

# HET BURGERLIJK PROCESRECHT: EEN HISTORISCH FENOMEEN MET TOEKOMSTPERSPECTIEF(\*)

door

Prof. mr. C.H. VAN RHEE (Maastricht)

*De onderhavige tekst vormt de neerslag van een inaugurele les die in december 2001 aan de Universiteit van Gent werd gegeven in het kader van de wisselleerstoel van het Tijdschrift voor Privaatrecht. Centraal staat de vraag in hoeverre bestudering van de geschiedenis van het burgerlijk procesrecht de harmonisering van het procesrecht in de Europese Unie kan bevorderen.*

## INHOUD

- I. INLEIDING (1-8)
- II. HET BLOOTLEGGEN VAN DE RELATIE TUSSEN DE VERSCHILLENDE PROCESRECHTEN IN EUROPA (9-32)
- III. POGINGEN OM EEN EFFICIËNTE PROCEDURE VORM TE GEVEN EN REDENEN VOOR HET AL DAN NIET SLAGEN VAN DEZE POGINGEN (33-38)
- IV. BESLUIT (39-44)

---

(\*) Rede, in oorspronkelijke vorm uitgesproken in december 2001 aan de Universiteit van Gent in het kader van de TPR-wisselleerstoel. In de hier afgedrukte tekst is de spreekvorm zo veel mogelijk behouden. Voor zover de beschikbare tijd dit toeliet, heb ik de tekst geactualiseerd. Recente literatuur over artikel 65 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap heb ik slechts gedeeltelijk kunnen verwerken. De auteur dankt mevr. mr. J.M. van Buren-Dee voor haar niet-aflatende bereidheid zijn teksten van nuttig commentaar te voorzien.

## I. Inleiding

1. De hiervoor afgedrukte titel koos ik niet zonder reden voor mijn inaugurele les in het kader van de wisselleerstoel van het *Tijdschrift voor Privaatrecht* die ik momenteel mag bekleden aan de Gentse Universiteit. Immers, dat het burgerlijk procesrecht, ofwel het procesrecht dat de door de overheid georganiseerde beslechting van burgerlijke geschillen regelt, toekomstperspectief heeft, blijkt alleen al uit de koortsachtige activiteiten op dit vlak van de wetgever in een groot aantal Europese landen(1). In deze landen wordt gewerkt aan een burgerlijk procesrecht en een rechterlijke organisatie die geschikt zijn voor de periode die komen gaat. Doel is onder meer dat de door de staat georganiseerde burgerlijke rechtspraak ook in de toekomst een aantrekkelijk en aanvaardbaar alternatief zal zijn voor andere vormen van geschillenbeslechting (ADR). Dit is ook daarom van belang, omdat anders de rechtsvormende taak van de rechter in het gedrang komt.

2. In sommige landen is men al ver gevorderd met het vormgeven van een nieuwe procedure. Ik kan hier als voorbeelden Engeland en Spanje noemen, landen die nog niet zo lang geleden een geheel nieuw procesrecht hebben gekregen(2). Een voorbeeld van een land dat iets trager is met het invoeren van nieuwe wetgeving is Nederland. De procedure in eerste aanleg is dan wel reeds (gedeeltelijk) herzien(3), maar het wachten is vooralsnog op een vernieuwing van het procesrecht in hoger beroep. Zoals bekend, houdt het driemanschap Asser/Vranken/Groen zich momenteel intensief bezig met de gedachtevorming over de toekomst van het burgerlijk procesrecht in Nederland. Een interimrapport van dit driemanschap is zojuist verschenen(4). Lezing van dit rapport sterkt mij in de overtuiging dat de huidige en aanstaande hervormingen in het Nederlandse procesrecht zeker niet moeten worden gezien als een tijdelijk eindpunt. Hoewel de formele wet zodanig behoort te worden opgesteld, dat flexibiliteit is gewaar-

---

(1) Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan Duitsland, Spanje, Engeland en Nederland, maar ook aan de toekomstige lidstaten van de Europese Unie.

(2) Voor Engeland raadplege men de *New Civil Procedure Rules* ([http://www.lcd.gov.uk/civil/procrules\\_fin/](http://www.lcd.gov.uk/civil/procrules_fin/)). Voor Spanje verwijs ik naar *Ley 1/2000* van 7 januari, *de Enjuiciamiento Civil*. Voor een commentaar hierop raadplege men onder andere *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.

(3) Men raadplege bijvoorbeeld A.W. JONGBLOED en C.H. VAN RHEE (ed.), *Burgerlijk Procesrecht 2003-2004* (Ars Aequi Wetseditie), Nijmegen, 2003.

(4) W.D.H. ASSER, H.A. GROEN, J.B.M. VRANKEN, *Een nieuwe balans. Interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, 2003.

borgd, zal desalniettemin ook wat betreft de regels in het procesrechtelijk wetboek meer dan in het verleden sprake dienen te zijn van een continu hervormingsproces. Hierdoor kan adequaat worden gerea-geerd op veranderende maatschappelijke omstandigheden. De reeds ingevoerde en toekomstige wijzigingen dienen niet, zoals in de pe-riode die achter ons ligt vele malen is gebeurd, de druk op de ketel weg te nemen. Het is wenselijk dat de parlementaire belangstelling voor het burgerlijk procesrecht blijft bestaan. Kennisneming van de effec-ten van wijzigingen in het verleden leert echter, dat we hier niet gerust op mogen zijn. Vaak valt de belangstelling weg als de ergste nood is gelenigd(5).

3. Niet alleen in de nationale sfeer, maar ook op het vlak van de Europese Unie mag het burgerlijk procesrecht zich in enige belang-stelling verheugen. Het nieuwe artikel 65 van het *Verdrag tot oprich-ting van de Europese Gemeenschap* kan in dit opzicht een mijlpaal worden genoemd(6). Het stelt, zoals bekend, vast dat op het gebied van burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen onder an-dere de volgende maatregelen kunnen worden genomen, althans als deze maatregelen tot doel hebben het goed functioneren van de interne markt veilig te stellen:

1. de verbetering en vereenvoudiging van het systeem van grens-overschrijdende betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken;
2. de verbetering en vereenvoudiging van samenwerking bij het ver-garen van bewijsmiddelen;
3. de verbetering en vereenvoudiging van de erkenning en tenuitvoer-legging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, met in-begrip van beslissingen in buitengerechtelijke zaken;
4. de bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen;
5. de afschaffing van hinderpalen voor de goede werking van burger-rechtelijke [sic] procedures, zo nodig door bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende bepalingen van burgerlijke rechtsvordering.

---

(5) Zie hierover mijn bijdrage getiteld „Waarheen leidt de weg?” in de rubriek „Kort en Bondig” van het *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2000, 154-156.

(6) Zie over artikel 65: M. FREUDENTHAL, F.J.A. VAN DER VELDEN, „Europees procesrecht en het Verdrag van Amsterdam” in E.H. HONDIUS e.a., *Van Nederlands naar Europees proces-recht?!*, Deventer, 2000, 81 e.v. Zie ook T. DRAPPATZ, *Die Überführung des internationalen Zivilverfahrensrechts in eine Gemeinschaftskompetenz nach Art. 65 EGV*, Tübingen, 2002.

Binnen de door het artikel getrokken grenzen, brengt het de burgerlijke rechtsvordering in de eerste pijler van de Europese Unie, dat wil zeggen binnen de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschap. Daarbij verdient het opmerking dat niet geheel duidelijk is hoe de grenzen lopen die het artikel trekt, met andere woorden, tot hoever de bevoegdheid van de Gemeenschap strekt. Artikel 65 laat immers een ruime marge voor interpretatie. Vooral het door mij als nummer 5 genoemde gebied kan mijns inziens flexibel worden geïnterpreteerd en de toekomst zal moeten leren hoever men in Europa op dit vlak wil gaan. Het lijkt echter niet uitgesloten dat de Europese regelgeving ook terreinen van het burgerlijk procesrecht zal gaan omvatten die momenteel nog worden gerekend tot het nationale prerogatief.

