

men voor verschillende soorten van zaken (bijvoorbeeld eenvoudig, normaal en moeilijk). Ik heb ter vergadering van de NVvP bepleit dat deze indeling beter door de rechter 'op maat' kan geschieden, omdat een regeling voor de indeling van zaken op voorhand niet gemakkelijk te maken is. Aan Vranken geef ik echter graag toe dat het dan onzeker is wat ervan terecht komt. Vooral voor eenvoudige zaken zou een eenvoudig regiem weldadig kunnen werken.

Tot besluit merk ik voor alle duidelijkheid nog eens op dat, zoals Van den Reek in zijn proefschrift laat zien, de rechtspraak in de loop der jaren een uitgebalanceerd stelsel van

regels heeft opgebouwd waarin de bevordering van de waarheidvinding in het civiele procedure centraal staat. Het civiele procesrecht is bovendien in hoge mate gedefformeerd en het staat niet in de weg aan voortvarend procederen. De uitgangspunten zijn dus gunstig. Dat het desondanks niet is gelukt de klachten over de traagheid en ondoelmatigheid ervan weg te nemen, zou iets kunnen zeggen over de wijze waarop het in de praktijk wordt beoefend. Hoog tijd dus voor verandering. □

A. Hammerstein
(raadsheer in de Hoge Raad)

Tien eeuwen privaatrecht: vijf markante geschriften

De redactie van dit blad heeft haar medewerkers uitgenodigd om de – in hun ogen – vijf meest markante geschriften uit het laatste millennium aan te duiden. De enige beperking is dat het een juridisch geschrift betreft of een geschrift dat een immense invloed heeft gehad op de juridische denkwereld.

De verleiding is groot om een vijftal niet-vakjuridische publicaties te kiezen. Bordewijks *Karakters* bijvoorbeeld, en Dickens' *Bleak House* of *Pickwick Papers*, Dostojewski's *Gebroeders Karamazow* of *Schuld en boete*, Kafka's *Der Prozess* en Shakespeare's *The Merchant of Venice*¹. Ik houd het echter op het eerste en zal vijf juridische boeken noemen waarvan ik met veel genoegen kennis heb genomen en die mij nog steeds boeien. De keuze is in die zin niet representatief, dat op mijn vakgebied – het (Europees) privaatrecht – niet het Engels en het Frans, maar het Duits en Italiaans de meest gangbare talen zijn. Maar het merkwaardige feit doet zich voor dat Duitstalige boeken in een Engelse vertaling vaak beter lezen dan in de oorspronkelijke tekst. Dat geldt voor de bekende *Einführung in die Rechtsvergleichung* van Zweigert en Kötz², en ook voor het hieronder genomene boek van Stein. Opvallend is dat Duits- en ook Italiaanstaligen zich soms bij voorkeur in een andere taal uitdrukken – zie bijvoorbeeld Zimmermann's *Law of Obligations*³, respectievelijk Ranieri's *Europäisches Obligationenrecht*⁴. Ik heb voorts nagelaten om mij te veel op vakgebieden van anderen te begeven. Niet valt te ontkennen dat ook mijn denken is beïnvloed door Rawls' *A Theory of Justice*⁵.

En *The Constitution of Europe* van Weiler⁶ vind ik een inspirerend boek, maar of het grensverleggend is kan ik niet echt beoordelen. Ten slotte heb ik ook niet heel simpel gekozen voor een van de drie Nederlandse inleidingen tot het (privaat)recht, van Lange-meijer, bewerkt door Schrage⁷, van Scholten, aan-

gevuld door Vranken⁸, of van Wiarda, bewerkt door Koopmans⁹. Evenmin heb ik de gemakkelijke weg gekozen van een verwijzing naar mooie verzamelbundels zoals *Philosophical Foundations of Tort Law*¹⁰ of van biografieën van bekende juristen, zoals die over More¹¹ en Ulpianus¹². De spanning is nu opgevoerd – tijd voor de nominaties.

1. Opkomst en verval van de contractvrijheid

'Totaalvoetbal' heette de strategie waarmee het Nederlands voetbalelftal in het begin van de jaren zeventig furore maakte. Het is een omschrijving die in gedachten komt, wanneer men *The Rise and Fall of Freedom of Contract* van de Engelse hoogleraar Atiyah (*Accident, Compensation and the Law, The Sale of Goods, Vicarious Liability in the Law of Torts*) ter hand neemt. In dit boek behandelt Atiyah 'the history of one of the great intellectual movements of modern times', de contractvrijheid. De auteur neemt de draad omstreeks 1770 op en breekt haar twee eeuwen later af. Een tweede deel over de theorie van het contractenrecht anno 1980 wordt ons in het vooruitzicht gesteld, maar dit is er – wellicht vanwege ziekte van de schrijver – niet (van) gekomen.

