter kan plaatsvinden gedurende *trial*. Deze tweedeling van het proces kan mede in verband worden gebracht met het gegeven dat

56. Vergelijk hierover A. Morelli (red.), *Les grands mythes de l'histoire de Belgique, de Flandre et de Wallonie*, Brussel 1995. Zie over oneigenlijk gebruik van geschiedenis ook de afscheidsrede van J.C.G.M. Jansen, *Geschiedenis in de samenleving*, Maastricht 1998, p. 7.

57. R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche Burgerlijk Procesrecht* I, 3e druk, Leiden 1893, p. 27 e.v.

58. Zie over dit procesrecht in het kort: H.J. Snijders e.a., *Toegang tot buitenlands burgerlijk procesrecht*, Arnhem 1992, p. 151 e.v. (de bijdrage over het Engelse recht is van de hand van J.H. van Dam-Lely en R.J.P. Kottenhagen).

men in Engeland tot in deze eeuw ook in burgerlijke zaken juryrechtspraak kende.⁵⁹ *Trial* was het moment waarop de jury van de zaak kennisnam en op dat moment moest de zaak met voldoende duidelijkheid worden gepresenteerd, hetgeen alleen mogelijk was na een grondige voorbereiding tijdens de *pretrial* fase.

De Engelse juryrechtspraak en de daarmee samenhangende inrichting van het proces kunnen worden beschouwd als het resultaat van typisch Engelse opvattingen over de inrichting van de maatschappij. Juryrechtspraak geeft uitdrukking aan de gedachte dat leken invloed op de rechtsbedeling dienen te hebben. Echter, hoewel het procesrecht in Engeland dus een duidelijk nationaal karakter heeft, is de samenhang tussen het Engelse volk en zijn procedure niet zodanig groot, dat het procesrecht zich kon onttrekken aan beïnvloeding van buitenaf. Import van procesrechtelijke regels vond ook in Engeland plaats. Hiervan was reeds sprake in de Middeleeuwen.

Zoals bekend, wordt in Engeland een onderscheid gemaakt tussen twee stelsels van rechtsregels en rechtsprincipes. Enerzijds is er het stelsel van *Common Law* (kortweg *Law*) en anderzijds het stelsel dat wordt aangeduid als *Equity*. *Equity* ontstond als correctief op *Common Law*, dat doorheen de tijd een weinig buigzaam geheel van rechtsregels was gaan vormen.⁶⁰ *Equity* rechtspraak werd verzorgd door de kanselier van de Engelse koning in het *Court of Chancery*, waar een eigen procesrecht tot ontwikkeling kwam. Dit procesrecht vertoont sporen van de Romano-canonieke procedure, hetgeen samenhangt met het feit dat de Engelse kanselier oorspronkelijk werd gekozen uit de rangen van geestelijken. Daardoor bezat hij kennis van het Romano-canonieke procesrecht.⁶¹

De *equity* procedure bleef tot in de negentiende eeuw bestaan naast het procesrecht van *Common Law*. In 1873-1875 werd een nieuw, eenvormig procesrecht ingevoerd als onderdeel van de zogenoemde *Judicature Acts*. Dit nieuwe procesrecht bevatte elementen uit zowel de oude *Common Law*-procedure als de *equity* procedure. Bovendien werden belangrijke procesrechtelijke regels ontleend aan de op Romano-canonieke leest geschoeide procedure van het *Admiralty Court*.⁶² Nader onderzoek zal moeten aantonen in hoeverre het huidige Engelse procesrecht Romano-canonieke elementen bevat uit de *equity* procedure en uit de procedure van het *Admiralty Court*. De kans dat Romano-canoniek gedachtegoed in de Engelse procedure kan worden aangewezen, is groot, mede omdat het niet uitgesloten moet worden geacht dat Amerikaans procesrecht, in het bijzonder de *Field Code* van New York, invloed op het Engelse procesrecht uitoefende.⁶³ De *Field Code* introduceerde

59. D.S. Clark, The Civil Law Influence on David Dudley Field's Code of Civil Procedure, in M. Reimann (red.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World (1820-1920)*, Berlijn 1993, p. 76.

60. Zie hierover A. Reppy, The Field Codification Concept, in A. Reppy (red.), *David Dudley Field Centenary Essays. Celebrating One Hundred Years of Legal Reform*, New York 1949, p. 21 e.v. Zie over het ontstaan van *Equity* ook J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 3e druk, Londen etc. 1990, p. 112 e.v.