4. De effecten van artikel 65 zijn reeds zichtbaar. Eenieder is bekend met de Europese verordeningen op het vlak van de internationale betekening en kennisgeving, de bewijsvergaring buiten de landsgrenzen alsmede de erkenning en tenuitvoerlegging in het buitenland<sup>(7)</sup>. Deze regelgeving ligt voor de hand, omdat zij procedures betreft die duidelijk de nationale grenzen overschrijden en dus direct het functioneren van de interne markt kunnen regarder. Het lijkt er echter op dat het artikel ook een impuls kan betekenen wat betreft onderwerpen van burgerlijk procesrecht die niet noodzakelijkerwijze zaken met een internationaal karakter betreffen. Immers, verschillen in de procesrechtelijke behandeling van puur nationale zaken kunnen ook een verstorende werking hebben op het functioneren van de interne markt en in die zin grensoverschrijdende gevolgen hebben. Dit is een uitvloeisel van het feit dat het al dan niet beschikbaar zijn van efficiënte procedures voor de behandeling van zaken en de tenuitvoerlegging van gerechtelijke beslissingen een direct effect heeft op de hoogte van de kosten van de rechtsbedeling. Met deze kosten dienen aanbieders van goederen en diensten rekening te houden bij het nemen van een beslissing betreffende het beschikbaar stellen van deze goederen en diensten in de verschillende landen van de Europese Unie. Grote verschillen in kosten kunnen een niet te rechtvaardigen verstorende

---

(7) Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken; Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken; Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX); Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken (etc.).

werking hebben op het functioneren van de interne markt(8). Dit probleem mag als prangend worden beschouwd, aangezien partijen op de toepasselijke procesrechtelijke regelen weinig invloed kunnen uitoefenen. Immers, op dit gebied geldt het *lex fori*-beginsel onverbidlijk. Anders dan bijvoorbeeld op het gebied van het contractenrecht, kunnen partijen niet kiezen voor het op hun verhouding toepasselijke procesrecht. Hoewel een forumkeuze van partijen, bijvoorbeeld een keuze voor de Nederlandse rechter als zij hun zaak volgens de Nederlandse procedureregels afgehandeld willen zien, onder bepaalde omstandigheden mogelijk is, biedt dit niet altijd soelaas aangezien een forumkeuze in bepaalde gevallen niet eenvoudig gerealiseerd kan worden, zeker in de fase voordat een geschil is ontstaan. Met andere woorden: er is alle reden om aan te nemen dat regelgeving vanuit Brussel ook met betrekking tot op het eerste gezicht puur nationale zaken onder de noemer van artikel 65 kan worden gebracht, zeker nu het niet waarschijnlijk lijkt dat de nationale wetgevers de gesignaleerde problemen zelf kunnen wegnemen. Het subsidiariteitsprincipe(9) staat dus mijns inziens niet aan optreden van de Gemeenschap in de weg.

5. Het streven naar Europese regelgeving op het gebied van het burgerlijk procesrecht waar het op het eerste gezicht puur nationale zaken betreft, moet het tot op heden vooral hebben van particulier initiatief. In de eerste plaats dient dan te worden gewezen op het rapport dat onder het voorzitterschap van de Gentse emeritus professor Marcel Storme tot stand is gebracht(10). Zoals bekend, gaat het om een rapport dat voorstellen bevat om op bepaalde onderdelen van het burgerlijk procesrecht te komen tot een eenvormige, geharmoniseerde regeling. De Werkgroep Storme heeft onder andere regels opgesteld met betrekking tot conciliatie, de aanvang van de procedure, het onderwerp van het geschil, discovery en getuigenverklaringen. Maar, zoals gezegd, het gaat hier om een particulier initiatief, zij het met enige beperkte middelen van de Commissie. Het Project Storme is de motor achter de theorievorming rond harmonisering van procesrecht. Dit wordt onder andere bewezen door een boekenserie over het burgerlijk procesrecht in Europa, die tot voor kort door *Kluwer Law International* werd uitgegeven en thans bij *Aspen Publishers* ver-

---

(8) Vgl. M. STORME (ed.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, 1994, 10 e.v.

(9) Art. 5 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

(10) A.w.

schijnt. Delen over beslag, rechtsmiddelen, erkenning en tenuitvoerlegging buiten het EEX, en het betalingsbevel zijn reeds verschenen(11). Overigens dient in dit verband te worden gewezen op het feit dat momenteel buiten het kader van de Europese Unie doch binnen het verband van *The American Law Institute* (ALI) en UNIDROIT gewerkt wordt aan *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*(12). Dit project is mede geïnspireerd door het rapport van de Werkgroep Storme. Het lijkt niet onjuist te veronderstellen dat men in Europees verband van de resultaten van de werkzaamheden binnen ALI- en UNIDROIT-verband zal kunnen profiteren.

6. Maar laten wij terugkeren naar het project van professor Storme. Het rapport dat door de Werkgroep Storme is uitgebracht, brengt de lezer in aanraking met de problemen die overwonnen dienen te worden alvorens kan worden gekomen tot enigerlei vorm van harmonisering van burgerlijk procesrecht. Die problemen zullen deels op pragmatische wijze dienen te worden opgelost, maar deels ook, zo is mijn stellige overtuiging, door bestudering van de procesrechtsgeschiedenis. Immers, het burgerlijk procesrecht in de verschillende Europese landen is nog sterker dan het in die landen vigerende materiële burgerlijk recht getekend door zijn geschiedenis.

7. Hoe kan bestudering van de procesrechtsgeschiedenis harmonisering bevorderen? Dit kan op minimaal drie wijzen(13):

1. Door het blootleggen van de relatie tussen de verschillende stelsels van procesrecht in Europa.
2. Door het verschaffen van informatie omtrent pogingen uit het verleden om een efficiënte procedure te creëren alsmede omtrent de redenen voor het al dan niet slagen van deze pogingen.

---

(11) Reeks *Civil Procedure in Europe* onder algemene redactie van M. STORME, P.A.M. MEIJKNECHT en C.H. VAN RHEE.

(12) Zie <http://www.unidroit.org/english/procedure/main.htm>.

(13) Vgl. ook mijn Maastrichtse inaugurele rede *Adam, ubi es? Het burgerlijk procesrecht als juridische wetenschap met Europese allure*, Maastricht, 1999, alsmede mijn „Civil Procedure: A European 'Ius Commune'?", *European Review of Private Law* 2000, 589 e.v. Zie voor rechtsgeschiedenis en procesrecht in het algemeen de bijdragen van W.D.H. ASSER, A. WIJFFELS en K.W. NÖRR alsmede mijn introductie bij deze artikelen in M. FAURE e.a. (ed.), *Towards a European Ius Commune in Legal Education and Research*, Antwerpen/Groningen, 2002, 269 e.v. en de bundel C.H. VAN RHEE e.a. (ed.), *Voortschrijdend procesrecht: een historische verkenning*, Leuven, 2001; C.H. VAN RHEE, „Civil Procedure; An Academic Subject?” in D. HEIRBAUT e.a. (ed.), *Het nut van rechtsgeschiedenis voor het onderwijs in het hedendaagse recht*, Brussel, 2000, 67 e.v.; T.A.W. STERK, „Procedural Law without Legal History?” in D. HEIRBAUT e.a. (ed.), *Het nut van rechtsgeschiedenis voor het onderwijs in het hedendaagse recht*, Brussel 2000, 79 e.v.

3. Door het plaatsen van specifieke leerstukken, begrippen en instituten in hun historische context waardoor een mogelijk verschillende ontwikkelingsgang in de Europese landen kan worden verklaard en al dan niet fundamentele verschillen aan het licht kunnen worden gebracht.

8. Ik zal aanstonds trachten de punten 1 en 2 met voorbeelden te adstrueren. Punt 3 laat ik hier onbesproken. Men zou bij dit punt kunnen denken aan bestudering van de dwangsom op het continent en het leerstuk van *Contempt of Court* in Engeland(14). De tijd laat echter niet toe dat ik hier dieper op inga. Ik bepaal me dus tot de punten 1 en 2, maar bespreek deze punten niet dan nadat ik heb opgemerkt dat het verbazingwekkend is dat in het kader van de harmonisering van de burgerlijke procedure in Europa studie naar de geschiedenis van de burgerlijke rechtsvordering slechts met mondjesmaat wordt ondernomen. De situatie is geheel anders op het gebied van het materiële privaatrecht, waar bijvoorbeeld de Duitse hoogleraar Reinhard Zimmermann zich reeds enige tientallen jaren geleden nadrukkelijk in het debat heeft gemengd (ik denk dan natuurlijk in de eerste plaats aan zijn meesterwerk *The Law of Obligations*)(15). De geringe belangstelling voor de geschiedenis van het procesrecht moge verwondering wekken, aangezien, zoals gezegd, het burgerlijk procesrecht in nog veel groter mate dan het materiële burgerlijk recht door zijn geschiedenis wordt getekend. Sterker nog: de meeste moderne processualisten zullen, zeker als zij enig Latijn beheersen, het grote middeleeuwse tractaat over het procesrecht, het *Speculum Judiciale* van Durantis (ca. 1237-1297), in hoofdlijnen kunnen doorgronden. Dit is een gevolg van het feit dat het hedendaagse procesrecht in veel Europese landen nog altijd een groot aantal elementen van de middeleeuwse procedure bevat. Het is daarom de hoogste tijd dat diepgaand onderzoek wordt gestart op dit terrein van het recht.