Wat bestempelt *The Rise and Fall of Freedom of Contract* tot zo'n bijzonder boek? Dat is in mijn ogen de totale beheersing die de schrijver heeft over aan het recht gelieerde disciplines. Wie inzicht wil hebben in het heden, dient zich

daartoe te verdiepen in het verleden. Maar welk verleden is dat: waar komt de huidige regel vandaan? Rechtshistorici bepalen zich soms tot een louter formele beantwoording van deze vraag: welke schrijver, welk rechtscollege, welk wetgevend lichaam heeft de regel voor het eerst toegepast of geformuleerd, hoe is zij doorgegeven of gecodificeerd? Meer

*Indien men zelf agnosticus is en
desondanks bevreesd is voor de verbreiding
van het ongelooft onder 'het lagere volk',
komt dat op ons als hypocriet over.*

inzicht wordt al gegeven door die schrijvers die de ontwikkeling van een rechtsregel plaatsen in de context van hetzij de sociaal-economische, hetzij de filosofische, hetzij de politieke stromingen van het betrokken tijdvak.

Atiyah plaatst de ontwikkeling van het verval van de contractvrijheid niet in het kader van één van deze disciplines – hij betreft ze alle in zijn verhaal. Daarmee bedrijft hij een vorm van 'totaalrechtsgeschiedenis'. Hiermee is 'The Rise and Fall of Freedom of Contract' een van de meest interessante historische beschouwingen van de jaren zeventig.

Een plezierige bijkomstigheid is dat Atiyah een prettige schrijfstijl heeft. Steeds worden de grote lijnen afgewisseld met anecdotes¹³. Over de (on)veiligheid van Londen bij voorbeeld: 'In 1753 the King himself had been relieved of his watch, money, and shoe buckles while strolling alone in the gardens of Kensington Palace'¹⁴.

Wat mij voorts treft, is het oog dat de auteur heeft voor de omstandigheden van ieder tijdperk dat hij beschrijft. Indien men zelf agnosticus is en desondanks bevreesd is voor de verbreiding van het ongeloof onder 'het lagere volk', komt dat op ons als hypocriet over. Niet op Atiyah, die als verzachtende omstandigheid onder meer aanvoert dat 'de hogere klassen' ervan overtuigd waren dat een opvoeding in Christelijke waarden noodzakelijk was om de sociale vrede in het land te handhaven.

Een punt van kritiek slechts. Atiyah beperkt zijn relaas tot Engeland. Weliswaar acht hij het aannemelijk dat veel van wat hij beschrijft ook geldt voor andere *common law* stelsels en voor Schotland, maar aan een vergelijking met de ontwikkeling op het vasteland van Europa komt hij niet toe. Wellicht is het daarom dat weinigen er hier nog naar verwijzen¹⁵.

(P S Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford: Clarendon, 1979, 791 p.).

2. Marokkaans familierecht

In dit blad is onlangs het proefschrift ter discussie gesteld¹⁶. Namens de redactie trekt J.M. Barendrecht de kwaliteit van de Nederlandse dissertaties in twijfel. Het lijkt er op alsof de redactie geen kennis heeft kunnen nemen van een aantal uitstekende proefschriften. Van de dissertaties van deze jaargang noem ik die van Hesselink¹⁷ en Du Perron¹⁸. Eén proefschrift wil ik bij wege van voorbeeld nader bij de lezer introduceren. Mijn keuze is gevallen op de Leidse dissertatie *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko* van Buskens¹⁹. Zoals de auteur in zijn Voorwoord uiteenzet 'is dit boek met name bedoeld als handboek voor juristen, ambtenaren, hulpverleners en anderen die in de praktijk geconfronteerd worden met vragen en geschillen betreffende Marokkaans familierecht en familielevens'²⁰.