61. R.C. van Caenegem, *History* (a.w.), p. 45.

62. W. Holdsworth, *A History of English Law XV*, Londen 1965, p. 132 e.v.

63. L.M. Friedman, *A History* (a.w.), p. 397. Zie ook R. Pound, David Dudley Field: An appraisal, in A. Reppy (red.), *David Dudley Field Centenary Essays* (a.w.), p. 10; A. Reppy, The Field Codification

reeds in 1848 een eenvormige burgerlijke procedure in New York. Bij het vormgeven hiervan speelde het procesrecht van de Staat Louisiana een rol van betekenis.⁶⁴ Het procesrecht van Louisiana moet in de procesrechtelijke traditie van het continent van West-Europa worden gesitueerd. Dientengevolge heeft dit procesrecht een Romano-canoniek uiterlijk. Het is niet uitgesloten dat Romano-canonieke elementen in de Engelse procedure terecht zijn gekomen via de door Louisiana beïnvloede *Field Code*.

Wanneer kan worden aangetoond dat export van buitenlandse procesrechtelijke regels naar Engeland heeft plaatsgevonden en tevens dat deze export van enige betekenis is geweest, leidt dit tot de conclusie dat zelfs de Engelse procedure in mindere mate een nationaal verschijnsel is dan wel wordt gesteld. Zo dit het geval is, behoeft de kans dat Europese harmoniseringsmaatregelen stuklopen op het typisch Engelse karakter van het Engelse procesrecht niet onoverkomelijk groot te zijn. De kans dat harmoniseringsmaatregelen slagen, wordt overigens nog vergroot door de omstandigheid dat het Engelse en het continentale procesrecht de laatste decennia enigszins naar elkaar toe lijken te groeien. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de Engelse *Mareva Injunction*, die op bepaalde punten gelijkenis vertoont met het conservatoire beslag van het continentale Europese recht.⁶⁵ Omgekeerde beïnvloeding vindt overigens ook plaats. Men denke aan de Anglo-Amerikaanse *discovery* procedure, die zich op dit moment in grote belangstelling op het Europese continent kan verheugen.⁶⁶ *Discovery* stelt een partij in staat haar wederpartij te dwingen relevante informatie over de zaak te verstrekken.

Ter afsluiting van dit onderdeel dient te worden opgemerkt, dat ik mij hier vooral heb beziggehouden met de vraag of eenvormige procesrechtelijke regels kunnen worden vormgegeven. Eenvormige regels zijn natuurlijk geen garantie voor een eenvormige interpretatie en toepassing van deze regels in de praktijk. Voor de praktijk geldt de stelling van R. Stürner, luidende: 'Dass Mentalitätsunterschiede und Lebensgewohnheiten die Praxis der Rechtsdurchsetzung mitprägen und zu Unterschieden führen mögen, ist eine alltägliche Weisheit.'⁶⁷ Deze stelling heb ik in het voorgaande geenszins proberen te ontcrachten. Niettemin is het mijns inziens belangrijk te bestuderen of in Europees verband mogelijkheden bestaan om te komen tot een eenvormige procesrechtelijke regelgeving. Een dergelijke regelgeving zal immers de kans vergroten, dat ook in de praktijk de procedures van de verschillende Europese landen meer en meer op elkaar gaan lijken.⁶⁸ Hiertoe zal de mogelijkheid

Concept (a.w.), p. 48; C.E. Clark, *Code Pleading and Practice Today*, in A. Reppy (red.), *David Dudley Field Centenary Essays* (a.w.), p. 55.

64. D.S. Clark, *The Civil Law Influence* (a.w.), p. 63-87.

65. *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulk Carriers SA*, *The Mareva* [1980] 1 All E.R. 213, C.A. Zie over het karakter van de *Mareva Injunction*: J.I.H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Londen 1987, p. 136 e.v.

66. Zie bijvoorbeeld W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, diss. Katholieke Universiteit Brabant 1997, alsmede M. Storme (red.), *Rapprochement du droit* (a.w.).

67. R. Stürner, *Das europäische Zivilprozessrecht* (a.w.), p. 17.

68. Anders P. Legrand, die, sprekend over een Europees burgerlijk wetboek, zijn sceptis uit over het nut van een eenvormige wettekst. Zie zijn 'Against a European Civil Code', in *The Modern Law Review* 60 (1997), p. 60.

c.q. de plicht prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen het hare kunnen bijdragen.

Procesrechtsgeschiedenis en een efficiënte procesgang

Ik kom toe aan behandeling van de tweede vraag die ik in de inleiding stelde, namelijk welke rol de geschiedenis van het procesrecht en de rechtsvergelijking kunnen spelen bij het vormgeven van toekomstig burgerlijk procesrecht.