---

(14) Een ander onderwerp is bijvoorbeeld de rol van het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken. Hierover mijn „Het Openbaar Ministerie in historisch perspectief: 'Amicus Curiae' of niet?" in P. VAN ORSHOVEN e.a. (ed.), *Amice Curiae, quo vadis? Het Openbaar Ministerie in privaatrechtelijke, administratieve en sociale zaken*, Brussel, 2002, 1 e.v.

(15) Oxford, 1996.

## II. Het blootleggen van de relatie tussen de verschillende procesrechten in Europa

9. Er wordt wel gezegd dat de verschillen tussen de stelsels van burgerlijk procesrecht in Europa zo groot zijn, dat een geharmoniseerd procesrecht, dat aanvaardbaar is voor alle landen van de Europese Unie, als een utopie moet worden beschouwd. De geschiedenis van het civiele procesrecht in Europa maakt echter duidelijk, dat de verschillen tussen de stelsels minder onoverkomelijk zijn dan zij op het eerste gezicht lijken. Kennis van de geschiedenis van het burgerlijk procesrecht kan mijns inziens bijdragen aan het slechten van de vaak schijnbaar ondoordringbare muren tussen de procesrechtelijke rechtsfamilies. Immers, de rechtsgeschiedenis toont aan dat deze rechtsfamilies in hoge mate aan elkaar verwant zijn.

10. Binnen de Europese Unie kunnen zeker drie en mogelijkervijze zelfs vier families van procesrecht worden onderscheiden. Het gaat dan om de familie van het *Common Law*, de Romaanse familie (o.a. Frankrijk) en de Germaanse familie (o.a. Duitsland). De vierde familie wordt gevormd door de Scandinavische leden van de Europese Unie, maar daarbij moet wel worden bedacht dat de Scandinavische landen traditioneel veel Duitse invloed hebben ondergaan. Eenvoudigheids halve reken ik deze landen hier dan ook tot de Germaanse rechtsfamilie.

11. De genoemde rechtsfamilies op het continent van West-Europa wortelen in het Romano-canonieke (dat wil zeggen, in het van oorsprong kerkelijke) procesrecht. Dit procesrecht is een originele creatie van middeleeuwse juristen, waarin elementen van het Romeinse recht werden gecombineerd met ander materiaal van voornamelijk canoniekrechtelijke oorsprong. Het resultaat hiervan was een *geleerde* procedure, die zich vanuit de kerkelijke rechtbanken langzamerhand verspreidde over de verschillende wereldlijke jurisdicties<sup>(16)</sup>.

12. De huidige families van procesrecht op het continent zijn naar mijn smaak uiteindelijk het resultaat van het verschillende lot van het Romano-canonieke procesrecht in het Franse koninkrijk enerzijds en

---

(16) Een gedetailleerde beschrijving van deze ontwikkeling is te vinden in de rechtshistorische literatuur. In het bijzonder kan hier verwezen worden naar de bijdrage van R.C. VAN CAENEGEM in de *International Encyclopedia of Comparative Law* (Volume 16: Civil Procedure, Chapter 2: History of European Civil Procedure).



in de Duitse landen anderzijds. Het Franse wetboek van burgerlijke rechtsvordering van 1806 incorporeerde namelijk in belangrijke mate het procesrecht zoals zich dat in Frankrijk vanaf de middeleeuwen bij de hogere gerechten had ontwikkeld. Dit procesrecht had een duidelijk Romano-canoniek karakter, maar bevatte ook veel elementen van oorspronkelijk Franse snit. Het werd voor de eerste keer omvattend vastgelegd in de belangrijke *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* van 1667(17), die niet, zoals destijds gebruikelijk, slechts voor één bepaalde rechtbank van toepassing was, maar gelding had voor het ganse koninkrijk. De codificatoren van 1806 namen deze ordonnantie, die door o.a. Pothier uitvoerig was becommentarieerd(18), grotendeels over in de *Code de procédure civile* en het was vervolgens het procesrecht van deze *Code* dat werd ingevoerd in een groot aantal van de door Napoleon onderworpen gebieden, waaronder, zoals bekend, Nederland en België.

**13.** In de Duitse landen was de ontwikkelingsgang anders. De *Zivilprozessordnung* van 1877, het eerste procesrechtelijk wetboek dat voor het gehele Duitse rijk gelding had, moet worden gesitueerd in het kader van eerdere codificaties in de Duitse landen. Hoewel de *Zivilprozessordnung* niet geheel los kan worden gezien van de Franse *Code de procédure civile* (sterker nog, dit Franse wetboek was in de gebieden op de linkeroever van de Rijn integraal van kracht geweest)(19), heeft het toch in hoge mate een eigen, Duits karakter. Dit is mede een gevolg van het feit dat eerdere codificaties voor de afzonderlijke gebieden waaruit Duitsland destijds bestond een reactie vormden tegen het geleerde, Romano-canonieke procesrecht, dat aan het eind van de 15<sup>e</sup> eeuw bij het Duitse *Reichskammergericht* werd ingevoerd en dat bekend raakte onder de benaming „gemeen procesrecht”. Deze reactie betekende echter niet dat elementen van het geleerde procesrecht volledig uit de Duitse procedure verdwenen. Dientengevolge behoort het Duitse procesrecht nog altijd tot de groep van Romano-canonieke procesrechten, hoewel door anderen, bijvoor-

---

(17) O.a. te raadplegen in F. ISAMBERT e.a. (ed.), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, XVIII, Parijs, 1829, 103 e.v.

(18) R.-J. POTHIER, *Traité de la procédure civile* (ik consulteerde dit werk in DUPIN AINÉ (ed.), *Oeuvres de R.-J. Pothier contenant les traités du droit français*, VI, Brussel, 1832).

(19) Zie over de vroege periode van de gelding van dit wetboek op de linker Rijnsoever: A. GRILLI, *Die französische Justizorganisation am linken Rheinufer (1797-1803)*, Frankfurt am Main, 1999.

beeld door collega Lindblom uit Uppsala in een artikel in de *European Review of Private Law*, het tegendeel wordt beweerd(20).

14. Het procesrecht van de *Zivilprozessordnung*, inclusief de Duitse procesrechtswetenschap, was van groot belang voor de ontwikkelingsgang van het procesrecht in de traditioneel Duits georiënteerde Scandinavische landen. Daarnaast kan het procesrecht van Oostenrijk met het Duitse procesrecht in verband worden gebracht. Hier was echter niet in de eerste plaats sprake van beïnvloeding van Oostenrijk door Duitsland, maar andersom, van Duitsland door Oostenrijk; het vooruitstrevende Oostenrijkse procesrecht van 1900, uitgedacht door de vermaarde jurist Franz Klein, diende immers als voorbeeld voor hervormingen van het Duitse procesrecht aan het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw. Het resultaat van deze verbindingslijnen is dat met recht gesproken kan worden van een Germaanse dan wel Duitse procesrechtsfamilie.

15. Hoewel er nu op het continent minimaal twee families van burgerlijk procesrecht zijn, vormt de gemeenschappelijke basis van deze families in het Romano-canonieke procesrecht een fraai uitgangspunt voor harmoniseringsvoorstellen. Fundamenteel verschillend lijkt de situatie te zijn ten opzichte van de procesrechten van de *Common Law*-familie. Deze procesrechten zijn immers duidelijk anders van karakter, althans, aldus wordt veelal gesteld. Toch bestaat ook hier een relatie met de procesrechten van het continent, en het is aan deze relatie dat ik nader aandacht wil besteden. Ik beperk mij omwille van de tijd tot de banden van het Engelse procesrecht met dat van het continent. Daarbij dient U te bedenken dat ik, als ik Engeland zeg, doel op Engeland en Wales. Het Schotse procesrecht daarentegen heeft een geheel ander karakter. Schotland behoort immers tot de zogenoemde „*mixed legal systems*”, hetgeen een gevolg is van het feit dat in Schotland zowel invloeden van het *Common Law* als invloeden van het continentale Europese recht kunnen worden onderscheiden. Eenieder die geïnteresseerd is in de geschiedenis van het Schotse procesrecht raad ik ten eerste het onlangs verschenen proefschrift van John Finlay aan, getiteld *Men of Law in Pre-Reformation Scotland*(21). Het proefschrift toont aan dat het Schotse procesrecht duidelijk Romano-canonieke trekken had (ook tegenwoordig is dit nog het geval).

---

(20) P.H. LINDBLOM, „Harmony of Legal Spheres. A Swedish view on the construction of a unified European procedural law”, *European Review of Private Law* 1997, 18.

(21) East Linton, 2000.