Aan het begin van mijn rede omschreef ik het procesrecht (in engere zin) als een samenhangend geheel van formaliteiten die juridische procedures van de aanvang tot het einde reguleren. In burgerlijke zaken wordt met dit procesrecht eerst en vooral vaststelling, effectuering dan wel vormgeving van privaatrechtelijke rechten en plichten, en daarmee het beëindigen van situaties waarin onrecht heerst, nagestreefd.⁶⁹ Aan de formaliteiten die men bij dit streven in acht neemt, wordt een aantal eisen gesteld. Zij dienen de rechtsstrijd op zodanige wijze te reguleren, dat de kans op onjuiste, dat wil zeggen onrechtvaardige beslissingen wordt geminimaliseerd. De kans op een onrechtvaardige beslissing is groot indien de rechter uitgaat van onjuiste gegevens. Dientengevolge is een aanzienlijk aantal procesrechtelijke formaliteiten gericht op het scheppen van optimale voorwaarden voor waarheidsvinding. Maar hierbij blijft het niet, aangezien de aard van de rechten en plichten die in het burgerlijk proces centraal staan, verdere eisen aan de procesrechtelijke formaliteiten stelt. Immers, het gaat hier om *privaatrechtelijke* rechten en plichten, en de vraag of deze rechten en plichten dienen te worden vastgesteld, geëffectueerd dan wel vormgegeven, wordt traditioneel beschouwd als een particuliere aangelegenheid. Dit brengt met zich dat aan partijen de vrijheid moet worden gelaten te beslissen of zij al dan niet een procedure aanhangig willen maken en tevens op welke wijze zij hun proces wensen te voeren. De rechter dient dus partijen zijn beslissing niet op te dringen, maar slechts werkzaam te zijn op hun verzoek. Ten slotte dienen de gestelde formaliteiten geen aanleiding te geven tot een trage en kostbare procesgang. Een trage en kostbare procesgang betekent, dat situaties waarin onrecht heerst, kunnen worden gecontinueerd, terwijl het procesrecht nu juist gericht is op de beëindiging van dergelijke situaties.⁷⁰

De verschillende eisen waaraan het procesrecht moet voldoen, leiden tot het ontstaan van een spanningsveld. Enerzijds dienen procesrechtelijke regels een goedkope en snelle procedure te garanderen, maar anderzijds behoren optimale voorwaarden voor waarheidsvinding te worden gecreëerd en dienen partijen in staat

⁶⁹. Voor andere functies van het burgerlijk proces, zie W.D.H. Asser, Doelstellingen van het burgerlijk procesrecht, in J.G.A. Linssen, J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer 1997, p. 5 e.v.; J.A. Jolowicz, On the nature and purposes of civil procedural law, in I.R. Scott (red.), *International Perspectives on Civil Justice. Essays in honour of Sir Jack I.H. Jacob Q.C.*, Londen 1990, p. 37, alsmede de rede van M. Storme afgedrukt in M. Storme, H. Casman (red.), *Towards a Justice with a Human Face* (a.w.), p. 16.

⁷⁰. Zie hierover ook J.A. Jolowicz, *On the nature* (a.w.), p. 38; J.I.H. Jacob, Accelerating the process of law, in J.I.H. Jacob, *The Reform of Civil Procedural Law* (a.w.), p. 93 (eerder afgedrukt in M. Storme, H. Casman (red.), *Towards a Justice with a Human Face* (a.w.), p. 309).

te worden gesteld invloed op de loop van het proces uit te oefenen. De laatste twee eisen kunnen het proces ernstig vertragen en de aanleiding zijn voor aanzienlijke kosten. Immers, in de eerste plaats is een grondig onderzoek naar de waarheid meestentijds niet binnen een korte periode en met min kostbare middelen te realiseren. Zo wordt een optimale waarheidsvinding bevorderd door een procedure die partijen toelaat hun standpunt zo uitvoerig mogelijk uiteen te zetten, alsmede het standpunt van hun wederpartij zo uitvoerig mogelijk te becommentariëren. Ten tweede brengt het feit dat aan partijen de mogelijkheid moet worden gelaten de loop van het proces te beïnvloeden met zich, dat zij het proces niet alleen kunnen vertragen, maar dat zij het ook kunnen maken tot een kostbare aangelegenheid.

Het hierboven gesignaleerde spanningsveld maakt, dat het zeer moeilijk is een bevredigende procedure vorm te geven. Ontevredenheid met het bestaande recht en hervormingspogingen zijn dan ook kenmerkend voor de geschiedenis van het procesrecht. De klachten betreffen onveranderlijk de traagheid van het proces, zijn grote complexiteit en zijn hoge kosten.⁷¹ Zelfs in niet-juridische bronnen wordt deze problematiek besproken. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op *Pantagruel* van François Rabelais,⁷² *Hamlet* van William Shakespeare,⁷³ *Gulliver's Travels* van Jonathan Swift⁷⁴ en, last but not least, *Bleak House* van Charles Dickens.

De klachten die in het verleden over het procesrecht werden geformuleerd, bestaan ook heden nog. Dit geldt zowel voor Engeland als voor de landen op het Europese continent. Recentelijk heeft Lord Woolf de procedure in Engeland en Wales als duur en kostbaar gebrandmerkt.⁷⁵ Ook in Nederland streeft de wetgever tot op de dag van vandaag naar stroomlijning van het procesrecht, getuige onder meer het recente wetsontwerp 24 651 tot herziening van de rechterlijke organisatie en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (dat overigens onlangs is ingetrokken).⁷⁶ Door sommigen wordt gesteld dat klachten over de procedure deels kunnen worden

71. Zie bijvoorbeeld M. Zander, Why Lord Woolf's Proposed Reforms of Civil Litigation should be Rejected, in A.A.S. Zuckerman, R. Cranston (red.), *Reform of Civil Procedure. Essays on 'Access to Justice'*, Oxford 1995, p. 80; W.D.H. Asser, Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?, in *Historisch vooruitzicht* (a.w.), p. 42; T.J.M. Kolfshoten, De betekenis van de Bataafse revolutie voor de ontwikkeling van het burgerlijk procesrecht, in O. Moorman van Kappen, E.C. Coppens (red.), *De Bataafse Omwenteling en het recht / La Révolution batave et le Droit*, Nijmegen 1997, p. 151 e.v.; Jb. Zeylemaker Jnz, *Geschiedenis* (a.w.), p. 165-166; R. van Boneval Faure, *Het summiere proces in verband met de voorgestelde wijzigingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Haarlem 1877, p. 15.

72. Zie de hoofdstukken 10-12.

73. Na het bekende 'To be, or not to be' volgen deze regels: For who would bear the whips and scorns of time, Th'oppressor's wrong, the proud man's contumely, The pangs of despised love, the law's delay [mijn cursivering, CHvR] [...] When he himself might his quietus make, With a bare bodkin?

74. Zie vooral hoofdstuk V van deel vier: 'A Voyage to the Country of the Houyhnhnms' [...] after which they consult precedents, adjourn the cause from time to time, and in ten, twenty, or thirty years come to an issue).

75. *Interim Report of the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales* (1995). Zie hierover A.A.S. Zuckerman, Reform in the Shadow of Lawyers' Interests, in A.A.S. Zuckerman, R. Cranston (red.), *Reform* (a.w.), p. 61.

76. Zie voor traagheid in België: D. Heirbaut, Het beroep in burgerlijke zaken: zin of onzin?, in *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2 (1994), p. 817-818.

herleid tot de ouderdom van de wettelijke regels op dit gebied. Zo stelt J.M. van Veggel: ‘Daarnaast dient niet vergeten te worden dat ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering al meer dan honderdvijftig jaren bestaat. Procedures die men toen als vlot behandeld zag, worden nu als traag gezien.’⁷⁷ Het is echter maar de vraag of deze stelling in haar algemeenheid juist is. Natuurlijk is het mogelijk dat men tegenwoordig in bepaalde zaken hogere eisen stelt aan de snelheid waarmee een geschil tot een oplossing komt dan in het verleden. Echter, in het merendeel van de gevallen lijken de huidige eisen die men aan de voortgang van het proces stelt als twee druppels water op die uit het verleden. Bij de zestiende-eeuwse Grote Raad duurde een gemiddelde eerste-aanleg zaak zo’n twee tot drie jaar⁷⁸ en desalniettemin vond men het noodzakelijk de procedure te hervormen.⁷⁹ In Nederland is momenteel sprake van een vergelijkbare situatie⁸⁰ en ook nu streeft men naar versnelling.