16. Wij keren terug naar Engeland. Bij de Engelse wereldlijke hoven vond de receptie van de Romano-canonieke procedure op veel beperkter schaal plaats dan bij dezelfde hoven op het Europese continent. Eenzelfde situatie bestond wat betreft het materiële recht. Dit mag geen verwondering wekken, aangezien het Engelse materiële recht en het procesrecht nauw met elkaar waren verweven. Misschien vormt dit ook wel een (deel-)verklaring voor de afwezigheid van een omvattende receptie van het Romeinse recht in Engeland, aangezien op het continent de receptie van het geleerde procesrecht veelal voorafging aan de receptie van het materiële Romeinse recht. In Engeland domineerden zogenoemde *forms of action* het juridisch landschap en de specifieke procesrechtelijke regelen die gevolgd dienden te worden werden geheel bepaald door het procesformulier waarmee de zaak werd ingeleid. Slechts een beperkt aantal *forms of action* was beschikbaar. Hoewel er nu bij kenners van het Romeinse formula-proces de gedachte zou kunnen ontstaan dat het Engelse procesrecht verwant is aan deze procedurevorm, berust elke overeenkomst op toeval; de *forms of action* zijn niet in verband te brengen met welke Romeinsrechtelijke bron dan ook(22).

17. In het procesrecht van het *Common Law* is slechts zeer beperkte invloed van het geleerde procesrecht van het continent te bespeuren(23). Op het gebied van de *Equity*-rechtspraak zijn er echter meer invloeden aan te wijzen. Zoals U ongetwijfeld zult weten, ontstond *Equity* als gevolg van het feit dat het *Common Law* met zijn rigide *forms of action* voor bepaalde feitelijke situaties geen bevredigende oplossing bood. Traditioneel wordt het ontstaan van *Equity* in verband gebracht met wat wij tegenwoordig de *trust* zouden noemen (in het verleden sprak men van *use*)(24). Voor de duidelijkheid merk ik op dat de meest eenvoudige vorm van *trust* als volgt tot stand komt (ik gebruik voor de eenvoud de terminologie van het *Civil Law*, dat wil zeggen, van het continentale recht): A, de *settlor*, draagt een goed in „eigendom” over aan B, de *trustee*, die als opdracht krijgt het goed te

---

(22) Zie desalniettemin PRINGSHEIM, „The Inner Relationship between English and Roman Law”, *Cambridge Law Journal* 1935, 347 e.v.

(23) Toch zijn deze invloeden niet geheel afwezig. Zie bijvoorbeeld M. MACNAIR, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Berlijn, 1999, waarin de auteur ook spreekt over de procedure van het *Common Law*.

(24) Zie hierover R. HELMHOLZ e.a. (ed.), *Itinera Fiduciae. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, 1998 en C.H. VAN RHEE, „Trusts, Trust-like Concepts and 'Ius Commune'”, *European Review of Private Law* 2000, 453 e.v.

„houden” voor C, de *beneficiary*. Oorspronkelijk was de positie van C, de *beneficiary*, weinig benijdenswaardig, aangezien C niet beschikte over juridische middelen om zijn positie te beschermen. Slechts B, de *trustee*, wordt namelijk volgens het *Common Law* beschouwd als rechthebbende. In deze situatie nu werd verandering gebracht door de Engelse koning en zijn kanselier, die ook aan C een „eigendomsrecht” toekenden en wel een „eigendomsrecht” volgens *Equity*. In een *trust*-constructie zijn er dientengevolge twee „eigenaars”, zowel B, de *trustee*, als C, de *beneficiary*.

18. De *Equity*-rechtspraak van het *Court of Chancery* zou een bloeiende toekomst tegemoet gaan. Mogelijkerwijze omdat de *Chancellor* in de beginperiode een geestelijke was en dientengevolge kennis had van het Romeinse en Canonieke recht, inclusief de Romano-canonieke procedure, zien we dat het procesrecht van het *Court of Chancery* elementen van de Romano-canonieke procedure incorporeerde. Ook het procesrecht van andere Engelse hoven werd overigens beïnvloed door de Romano-canonieke procedure, waarbij kan worden gedacht aan het *Court of Admiralty*, dat competent was in zeezaken, waaronder de handel ter zee(25).

19. Tot in de 19<sup>e</sup> eeuw bleef de gescheiden rechterlijke organisatie voor *Common Law* en *Equity* voortbestaan. Het systeem werkte in die periode echter niet meer naar behoren en op het gebied van het procesrecht en de rechterlijke organisatie is de Engelse wetgever van de negentiende eeuw dan ook uiterst actief geweest. Deze activiteiten bereikten hun hoogtepunt in de jaren 1873-1875, toen de zogenoemde *Judicature Acts* van kracht werden. Deze wetgeving introduceerde een gestroomlijnde rechterlijke organisatie, waarbij het onderscheid tussen *Common Law* en *Equity* op het terrein van het procesrecht en de rechterlijke organisatie werd afgeschaft. Let wel: dit impliceerde niet dat het onderscheid daarmee ook op het

---

(25) A. WIJFFELS, die belangrijk onderzoek heeft verricht wat betreft de invloed van het *ius commune* in Engeland, heeft uitgebreid geschreven over het *Court of Admiralty*. Zie bijvoorbeeld zijn „*Ius Gentium*’ in the practice of the Court of Admiralty around 1600” in A.D.E. LEWIS en D.J. IBBETSON (ed.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, 1994, 119 e.v.; „Recht v. Handelsbelangen: Kaapvaartprocessen voor het Londens Admiraliteitshof onmiddellijk na het Spaans-Engels Vredesverdrag van 1604” in S. DAUCHY (ed.), *Ter overwinning van een historische drempelvrees. De historicus en juridische bronnen*, Brussel, 1994, 81 e.v.; „Sir Julius Caesar and the Merchants of Venice” in F. BATTENBERG e.a. (ed.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, Weimar/Keulen/Wenen, 1994, 195 e.v. en „Arthur Duck et le *ius commune*’ européen”, *Revue d’histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique* 1990, 193 e.v.

gebied van het materiële recht ten einde was. Dit was zeer zeker niet het geval en het onderscheid leeft tot op de dag van vandaag voort(26).

20. Onderdeel van de *Judicature Acts* vormde een, wat wel werd genoemd, „*uniform code of civil procedure and pleading*”. In deze zogenoemde „*code*” vinden we de oude *forms of action* niet terug. De „*code*” kende slechts een algemene actie om een proces aanhangig te maken en daarmee kwam het Engelse procesrecht nader tot de procesrechten van de landen op het Europese continent, waarin dezelfde regeling wordt gevonden. Daarbij kan de vraag worden gesteld of ook hier, net als met betrekking tot de overeenkomst tussen de oude *forms of action* en het Romeinse formula-proces, dat ik eerder behandelde, sprake was van toeval of dat er kan worden gewezen op beïnvloeding van de Engelse procedure door het procesrecht van het continent.

21. Om deze vraag te beantwoorden, dienen wij ons te verplaatsen naar de andere zijde van de Atlantische Oceaan, naar de Verenigde Staten van Amerika. Ik zou hier namelijk willen staande houden dat de ontwikkelingen in de VS, meer specifiek die in de Staat New York, *het* voorbeeld voor de Engelse wetgever van 1873-1875 vormden.

22. Wat gebeurde er in de Staat New York? Daar werd het codificatie-landschap gedomineerd door één persoon, te weten David Dudley Field (1805-1894)(27). Field was een man die zeer overtuigd was van zijn eigen capaciteiten. Aan het einde van zijn leven, toen een aantal van zijn codificatie-projecten tot een succesvol resultaat was gebracht en deze projecten ook navolging buiten de VS hadden gevonden, verklaarde hij in alle bescheidenheid: „[...] [*I*]t is something to me that the work that I made, the scheme that I founded, which has gone already around the world; which is now the law of more than half of the English speaking people of the Globe! — Yes, sir; the words that I have written, the words that this hand has set down, are this moment the laws that encircle the whole globe. The sun does not shine in any of the twenty-four hours except upon some place of which the laws are written by me [...].”(28)

---

(26) Zie over de *Judicature Acts* onder anderen J. JACOB, „The Judicature Acts 1873-1875, Vision and Reality” in *The Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure*, London, 1982, 301 e.v.

(27) Zie over Field en zijn codificatie-projecten mijn „De codificatie van het burgerlijk procesrecht in de Verenigde Staten van Amerika” in J.M. VAN BUREN-DEE e.a. (ed.), *Privaatrecht en Gros*, Antwerpen/Groningen, 1999, 333 e.v.

(28) *New York State Bar Association Reports* II 1878, 135.

Zover was het echter niet op het moment waarover wij nu spreken. Toen diende er nog veel werk te worden verzet, werk aan onder andere een Burgerlijk Wetboek, een Wetboek van Strafrecht en een Wetboek van Rechtsvordering. Het Wetboek van Rechtsvordering was uiteindelijk het enige wetboek dat in New York werd ingevoerd. Dit gebeurde in 1848. Elders in de VS had Field meer succes.

**23.** Het onderscheid tussen *Common Law* en *Equity* op procesrechtelijk terrein verviel in de *Field Code*, en dit gebeurde dus ruim voordat in Engeland de *Judicature Acts* hetzelfde zouden bewerkstelligen. De door Field vormgegeven procedure combineerde elementen van het procesrecht van het *Common Law* en de procedure van *Equity*. In de nieuwe procedure lag de nadruk op de aan *Equity* ontleende regels. In dit licht is het niet verwonderlijk dat invloeden van het Romano-canonieke procesrecht te onderkennen zijn in de *Field Code*, aangezien de procedure van *Equity*, zoals ik stelde, in belangrijke mate door het Romano-canonieke procesrecht werd beïnvloed. Een andere oorzaak van de invloed van de geleerde procedure was dat Field zich bij zijn codificatie-arbeid liet inspireren door het procesrecht van Louisiana, een zogenaemde „*Civil Law jurisdiction*”. Het procesrechtelijk wetboek van Louisiana uit 1825 is met grote mate van waarschijnlijkheid aangewezen als een belangrijke bron voor de ideeën van Field over codificatie en de civiele procedure. Field putte dus uit een procesrechtelijk wetboek dat Franse, Spaanse en Romeinsrechtelijke elementen incorporeerde (alsmede overigens elementen uit de *Common Law*-traditie). Bij het opstellen van het wetboek van Louisiana werden onder andere het *Corpus Iuris Civilis*, de *Siete Partidas* en de geschriften van Jean Domat (1625-1696) en Robert Pothier (1699-1772) geconsulteerd(29).

**24.** Hoewel ik tot op heden slechts één verwijzing naar de *Field Code* heb gevonden in Engelse parlementaire stukken betreffende de *Judicature Acts*, lijkt het me toch waarschijnlijk dat deze *Code* een rol van betekenis heeft gespeeld bij de totstandkoming van de Engelse wetgeving, mogelijk echter indirect via codificatie-pogingen in Brits Indië. In Brits Indië werd namelijk in de jaren vijftig van de negentiende eeuw een procesrechtelijk wetboek ingevoerd(30). Bij

---

(29) Zie hierover D.S. CLARK, „The Civil Law Influence on David Dudley Field’s Code of Civil Procedure” in M. REIMANN (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World (1820-1920)*, Berlin, 1993, 63 e.v.

(30) Ik raadpleegde *The New Procedure of the Civil Courts of British India* (4th ed.), Londen, 1860.

deze codificatie speelde het Amerikaanse voorbeeld een rol van betekenis en het is niet uitgesloten dat de *Field Code* via de Brits-Indische wetgeving uiteindelijk van invloed is geweest bij het vormgeven van het nieuwe procesrecht van (een deel van) het Britse moederland. En zo bereikte de geleerde procedure dus, behalve via *Equity*, de Britse eilanden bezuiden de rivier de Tweed mede via een kolonie in Oost-Indië en een voormalige kolonie in West-Indië (in Schotland, gelegen ten noorden van de Tweed, was het Romano-canonieke proces, zoals ik eerder opmerkte, al eeuwen in veel sterkere mate aanwezig). Het resultaat van dit alles was dat de procesrechten op het continent en het Engelse procesrecht dichter bij elkaar kwamen te staan.

**25.** Maar laten we nu eens bezien welke de specifieke gemeenschappelijke kenmerken zijn van het continentale en Engelse procesrecht. Ik zal daarbij eerst enige voorbeelden bespreken van gemeenschappelijke kenmerken die naar mijn smaak zijn terug te voeren op de gemeenschappelijke bronnen van deze procesrechten. Vervolgens kom ik toe aan behandeling van enige overeenkomsten waarvan de oorsprong vooralsnog niet is opgehelderd.

**26.** Volgens Plucknett is een van de belangrijkste thema's in de Europese rechtsgeschiedenis het vermogen om het materiële recht los te denken van het procesrecht(31). Deze ontwikkeling zien wij reeds in het Romeinse recht, hoewel moet worden toegegeven dat desondanks het procesrecht op een laat moment in de ontwikkeling van het Romeinse recht nog altijd wordt besproken als een min of meer geïntegreerd onderdeel van het materiële recht. Zelfs in het *Corpus Iuris Civilis* worden procesrecht en materieel recht niet gescheiden behandeld. Op het continent is het losdenken van procesrecht en materieel recht de verdienste van de middeleeuwse juristen(32). In Engeland is sprake van een meer geleidelijke ontwikkeling. Pas op een later moment werd een definitieve scheiding aangebracht tussen procesrecht en materieel recht, althans wat betreft het *Common Law*. Hoewel eerste pogingen hiertoe reeds worden gevonden in het middeleeuwse tractaat dat bekend zou worden als Glanvill(33), alsmede in

---

(31) T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law* (5th ed.), Boston, 1956, 381.

(32) De vroegste geschiedenis van deze ontwikkeling wordt uitgebreid behandeld door W. LITEWSKI in zijn *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudicarii*, 2 vols., Kraków, 1999.

(33) *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* (ik consulteerde de uitgave van G.D.G. Hall, uitgegeven te Londen in 1965).

het iets latere werk van Henry de Bracton (overl. 1268)(34), dateren de eerste serieuze pogingen pas uit de achttiende eeuw. De inspiratie voor deze handelwijze kwam van buiten. In de achttiende eeuw zien we in Engeland een grote interesse in juridische werken van Franse en Nederlandse auteurs, en — zo stelt Plucknett — „*under this stimulus they* (dat wil zeggen de juristen) *attempted to think in terms of substantive law rather than merely procedure.*”(35) Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* vormen een goed voorbeeld van een dergelijke aanpak. Echter, slechts de hervormingen van het Engelse procesrecht in de negentiende eeuw, in het bijzonder het afschaffen van de *forms of action*, maakten het effectief mogelijk om procesrecht en materieel recht te scheiden. Deze hervormingen vonden, zoals ik stelde, plaats onder invloed van systemen van procesrecht die op de Romano-canonieke procedure teruggingen. Het resultaat van de beschreven ontwikkelingen zien we nog altijd in de juridische wereld om ons heen. Momenteel vinden we zowel in Engeland als op het continent afzonderlijke procesrechtelijke regelingen alsmede aparte handboeken betreffende het procesrecht. Bovendien worden afzonderlijke cursussen in het procesrecht aangeboden op bijna alle Europese universiteiten (zij het dat deze in Engeland veelal een facultatief karakter hebben, terwijl zij in veel continentale landen een verplicht onderdeel van de opleiding vormen). Ziehier een eerste gemeenschappelijk kenmerk van het Engelse procesrecht en de procesrechten op het continent.

27. Een volgend gedeeld kenmerk kan worden waargenomen wat betreft de mogelijkheid om een juridische procedure aan te vangen. Het Romeinse formula-proces, waarover ik eerder sprak, kende een min of meer gesloten systeem van acties. Een procedure kon slechts worden gestart in het geval dat de klacht onder een van de beschikbare *formulae* kon worden gebracht. Het Engelse recht met zijn *forms of action* kende eenzelfde aanpak. Dergelijke rigide systemen blijken zich in de praktijk echter niet te handhaven. In de Oudheid bracht de introductie van het cognitie-proces de gewenste verandering, terwijl het Romano-canonieke procesrecht de rigide aanpak van het formula-proces nooit heeft gekend. Het geleerde procesrecht kende immers, net als de op dit recht gebaseerde continentaal-Europese systemen van procesrecht, geen afzonderlijke procesformulieren, doch een algeme-

---

(34) De door mij geraadpleegde uitgave is: Henrici DE BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, Londen, 1878-1883.

(35) PLUCKNETT, *a.w.*, 381-382.



ne actie (hoewel moet worden toegegeven dat in de middeleeuwse geleerde literatuur de vraag of bepaalde procesformulieren moesten worden gebruikt wel wordt besproken). Dezelfde situatie ontstond in Engeland in de 19<sup>e</sup> eeuw. De *forms of action* werden, zoals ik eerder opmerkte, afgeschaft en er kwam een algemene procesinleidende actie. Opvallend is de overeenkomst met de *Field Code* voor New York, waarin ook slechts gesproken wordt van één algemene actie, de zogenoemde „civil action”.