In het licht van het bovenstaande zou men verwachten, dat grote belangstelling bestaat voor eerdere pogingen de procedure te stroomlijnen. Helaas moet worden geconstateerd dat dit niet het geval is, zeker niet bij degenen die belast zijn met nieuwe hervormingspogingen. Veelal beperkt de aandacht van hervormers zich tot het hier en nu. Lord Woolf noemt bijvoorbeeld slechts de twee meest recente rapporten van de ongeveer zestig rapporten die in Engeland sinds het midden van de negentiende eeuw zijn uitgebracht betreffende aspecten van het procesrecht en de organisatie van de gerechten.⁸¹ Ook in de memorie van toelichting op het hierboven genoemde Nederlandse wetsvoorstel wordt geen aandacht geschonken aan het verleden. Het resultaat hiervan is onder andere een passage in deze memorie waar wordt opgemerkt, dat ‘[t]egenwoordig [mijn cursivering] [...] óók civiele procedures op de eerste plaats vlot [dienen] te verlopen, willen zij aan de de maatschappelijke eisen van de tijd en aan de eisen van een goede rechtspraak voldoen.’⁸² Het woord ‘tegenwoordig’ had hier beter achterwege kunnen blijven. Immers, de geschiedenis van het procesrecht toont aan dat men reeds sinds mensenheugenis van mening is dat civiele procedures vlot dienen te verlopen. Een bewijs hiervoor in de meer recente geschiedenis kan worden gevonden in de *Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging* uit 1881. J.J. van Geuns stelt daar het volgende: ‘Geheel onze tijd streeft naar snelheid; de verbeterde middelen van gemeenschap, het toegenomen handelsverkeer, uitvindingen op elk gebied, meer algemeen gemaakte kennis en daardoor ook meer inspanning, die van den burger gevorderd wordt, zouden eischen, dat de vraag, wat in vele levensbetrekkingen recht is, doorgaans ook des te spoediger kon worden opgelost; maar het samenstel van vormen en formaliteiten, dat op die vraag antwoord moet geven, blijft denzelfde, op geringe uitzonderingen na,

77. J.M. van Veggel, *Versnelling en vereenvoudiging van procedures*, in J.G.A. Linssen, J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp* (a.w.), Deventer 1997, p. 75.

78. C.H. van Rhee, *Litigation* (a.w.), p. 342.

79. C.H. van Rhee, *Litigation* (a.w.), p. 313 e.v.

80. A. Hammerstein, *Kroniek van het burgerlijk procesrecht*, in *Nederlands Juristenblad* 10 (1999), p. 458.

81. M. Zander, *Lord Woolf's Proposed Reforms* (a.w.), p. 79.

82. TK 1995-96, 24 651, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 45.

onverstoord tragen gang gaan.’⁸³

Ik kan vandaag niet alle punten uit de procesrechtsgeschiedenis behandelen die bij het vormgeven van efficiënt hedendaags burgerlijk procesrecht nadere bestudering vereisen. Ik zal mij dan ook beperken tot een van deze punten, namelijk de pogingen een snelle en goedkope procedure vorm te geven door te kiezen voor versterking van het mondelinge element in de procesgang.

Door velen wordt een mondelinge procedure, althans een procedure waarin naast het geschrift ruime plaats is ingeruimd voor het gesproken woord, gezien als de oplossing voor traagheid en hoge kosten.⁸⁴ Men stelt dat een mondelinge procedure de mogelijkheid biedt geschilpunten snel te omlijnen en de waarheid spoedig op tafel te krijgen zonder dat al te grote concessies behoeven te worden gedaan op het gebied van de partijautonomie. Een procedure waarin de nadruk wordt gelegd op geschriften, acht men daarentegen nadelig te zijn voor een efficiënte procesgang.⁸⁵ De aanhangers van deze opvatting zullen het dan ook van harte eens zijn met de aanpak van Pantagruel, toen deze stelde: ‘[...] si voulez que je connaisse de ce procès, premièrement faites-moi brûler tous ces papiers; et secondement, faites-moi venir les deux gentils hommes personnellement devant moi, et quand je les aurai ouïs, je vous en dirai mon opinion sans fiction ni dissimulation quelconque.’⁸⁶ Echter, dat een mondelinge procedure niet zonder meer een oplossing is voor de gesignaleerde problematiek, bewijst rechtsvergelijkend en rechtshistorisch onderzoek.

In de eerste plaats kan worden gewezen op het Engelse procesrecht, volgens hetwelk zaken in belangrijke mate mondeling worden afgedaan.⁸⁷ Desalniettemin is de Engelse procedure niet het toonbeeld van efficiency.⁸⁸ H. Kötz kenschetst de procedure van het *Common Law* als de ‘Rolls Royce of civil procedures.’⁸⁹ Dit lijkt een juiste kenschets, aangezien deze procedure enerzijds kwalitatief van zeer hoge aard is (er wordt bijvoorbeeld in vergaande mate recht gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor en er vindt een zeer degelijk feitenonderzoek plaats), maar anderzijds blijkt zij zo traag en kostbaar te zijn, dat velen zich enige malen zullen bedenken alvorens zij hun recht via de Engelse rechter trachten geldend te maken.