**28.** Ook op het gebied van de eis in reconventie (de tegeneis) is er sprake van een groei van het Engelse procesrecht naar de continentale procesrechten(36). Een eis in reconventie was oorspronkelijk niet toegestaan volgens het *Common Law*. De rechter kon slechts beslissen over de vordering zoals deze door de eiser was ingesteld. Het waren de *Judicature Acts* die de eis in reconventie in het algemeen mogelijk maakten in Engeland. Volgens Holdsworth was deze verandering gebaseerd op de praktijk van de kerkelijke rechtbanken(37). Aangezien de procedure van de kerkelijke jurisdicties een Romano-canonieke oorsprong heeft, lijkt het voor de hand te liggen te vermoeden dat wij hier van doen hebben met de invloed van het geleerde procesrecht op de Engelse procedure. De invloed van de *Field Code* op dit vlak dient nader onderzocht te worden. Daarbij gaat het dan niet om de *Field Code* zoals deze luidde in 1848, maar om de gewijzigde *Code* uit 1852, toen een regeling voor de eis in reconventie werd toegevoegd(38).

**29.** *Pleading*, hetgeen het best is te omschrijven als de fase in het proces waarin conclusies worden genomen (in continentale terminologie dienen de *pleadings* dan ook omschreven te worden als de „conclusies” en niet als het „pleidooi”), werd in de *Judicature Acts* vormgegeven volgens de praktijk van het Engelse Admiraliteitsgerecht(39). Dit Hof had, zoals gezegd, een procedure die op het Romano-canonieke model was geïnspireerd. Bovendien kunnen de regels van de *Field Code* hun invloed hebben doen gelden. De regels

---

(36) Zie over de geschiedenis van de eis in reconventie mijn „De vordering in reconventie in Nederland en Europa” in E.H. HONDIUS e.a. (ed.), *Van Nederlands naar Europees procesrecht?!*, Deventer, 2000, 227 e.v.

(37) W. HOLDSWORTH, *A History of English Law XV* (4th ed.), Londen, 1994, 135.

(38) C.E. CLARK, „The Code Cause of Action”, *Yale Law Review* 1923-1924, 823 en S.N. SUBRIN, „David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision”, *Law and History Review* 1988, 332.

(39) HOLDSWORTH, *A History XV*, 134.

van de *Field Code* waren gebaseerd op het Romano-canonieke systeem zoals uitgewerkt in het Franse en Spaanse procesrecht. Slechts vier conclusies waren toegestaan: *complaint*, *answer*, *reply* en *demurrer* (de laatste term zou ik, hoewel de termen elkaar niet geheel dekken, willen vertalen met „exceptie”; over excepties later meer). *Reply*, dat wil zeggen een conclusie van repliek, was slechts mogelijk als de conclusie van antwoord „*new matter*” bevatte. Het doel van deze regeling was te bewerkstelligen dat de meeste zaken na de conclusie van antwoord waren afgeconcludeerd.

**30.** Ook op het gebied van appél kan worden gesproken van een naar elkaar toegroeien van het Engelse en het continentale procesrecht. Oorspronkelijk kende het *Common Law* geen appél in de zin van het onderwerpen van de zaak aan een hogere rechterlijke instantie voor een nieuwe beslissing. Dit hield verband met het feit dat in Engeland oorspronkelijk geen hiërarchische rechterlijke organisatie bestond. Daarnaast was de historische rol van de jury van belang. Hoger beroep raakte bekend in Engeland via de kerkelijke gerechten. Pas in de 19<sup>e</sup> eeuw wordt dit rechtsmiddel er algemeen beschikbaar. De *Judicature Acts* introduceerden een systeem van hoger beroep dat verdacht veel leek op het systeem van de *Field Code*. Op hetzelfde moment schaften zij, net als de *Field Code*, de oude *writ of error* af. Dit was een rechtsmiddel dat tot doel had de zaak te laten onderzoeken door een andere rechter wegens fouten in de behandeling van de zaak door de oorspronkelijke rechter, althans, voor zover die fouten uit de stukken van het geding bleken. Het nieuwe systeem van appél omvatte tevens de gevallen die vroeger onder de *writ of error* vielen(40).

**31.** De voorbeelden die ik tot nu toe heb behandeld, zouden de indruk kunnen wekken dat het continentale en het Engelse procesrecht vooral in de 18<sup>e</sup> en 19<sup>e</sup> eeuw gemeenschappelijke trekken begonnen te vertonen. Dat is niet juist. Een opmerkelijke overeenkomst tussen de procesrechten van de verschillende Europese rechtsfamilies, althans tussen de procesrechten van Frankrijk, de Nederlanden en Engeland, kan reeds worden gesignaleerd in de Middeleeuwen en de vroeg-moderne tijd. De oorsprong van deze overeenkomst, die verband houdt met de verstekregeling, is voor zover ik weet niet nader onderzocht. Het betreft de zogenoemde *essoins*. Zowel volgens

---

(40) VAN CAENEGEM, *a.w.*, 30-31 en PLUCKNETT, *a.w.*, 388.

de oude Engelse procedure als volgens het procesrecht op het continent kon een partij de negatieve consequenties van haar afwezigheid bij de behandeling van de zaak voorkomen door tijdig een bode te zenden naar het gerecht. Deze bode had tot taak *essoins* over te brengen, dat wil zeggen valide verontschuldigen voor afwezigheid. De terminologie *essoins* komen wij zowel in Frankrijk en de Lage Landen als in Engeland tegen. Hun inhoud was in beide streken ook gelijk. Valide verontschuldigen waren bijvoorbeeld het feit dat de afwezige ziek was of in het buitenland verkeerde, op dienstreis was voor de vorst, of door een overstroming of een kapotte brug het gerecht niet kon bereiken. Deze gronden voor afwezigheid gaven de betrokken partij een aanspraak op uitstel van de behandeling van de zaak. Momenteel hebben de *essoins* naar mijn inschatting slechts een historische betekenis, hoewel ik hierbij dien aan te tekenen dat op dit vlak nader onderzoek is gewenst(41).

**32.** Een ander gemeenschappelijk kenmerk van de procesrechten in Engeland en het continent, waarvan de oorsprong vooralsnog onduidelijk is maar die mogelijkwijze in de christelijke traditie dient te worden gezocht, betreft het feit dat het proces zowel in Engeland als op het continent erop gericht was (en is) arbitraire beslissingen te voorkomen. Zowel het Romano-canonieke proces en de ervan afgeleide procesrechten als het proces van het *Common Law* hadden (en hebben) tot doel dat een beslissing slechts wordt genomen nadat de feiten op zorgvuldige wijze zijn onderzocht. Het proces kan daarom zowel in Engeland als op het continent worden gedefinieerd als een queeste of zoektocht naar de waarheid (hetzij de formele dan wel de materiële waarheid). Zowel in Engeland als op het continent heerst de overtuiging dat die zoektocht het best verloopt als het proces in tegensprekelijke vorm wordt gegoten. Het proces heeft, om de Engelse terminologie te gebruiken, zowel in Engeland als op het continent een „*adversarial*” karakter, ondanks het feit dat Engelse juristen, in ieder geval vóór de door Lord Woolf geïntroduceerde hervormingen van het Engelse procesrecht, de neiging hadden om slechts hun eigen procedure als „*adversarial*” te beschouwen. Zij kenschetsten de procedure van de landen op het Europese continent nog weleens als

---

(41) Zie over *essoins* in Engeland PLUCKNETT, *a.w.*, 384; in Frankrijk A. TARDIF, *La procédure civile et criminelle aux XIIIe et XIVe siècles ou procédure de transition*, Paris, 1885 (reprint Aalen 1974), 55-56, en voor de Nederlanden Ph. WIELANT, *Practijke Civile*, Antwerpen, 1573 (reprint Amsterdam 1968), 89-91, alsmede mijn *Litigation and Legislation. Civil procedure at first instance at the Great Council for the Netherlands in Malines (1522-1559)*, Brussel, 1997, 290-291.

„*inquisitorial*” (42). Het tegensprekelijk karakter van zowel het Engelse als het continentale procesrecht blijkt echter uit het feit dat beide procesrechten (in ieder geval tijdens bepaalde fasen van het proces) de regel van de lijdelijkheid van de rechter kennen en het initiatief in de procedure veelvuldig aan partijen overlaten (43). Ik wijs hier bijvoorbeeld op het beginsel dat partijen beslissen of al dan niet over een bepaalde kwestie zal worden geprocedeerd en, tot op zeker hoogte, ook bepalen welke stappen in het proces zullen worden genomen. Bovendien bepalen partijen de inhoud van het geschil zoals dat voor de rechter wordt gebracht: de rechter is in dit opzicht afhankelijk van partijen en kan niet op eigen initiatief een ander feitencomplex tot uitgangspunt nemen voor zijn beslissing dan wel meer toewijzen dan wordt gevraagd. Dat we hier te maken hebben met opvattingen die diep in ons West-Europese denken over het procesrecht verankerd liggen, blijkt overduidelijk uit de discussies die doorheen de tijden zijn gevoerd rond de belangrijkste gebreken van het procesrecht in Engeland en op het continent. Die gebreken worden gevormd door de lange duur en de hoge kosten van het proces. Een voor de hand liggende oplossing voor deze problematiek is het vergroten van de grip van de rechter op de procedure. Het schoolvoorbeeld van wetgeving die de oplossing inderdaad in deze richting zocht, is de Pruisische wetgeving van Frederik de Grote. Succesvol kan deze wetgeving echter niet worden genoemd. Zij sloot niet aan bij de opvattingen over de rolverdeling tussen rechter en partijen die in West-Europa bestonden en nog steeds bestaan. Dit wil echter niet zeggen dat men afzag van het voorzichtig reduceren van de macht van partijen en het vergroten van de macht van de rechter. Hoewel de *Judicature Acts* het beginsel van de passieve rechter niet onderuit haalden, zien we toch dat zij aan de rechter meer macht gaven om de loop van de procedure te beïnvloeden. Ook het nieuwe Engelse procesrecht, dat in 1999 werd ingevoerd, heeft de macht van de rechter vergroot. Opvallend is in dit opzicht dat Lord Woolf, de geestelijk vader van het nieuwe procesrecht, benadrukt dat zijn regels de rechter dan wel meer macht geven, maar dat dit zeker niet betekent dat het Engelse procesrecht geen tegensprekelijk karakter meer zal hebben (44). Lord Woolf had in dit opzicht zijn historische les geleerd.

---

(42) J. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, London, 1987, 7.

(43) Zie over de geschiedenis van de „lijdelijkheid” J.M.J. CHORUS, *De lijdelijkheid van de rechter: historie van een begrip*, Deventer, 1987.

(44) *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, London, 1995; *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, London, 1996.

De geschiedenis toont immers aan dat voorzichtigheid op dit gebied is geboden.

### III. Pogingen om een efficiënte procedure vorm te geven en redenen voor het al dan niet slagen van deze pogingen

33. Ik kom toe aan de tweede wijze waarop de geschiedenis van het procesrecht kan bijdragen aan het vormgeven van een geharmoniseerd burgerlijk procesrecht voor het Europa van de toekomst, namelijk door het aandragen van gezichtspunten betreffende de vraag hoe een efficiënte procedure kan worden vormgegeven. Ik wil het nut van de rechtsgeschiedenis op dit vlak adstrueren aan de hand van de geschiedenis van het leerstuk der excepties<sup>(45)</sup>.

34. Excepties kunnen naar huidig recht worden omschreven als verweermiddelen die niet zijn gericht op het bestrijden van de eis zelf, maar op het naar voren brengen van omstandigheden die maken dat de eis niet kan worden toegewezen, zelfs indien de eiser slaagt in het bewijs van de feiten die aan de eis ten grondslag liggen. Voorbeelden zijn het verweer dat de rechter niet bevoegd is of het verweer dat de eiser de verkeerde persoon als gedaagde in het proces heeft betrokken. Excepties vinden hun oorsprong in het Romeinse formula-proces. Daar vervulden zij echter een geheel andere functie dan tegenwoordig. Aangezien de functie van excepties in het formula-proces niet van belang is voor de rol van excepties in het moderne procesrecht, zal ik mij hier bepalen tot de excepties in een latere Romeinse procesvorm, het zogenoemde cognitie-proces, dat ten tijde van keizer Justinianus als de standaardprocedure kan worden omschreven. In het cognitie-proces vervullen excepties voor het eerst een rol die vergelijkbaar is

---

(45) Het nu volgende is in belangrijke mate gebaseerd op mijn „'Exceptiones dilatoriae' and 'peremptoriae': from Roman Law to modern civil procedure in the Netherlands" in L. DE LIGHT e.a. (ed.), *Viva Vox Iuris Romani*, Amsterdam, 2002, 297 e.v. Voor traagheid en pogingen om het proces te versnellen in het verleden in het algemeen, zie mijn „'Oms tegenwoordig sukkelproces'. Nederlandse opvattingen over de toekomst van het burgerlijk procesrecht rond 1920", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2000, 331 e.v.; „Snelheid en efficiency in hoger beroep (civiele procedures, 16e eeuw)" in R. HUIJBRECHT (ed.), *Handelingen van het tweede Hof van Holland Symposium gehouden op 14 november 1997 in de Trêveszaal te Den Haag*, Den Haag, 1998, 21 e.v. en „De traagheid van de civiele procedure: een eeuwenoud fenomeen" in B.C.M. JACOBS (ed.), *De rechtspraktijk in beeld. Van Justinianus tot de Duitse bezetting*, Tilburg, 1997, 57 e.v. Zie ook J. DE DAMHOUDER, *Practycke in civile saecken*, Den Haag, 1626 (in het bijzonder de „Oratie des autheurs, van de inslockinghe der processen", die voor in het werk is afgedrukt). Een prachtige facsimile-uitgave van het tractaat van De Damhouder werd in 1999 exclusief voor de abonnees van het *Tijdschrift voor Privaatrecht* aangemaakt ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van dit tijdschrift.

met hun rol in het moderne procesrecht, ook wat betreft de volgorde waarin het verweer dient te worden voorgesteld. Over die volgorde wil ik het hier in het bijzonder hebben.

**35.** In het late cognitie-proces werden excepties onderverdeeld in drie groepen. Er waren procesrechtelijke, dilatoire en peremptoire excepties (een voorbeeld van een procesrechtelijke exceptie is het verweer dat de rechter onbevoegd is; een voorbeeld van een dilatoire exceptie is het verweer dat de schuld nog niet opeisbaar is, terwijl het verweer van *res iudicata* mag gelden als een voorbeeld van een peremptoire exceptie). Deze onderverdeling heeft wortels in het formula-proces, maar deze procesvorm zal ik, zoals gezegd, niet bespreken aangezien dit voor een goed begrip van wat komen gaat minder van belang is. De situatie in het cognitie-proces ten tijde van keizer Justinianus is wel van belang. Toen was de situatie aldus dat procesrechtelijke excepties vóór de litiscontestatie, dat wil zeggen in het begin van de procedure, voorgesteld en bewezen dienden te worden. Wat betreft de dilatoire excepties gold als regel dat ook zij vóór de litiscontestatie dienden te worden voorgesteld, maar dat zij pas bewezen behoeften te worden nadat de eiser zijnerzijds bewijs had geleverd van zijn stellingen. Peremptoire excepties konden doorheen de ganse procedure worden voorgesteld. Deze regeling heeft haar weerklink gevonden in het burgerlijk procesrecht van de verschillende Europese landen via het Romano-canonieke procesrecht. Ook in dit procesrecht gold uiteindelijk als hoofdregel dat het verweer slechts in een welbepaalde volgorde diende te worden voorgesteld. Deze volgorde was: eerst de procesrechtelijke excepties (die inmiddels werden geclassificeerd als een onderdeel van de grotere groep dilatoire excepties en die werden aangeduid met een eigen naam, namelijk als declinatoire excepties), dan de (overige) dilatoire excepties, vervolgens de peremptoire excepties en pas daarna het verweer ten principale. De gedachte was dat hiermee werd voorkomen dat partijen onnodig energie verspilden en daardoor de procedure tot een langdurige en kostbare gebeurtenis zouden maken. Immers, als de regel zou zijn dat het gehele verweer tegelijkertijd diende te worden voorgesteld, moesten partijen zich in alle *ins* en *outs* van de zaak verdiepen, zelfs als dit door het slagen van een exceptie achteraf niet nodig bleek te zijn. Dit nu werd voorkomen door het hanteren van de hierboven genoemde volgorde van voorstellen en beslissen van het verweer. Deze volgorde bracht met zich dat punten die logischerwijze vooraf dienden te worden beslist, zoals bijvoorbeeld de vraag naar de bevoegdheid van de rechter, ook in het begin van het proces, en wel afzonderlijk, aan bod konden komen.