Ook de rechtsgeschiedenis bewijst dat een mondelinge procedure niet de panacee is voor snelheid en lage kosten. De Romano-canonieke procedure legde, zoals bekend, de nadruk op het geschrift. Voor dit procesrecht gold de regel ‘quod

83. J.J. van Geuns, Preadvies betreffende de vraag: Welke wijzigingen behooren in de procesorde gebracht te worden, om, zonder aan de noodige waarborgen voor goed recht te kort te doen, eene spoedige afdoening der processen te bevorderen en opzettelijke belemmering en vertraging zooveel mogelijk tegen te gaan?, in *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 12 (1881), p. 274.

84. J.I.H. Jacob, *Accelerating* (a.w.), p. 99.

85. D. Binger, De denkbeelden van Mr. F.J.A. Fles over het oraal debat in burgerlijke zaken, in *Weekblad van het Regt* 3317 (1871), p. 3-4; C. Hahn (red.), *Die gesammten Materialien* (a.w.), p. 114 en 117.

86. Deze passage komt voor in hoofdstuk 10 van *Pantagruel*.

87. J.I.H. Jacob, *The Reform* (a.w.), p. 26.

88. J.I.H. Jacob, *Accelerating* (a.w.), p. 65

89. Geciteerd door J.M.J. Chorus, *Civilian Elements in European Civil Procedure*, in D.L. Carey Miller, R. Zimmermann (red.), *The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlijn 1997, p. 303.

non est in actis, non est in mundo', ofwel, de rechter baseert zijn oordeel louter op hetgeen schriftelijk is vastgelegd. De inheemse procedure daarentegen, waarvan vele elementen door het geleerde proces langzaam zouden worden verdrongen, was mondeling van aard. Desalniettemin stelt L. Fowler-Magerl vast, dat de receptie van het Romano-canonieke procesrecht gunstig werd beïnvloed door de omstandigheid dat de geleerde (schriftelijke) procedure sneller tot een eindoordeel leidde dan de inheemse (mondelijke) manier van procederen.⁹⁰

In het licht van het bovenstaande, is nadere bestudering van procesvormen, waarin de nadruk wordt gelegd op mondelinge elementen, nuttig voor hervormers die zich thans met het procesrecht bezighouden. Hun bijzondere aandacht verdient de omstandigheid dat zulke mondelinge elementen in het verleden vaak werden ingevoerd met als doel het proces efficiënter te maken maar zich vervolgens niet lang wisten te handhaven.

Een interessant studie-object vormt in dit kader de zogenoemde summie procedure. De basistekst voor de summie procedure is de bekende decretale *Saepe* van Paus Clemens V.⁹¹ Deze decretale bewerkstelligde in 1306 de officiële introductie in het Romano-canonieke procesrecht van een snelle procesgang voor een beperkt aantal gevallen. Volgens deze summie procesgang werden zaken *simpliciter, de plano, sine strepitu et figura iudicii* afgedaan, dat wil (vrij vertaald) zeggen: eenvoudig, zonder omhaal en zonder het tumult en de vorm van een [gewone] procedure. Dit bracht met zich dat het proces in belangrijke mate mondeling van aard was.⁹² Hoewel nu het mondelinge element een belangrijke component was van de oorspronkelijke summie procedure, verdwijnt dit element zodra wordt getracht de summie procedure als standaardprocesvorm voor alle gevallen in te voeren. Een voorbeeld hiervan vormt de regelgeving van de Rijksdag in Regensburg uit 1654.⁹³ Deze regelgeving introduceerde bij het Duitse Rijkskamergerecht een procedure die was gebaseerd op het in Saksen gebruikelijke summie proces.⁹⁴ De aldus vernieuwde procedure was in hoge mate schriftelijk van aard. Een ander voorbeeld is de Nederlandse Lex Hartogh uit 1896, die eveneens een op het summie proces geïnspireerde standaardprocedure invoerde.⁹⁵ Ook hier is het mondelinge element naar de achtergrond gedrongen.

Een tweede interessant studie-object, waar eveneens een verdringing van mondelinge elementen ten gunste van een meer schriftelijke procesvoering kan worden waargenomen, is het Duitse procesrecht zoals dat door de *Zivilprozessordnung* van 1877 werd vormgegeven. Oorspronkelijk mocht volgens de

90. L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii* (a.w.), p. 26-27.

91. c. 2 Clem. V, 11.

92. Zie ook R.C. van Caenegem, *History* (a.w.), p. 20.

93. Afdrukt in H.C. von Senckenberg, J.J. Schmauss, *Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede* III, Frankfurt 1747, p. 640-690. Voor een commentaar, zie S.T. Neurod, *Gegenwärtige Verfassung des H.R. Reichs in Staats- und Justitz-Sachen oder pragmatische Erläuterung des jüngern Reichs-Abschieds*, Jena 1752.

94. R.C. van Caenegem, *History* (a.w.), p. 57.

95. Zie A.F.K. Hartogh, C.A. Cosman, *De Wet van 7 juli 1896 (Stbl. no. 103) tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, 's-Gravenhage 1897, p. XIV e.v.

Zivilprozessordnung slechts hetgeen mondeling werd voorgedragen aan de rechterlijke beslissing ten grondslag worden gelegd.⁹⁶ Echter, reeds in 1924 werden maatregelen genomen waardoor het mogelijk werd onder omstandigheden van een mondelinge behandeling van de zaak af te zien.⁹⁷ Hoewel G. Baumgärtel nog in de jaren zeventig van deze eeuw ijverde voor versterking van het mondelinge element in de Duitse procedure,⁹⁸ is daarna een verdere uitbreiding van schriftelijke elementen waar te nemen.⁹⁹

Ook andere landen kozen meer en meer voor een procesgang met de nadruk op het geschrift. België deed dit bij invoering van het Gerechtelijk Wetboek in 1967.¹⁰⁰ In Engeland is eveneens een beweging te zien in de richting van een schriftelijke procedure, zij het dan slechts voor zaken van gering belang (*small claims*).¹⁰¹ Gezien het blijvende vertrouwen in het mondelinge proces, dat thans tegelijkertijd in veel Europese landen¹⁰² kan worden geconstateerd (men denke bijvoorbeeld aan het versneld regime in Nederland, alsmede aan het rapport van de Commissie Leemhuis), dient onderzocht te worden waarom de pogingen die in het verleden zijn gedaan om een proces vorm te geven waarin de nadruk op een mondelinge behandeling lag, zijn mislukt. Daarmee kan mogelijkerwijze de vraag worden beantwoord of het gesignaleerde vertrouwen in de mondelinge procedure gerechtvaardigd is, dan wel oplossingen voor een trage en dure procedure beter in een andere richting kunnen worden gezocht.

Besluit

Ik hoop U vandaag te hebben overtuigd van het feit dat procesrecht niet het uitsluitend domein behoeft te zijn van 'geistlosen Praktikern.'¹⁰³ Vanaf de twaalfde eeuw is het procesrecht telkens weer als een wetenschappelijke discipline opgevat. Het heeft zich door de tijden heen kunnen verheugen in de belangstelling van juristen van formaat. Ook momenteel bestaat op procesrechtelijk terrein een veelheid van vragen die een wetenschappelijke, rechtshistorische en rechtsvergelijkende aanpak vereisen. Enige van deze vragen heb ik vandaag onder uw aandacht gebracht. Het is mijn voornemen deze en dergelijke procesrechtelijke vragen in de komende jaren zowel in mijn onderzoek als in mijn onderwijs centraal te stellen. Daarmee hoop ik

96. C. Hahn (red.), *Die gesamten Materialien* (a.w.), p. 118-126. Zie over de *Zivilprozessordnung* ook J.J. van Geuns, *Preadvies* (a.w.), p. 288.

97. A. Köster, *Die Beschleunigung der Zivilprozesse und die Entlastung der Zivilgerichte in der Gesetzgebung von 1879 bis 1993 I*, Frankfurt etc. 1995, p. 215 e.v.

98. G. Baumgärtel, *Eine Rechtsstatsachenuntersuchung* (a.w.), p. 447.

99. Vergelijk het *Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz* van 17 december 1990. Zie hierover H. Prütting, *Entwicklungstendenzen des Zivilprozessrechts in Deutschland und Europa* (Hamburger Universitätsreden 54), Hamburg 1993, p. 27.

100. M. Storme, *Honderdvijftig jaar* (a.w.), p. 148.

101. A.A.S. Zuckerman, *Reform* (a.w.), p. 72.

102. Ook buiten Europa bestaat groot vertrouwen in de mondelinge procedure, getuige bijvoorbeeld pogingen in Centraal-Amerikaanse landen om aldaar een 'oral system' in te voeren (mededeling van M.A. Field, Langdell Professor of Law, Harvard Law School, die betrokken is bij deze pogingen).