**36.** In theorie werkte het hier beschreven systeem goed, maar in de praktijk gaf de mogelijkheid tot het afzonderlijk opwerpen van excepties aanleiding tot ernstig misbruik. Immers, over de verschillende excepties diende afzonderlijk te worden beslist, en de verweerder kon dientengevolge het proces ernstig vertragen door het eindeloos achter elkaar voorstellen van excepties, zelfs als deze excepties in het geheel geen kans van slagen hadden. Deze tactiek raakte in latere periodes bekend als „exceptiënmakerij”. Talrijk waren dan ook de pogingen om aan dit misbruik een halt toe te roepen. Zo verordonneerde men reeds vroeg dat excepties van eenzelfde soort tezamen dienden te worden voorgesteld. Of deze maatregel het gewenste soelaas bood, mag echter worden betwijfeld. In de noordelijke Nederlanden trachtte men de zaak dan ook drastischer aan te pakken door te bepalen dat slechts een aantal met name genoemde excepties voorafgaand aan het verweer ten principale mocht worden voorgesteld, terwijl alle andere excepties, of zij nu in het verleden als declinatoir, dilatoir of peremptoir waren gekwalificeerd, met dit verweer verenigd dienden te worden. Deze aanpak treffen wij aan in ontwerp-wetgeving uit de periode 1799-1819(46). Aangezien het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering uit 1838 deze aanpak niet volgde maar dicht bij het Franse wetboek van burgerlijke rechtsvordering aansloot, mag het niet verwonderlijk heten dat in Nederland op zeker moment nieuwe maatregelen vereist waren om misbruik tegen te gaan. Bedoelde maatregelen werden getroffen door de zogenoemde Lex Hartogh uit 1897(47), die wijzigingen doorvoerde in het procesrechtelijk wetboek van 1838. Als gevolg van de Lex Hartogh bepaalt het huidige Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering dat alle excepties met het (eerste) verweer ten principale verenigd dienen te worden. Excepties die op dat moment niet zijn voorgesteld, kunnen niet op een later tijdstip alsnog worden bijgebracht. Opvallend is dat de oorspronkelijke regel, waarbij de excepties afzonderlijk, de een na de ander, konden worden geïntroduceerd, zijn oorsprong vindt in de wens het proces te verkorten, terwijl in 1897 werd gekozen voor de omgekeerde regeling maar met uitdrukkelijk hetzelfde doel.

---

(46) Zie over deze ontwerp-wetgeving in het algemeen mijn „Pogingen tot codificatie van het burgerlijk procesrecht in de Lage Landen bij de Zee (1798-ca. 1819). Naar een 'oudvaderlandse' procedure in de traditie van het *ius commune*?” in *Pro Memoria. Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden*, 2003 (ter perse).

(47) Zie *De wet van 7 juli 1896 (Stbl. No. 103) tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering toegelicht door Mr. A.F.K. Hartogh en Mr. C.A. Cosman*, 's-Gravenhage, 1897.

37. Overigens betekende de Lex Hartogh niet dat de traditionele verdeling van excepties in declinatoire, dilatoire en peremptoire verweermiddelen verleden tijd was. Kort na de introductie van deze wet diende de Hoge Raad der Nederlanden namelijk te beslissen over de vraag of peremptoire excepties ook aan de regel van gelijktijdige introductie met het (eerste) verweer ten principale waren onderworpen. De Hoge Raad besliste van niet en stelde de peremptoire excepties effectief gelijk aan verweer ten principale(48). Dit arrest bracht in de praktijk met zich dat deze excepties werden onderworpen aan de regel, dat voor zover er in eerste instantie enig verweer ten principale was gevoerd, op een later tijdstip altijd verder verweer ten principale mocht worden voorgesteld. Door deze gelijkstelling aan het verweer ten principale bleek de rol van de peremptoire excepties te zijn uitgespeeld want zij verdwenen als categorie uit de handboeken. Ook de onderscheiding tussen declinatoire en dilatoire excepties raakte op de achtergrond. Desalniettemin speelt deze onderverdeling naar mijn smaak een rol in een arrest dat in 1993 door de Hoge Raad werd gewezen(49). Het lijkt erop dat dit arrest zich impliciet keerde tegen de categorie van de dilatoire excepties. Immers, de Hoge Raad besliste dat als excepties in de zin van artikel 141 oud Rv (huidig artikel 128 Rv) slechts procedurele wesen kunnen worden beschouwd. Aangezien procedurele wesen traditioneel worden beschouwd als declinatoire excepties, betekent deze uitspraak in de praktijk het einde van de dilatoire excepties (een categorie die overigens noch in de wet noch in de handboeken meer met deze benaming wordt aangeduid; er wordt kortweg gesproken van „excepties”).

38. Kennis van de geschetste ontwikkelingsgang in Nederland kan in het debat over de harmonisering van procesrecht in Europa nuttige gezichtspunten opleveren. Zo verdient het geen aanbeveling het onderscheid tussen categorieën van excepties, dat in andere landen – ik denk bijvoorbeeld aan de wijze waarop de nieuwe procesrechtelijke wetgeving van Spanje wordt uitgelegd(50) — nog altijd wordt gemaakt, te handhaven. Dit onderscheid leidt slechts tot verwarring. Zelfs een onderscheid tussen „excepties” in de zin van procedurele verweermiddelen en verweer ten principale, zoals het huidige en ook

---

(48) HR 6 mei 1904, *W* 8063.

(49) HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 374. Zie ook de conclusie bij dit arrest van de toenmalige A-G ASSER, alsmede zijn artikel „Rechtsvordering, de geschiedenis voorbij?” in M.E. FRANKE e.a. (ed.), *Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht* (BW-krant jaarboek 1994), Arnhem, 1994, 46-48.

(50) Vergelijk *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, art. 405.



het toekomstige Nederlandse procesrecht kent, lijkt geen navolging te verdienen. Beter is het af te zien van aanduiding van een bepaalde groep verweermiddelen met een generieke naam en kortweg de verweermiddelen waarvoor bijzondere regels gelden met hun eigen, bijzondere naam aan te duiden (bijvoorbeeld: „verweer van onbevoegdheid” en „verweer van beraad”). Classificatieproblemen worden hiermee voorkomen. Tevens verdient het in het licht van de ontwikkelingen uit het verleden aanbeveling, het aantal verweermiddelen dat afzonderlijk kan worden voorgesteld te beperken. Theoretisch gezien mag de Romano-canonieke regeling van de excepties haar voordelen hebben, in de praktijk van de afgelopen eeuwen is gebleken dat deze regeling niet het beoogde effect heeft gehad.

#### **IV. Besluit**

**39.** Ik hoop U met het uitspreken van deze rede te hebben overtuigd van het nut van de rechtsgeschiedenis bij bestudering van het moderne procesrecht, meer in het bijzonder bij het bestuderen van vraagstukken die verband houden met harmonisering van het burgerlijk procesrecht in de Europese Unie. Als dit het geval is, verlaat ik de Aula van deze universiteit als een gelukkig man. Van vertrek uit deze aula kan echter geen sprake zijn zonder het uitspreken van enige woorden van dank.

**40.** Mijn dank gaat in de eerste plaats uit naar de redactieraad en de redactie van het *Tijdschrift voor Privaatrecht* en in het bijzonder naar professor Marcel Storme. Ik ervaar het als een eer dat U deze wissel-leerstoel aan mij hebt toegekend.

**41.** In de tweede plaats spreek ik mijn welgemeende dank uit jegens het bestuur en de wetenschappelijke staf van de Gentse Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Ik ben U erkentelijk voor het feit dat U mij zo hartelijk in uw midden hebt opgenomen. Het is voor mij een groot genoegen enige tijd hier in Gent werkzaam te mogen zijn.

**42.** Een aantal Gentse collega's wil ik in het bijzonder dank zeggen, in de eerste plaats mijn goede vriend Dirk Heirbaut, die het plan opvatte om mij voor de TPR-leerstoel voor te dragen. Tevens dank ik collega en vriend George Martijn en collega en vriend Piet Taelman, die de voordracht mede hebben willen steunen. Het is voor mij een

groot genoeg gedurende mijn verblijf in Gent nauw met U te kunnen samenwerken en ik hoop en vertrouw erop dat deze samenwerking ook na mijn vertrek uit Gent zal worden gecontinueerd. Ik twijfel daar eigenlijk niet aan. Ik kan met recht zeggen dat de reeds bestaande banden met Gent door mijn verblijf alhier nog nauwer zijn aangehaald.

**43.** Mijn dank gaat tevens uit naar de overige leden van het Instituut voor Rechtsgeschiedenis en het Instituut voor Procesrecht voor de hulp en vriendelijkheid die ik van hen heb ondervonden. De afgelopen periode is vanuit zowel wetenschappelijk als vriendschappelijk oogpunt zeer vruchtbaar geweest en ik ben ervan overtuigd dat dit ook zal gelden voor de tijd die komen gaat. In het bijzonder dank ik mevrouw Annie d'Olieslager voor de administratieve ondersteuning.

**44.** Last but not least wil ik de studenten danken. Tot U heb ik mij in mijn les eerst en vooral gericht. Ik ben U dank verschuldigd voor de aandacht waarmee U mijn lessen hebt gevolgd alsmede voor de waardevolle opmerkingen die U naar aanleiding van deze lessen hebt gemaakt. Mijn eigen faculteit, die van Maastricht, is een groot aantal Belgische studenten rijk en ik ken dus reeds veel van uw landgenoten. Ook hier in Gent ervaar ik de wetenschappelijke omgang met Belgische studenten als een verrijking. Ik hoop van harte dat ik bij U enige belangstelling heb gewekt voor Nederland en ik hoop dat U in het kader van toekomstige uitwisselingsprojecten de gang naar Maastricht eens zult maken. Ik zal U daarbij zeker van dienst willen zijn.

Ik heb gezegd.