103. Vergelijk M.A. von Bethmann Hollweg, *Der Civilprozess* (a.w.), p. 270.

een bijdrage te leveren aan pogingen het procesrecht in Europees verband te harmoniseren. Bovendien hoop ik met mijn onderwijs en onderzoek duidelijk te maken, dat de problemen waarmee wij heden ten dage op procesrechtelijk terrein worden geconfronteerd, niet louter iets zijn van het hier en nu. Deze problemen zijn zo oud als ons procesrecht zelf. Ditzelfde geldt voor pogingen om door hervorming van de procedure de gesignaleerde problemen het hoofd te bieden. Vroegere hervormingspogingen mogen door hedendaagse hervormers niet domweg geïgnoreerd worden. In het huidige tijdsgewricht, met zijn minachting voor historische tradities en zijn voor toekomstige academici — althans voor hen die zich zullen bewegen op het terrein der humaniora — inadequate middelbare onderwijs in de geschiedenis, is het zaak steeds weer in gedachten te roepen, dat het heden en de toekomst slechts te doorgronden zijn met voldoende kennis van het verleden.

Mijnheer de Rector Magnificus, zeer geachte aanwezigen,

Graag wil ik mijn dank uitspreken jegens degenen die in mij het vertrouwen hebben gesteld dat geleid heeft tot mijn benoeming. Ik denk hierbij in het bijzonder aan de leden van het College van Bestuur en aan het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Ik voel mij in Maastricht thuis, hetgeen mede een gevolg is van de welwillendheid waarmee de collega's van de juridische faculteit mij in hun midden hebben opgenomen.

Beste Tanja en Louis. Het is nu een jaar geleden dat ik werd toegevoegd aan het tweespan dat jullie tot dan vormden. Ik geloof dat wij steeds meer aan elkaar beginnen te wennen. Ik verheug mij erop de komende jaren het Maastrichtse rechtshistorisch onderwijs en onderzoek samen met jullie in goede harmonie vorm te geven.

Waarde Wijffels, beste Alain. Vanaf het moment waarop je mijn promotor werd, heb je me voorgehouden dat een rechtshistoricus bij zijn onderzoek niet alleen de eisen van de rechtswetenschap, maar ook die van de geschiedwetenschap steeds voor ogen dient te houden. Een rechtshistoricus is immers niet alleen jurist, maar ook historicus. Ik hoop deze wijze les niet te vergeten. Graag zeg ik je dank voor het vele dat je voor me hebt gedaan, niet in het minst voor het feit dat je er ooit, ondanks zware sneeuwval, niet voor terugschrok de tocht naar de top van de Keizersberg in Leuven te aanvaarden om mij aldaar te laten delen in je grote belezenheid.

Waarde Chorus, beste Jeroen. Samen met Hans van de Wouw heb je me enthousiast gemaakt voor de rechtsgeschiedenis. Reeds daarom ben ik je zeer dankbaar. Maar ook je bereidheid om tot op de dag van vandaag met mij van gedachten te wisselen over wetenschappelijke als andere vragen, geeft mij reden je zeer erkentelijk te zijn.

Medewerkers en collega's van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht. Gedurende vier jaar heb ik met enorm veel plezier in uw midden gewerkt. Regelmatig denk ik aan mijn Utrechtse tijd terug. De onderzoeksschool *Ius*

Commune biedt het kader waarin wij elkaar op wetenschappelijk vlak nog vaak zullen ontmoeten. Ik hoop echter niet dat het daarbij blijft.

Waarde Sicking, beste Louis. Sinds onze ontmoeting in het Brusselse Rijksarchief nu alweer zeven jaar geleden, hebben je kennis van de geschiedenis, je vermogen te inspireren en, last but not least, je flamboyante persoonlijkheid mijn wetenschappelijke carrière een extra dimensie gegeven. Ik hoop dat het contact niet zal verwateren na je vertrek naar Luxemburg. In het omgekeerde geval zal ik onze gesprekken over Cornelis de Schepper, Jan Gossaert, Gerard van Meckeren, de Heren van Veere, kasteel Sandenburg en wat al niet meer bijzonder gaan missen.

Pa, ma en Guido. Helaas kunnen Linda, mijn nichtje Betje en mijn pasgeboren neefje Maarten er vandaag niet bij zijn. Gelukkig zijn jullie er wel. Ik ben blij dat jullie me bij mijn academische omzwervingen trouw blijven volgen, zowel in persoon als in gedachten. Het is een goed gevoel dat er mensen zijn die, wat er ook gebeurt, achter me staan.

Dames en heren studenten. Sommigen van U zijn van mening dat rechtsgeschiedenis ons louter iets leert over het verleden. Dat is mijns inziens niet juist. Rechtshistorisch onderwijs aan de juridische faculteit vindt naar mijn mening mede zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat het een beter inzicht verschaft in het geldende, dat wil zeggen positieve recht. Ik hoop mijn onderwijs de komende jaren zodanig in te richten, dat ik U hiervan, voor zover dit nodig mocht zijn, kan overtuigen.

Ik heb gezegd.