Het boek geeft een goed inzicht in verschijnselen die ons onsympathiek voorkomen als eenzijdige verstoting. Maar ook in geheimzinnige functionarissen zoals de *udul*, en dito gebouwen zoals het *adoulair complex*. Ziehier een beschrijving van dit laatste:

■ In het hart van het oude centrum van Salé, tussen aan de ene zijde de flonkerende straat van de goudverkopers en verhuurders van juwelen en kleding voor de bruid, en aan de andere kant de ruwere, meer boerse drukte van de wolmarkt, bevindt zich een oud gebouwencomplex. Aan de buitenzijde zien we slechts blinde muren waarin twee poor-

ten een opening vormen, een aan de zijde van de wolmarkt, de ander aan de zijde der goudsmiden. Boven de poort staat in een in traditionele Moorse stijl uitgevoerd tegeltableau 'rechtbank van de adoulaire rechter'. Het tegeltableau wordt geflankeerd door een Marokkaanse vlag, met de vijf-puntige ster als symbool van de overheid, die eruitziet alsof ze er al jaren hangt. Wanneer we voldoende moed hebben verzameld om dit van buiten zo ongestuvige perceel te betreden, worden we hiervoor binnen ten volle beloond. We staan dan oog in oog met een klassieke Arabische binnenplaats met fraaie tegels en mozaïeken, omzoomd door arcaden. Op de begane grond, die men betreedt vanaf de goudmarkt, zetelen de *udul* twee aan twee in kantoortjes die elk niet veel meer dan tien vierkante meters beslaan. Binnen is juist genoeg plaats voor een of twee schrijftafels en een bankje waarop de klanten kunnen plaatsnemen. Op de eerste verdieping, waar men binnenkomt vanaf de wolmarkt, is het kantoor van de heer en meester van deze plaats, de adoulaire rechter. Hier bevindt zich ook de griffie waar alle registers en documenten bewaard worden. ■

Hoe groot is de tegenstelling tot het gebouw waar de rechtbank van eerste aanleg zetelt:

■ Dit sprookjesachtige gebouw (het zojuist beschreven gebouw van de adoulaire rechter, *EH*) vormt een scherp contrast met de rechtbank van eerste aanleg die aan de rand van het nieuwe stadsdeel ligt. Dit is een fantasieloos rechthoekig blok in zakelijke postkoloniale stijl. In plaats van de koopgrage drukte waardoor pakezels en kruiers zich een weg dringen in de smalle stegen van de binnenstad, is er het moderne lawaai van een doorgaande verkeersweg vol bussen, vrachtauto's en bromfietzers. ■

Een prachtige beschrijving? Het boek van Buskens is ten slotte mooi uitgegeven en zelfs verlucht met een aantal foto's.

(Léon Buskens, *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam: Bulaaq, 1999, 674 p.).

3. Een man met stijl: Lord Denning

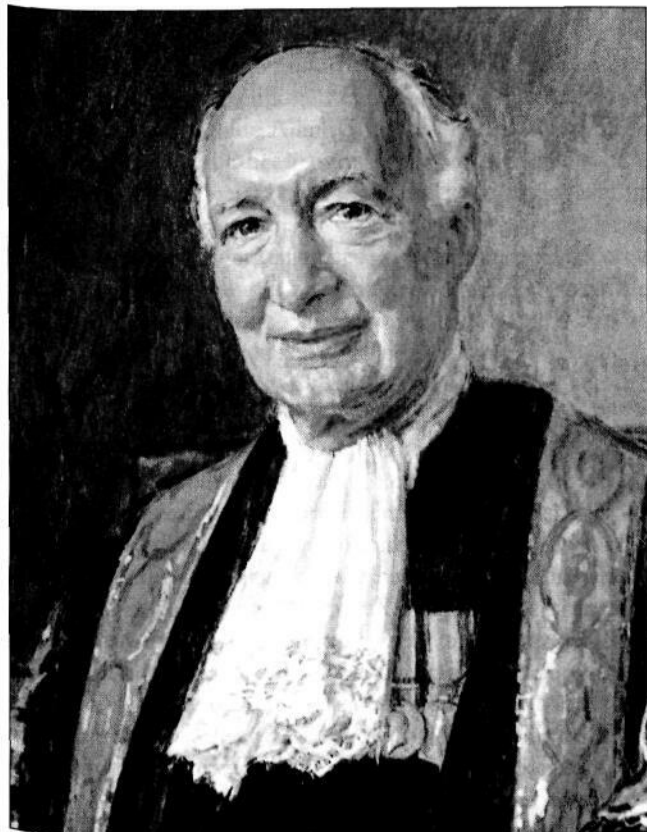
Drie eeuwen heeft hij net niet gehaald, maar het heeft niet veel gescheeld. Dit jaar overleed Lord Denning, voormalig *Master of the Rolls*, geboren in de 19e eeuw. Reeds bij leven was Denning²¹ een legende. Die berustte op zijn moedige uitspraken, vaak in hoger beroep vernietigd ('overruled'²²) beroemde dicta en misschien nog wel het meest zijn prachtige schrijfstijl. We vinden deze terug in zijn vele boeken, waarvan de meeste zijn gepubliceerd toen de schrijver de tachtig al was gepasseerd. En ook in zijn beroemde uitspraken: 'It was bluebell time in Kent' Een voorbeeld, uit vele:

■ In summertime village cricket is the delight of everyone. Nearly every village has its own cricket field where the young men play and the old men watch. In the village of Lintz in County Durham they have their own ground, where they have played these last 70 years. They tend it well. The wicket area is well rolled and mown. The outfield is kept short. It has a good club house for the players and seats for the onlookers. The village team play there on Saturdays and Sundays. They belong to a league, competing

with the neighbouring villages. On other evenings after work they practice while the light lasts. Yet now after these 70 years a judge of the High Court has ordered that they must not play there any more. He has issued an injunction to stop them. He has done it at the instance of a newcomer who is no lover of cricket. This newcomer has built, or has had built for him, a house on the edge of the cricket ground which four years ago was a field where cattle grazed. The animals did not mind the cricket. But now this adjoining field has been turned into a housing estate. The newcomer bought one of the houses on the edge of the cricket ground. No doubt the open space was a selling point. Now he complains that when a batsman hits a six the ball has been known to land in his garden or on or near his house. His wife has got so upset about it that they always go out at weekends. They do not go into the garden when cricket is being played. They say that this is intolerable. So they asked the judge to stop the cricket being played. And the judge, much against his will, has felt that he must order the cricket to be stopped: with the consequence, I suppose, that the Lintz Cricket Club will disappear. The cricket ground will be turned to some other use. I expect for more houses or a factory. The young men will turn to other things instead of cricket. The whole village will be much the poorer. And all this because of a newcomer who has just bought a house there next to the cricket ground²³. ■

Er is – na deze expositie van de feiten – niet veel fantasie voor nodig om te raden hoe het met het vonnis van de lagere rechter afliep²⁴.

(Lord Denning, *Landmarks in the Law*, London: Butterworths, 1984, 394 p.).



Portret van Lord Denning (1899-1999), Master of the Rolls, door Michael Noakes.

4. De Discours préliminaire

Op de eerste dag van de maand *pluvieuse* van het jaar IX (21 januari 1801) stelde Tronchet, voorzitter van de commissie tot voorbereiding van een *Code civil*, aan de eerste consul van de Franse republiek de ontwerp-tekst van een burgerlijk wetboek ter hand²⁵. Dit ontwerp, dat al in 1804 in werking zou treden, bevat een beroemde voorrede van de hand van Portalis. Deze *discours préliminaire* bevat zoveel zinsneden die ook nu nog hun waarde hebben, dat men haar een plaats toe zou wensen in een bundel 'Grote teksten van het privaatrecht'. Een gebrek aan plaatsruimte belet mij de gehele rede hier af te drukken. In plaats daarvan geef ik twee beroemde citaten:

■ Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites, les hommes, au contraire, qui ne se reposent jamais, ils agissent toujours, et ce mouvement, qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau²⁶. ■

En:

■ Les codes des peuples se font avec le temps mais, à proprement parler, on ne les fait pas²⁷. ■

(Jean Etienne Marie Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in: F. Portalis (red.), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil de J E M Portalis*, Paris: Joubert, 1844).

5. Terug naar de bronnen

We kunnen er niet omheen. Het Romeinse recht is en blijft de basis van ons juridisch denken. In mijn studententijd las ik al met veel plezier de 'dikke' Van Oven. Later kwam het prachtige boek van Zimmermann. Beide auteurs staan met een been in het verleden en met een in het heden. Dat geeft hun boeken zo'n grote waarde. Nu nog sla ik graag Zimmermann op als het er om gaat even na te zien wat ook weer de Romeinsrechtelijke grondslagen van bijvoorbeeld het kooprecht waren. Voor de uitwendige rechtsgeschiedenis gaat mijn keus uit naar *Roman Law in European History* van Peter Stein. Wie het moderne faculteitsgebouw van de Cambridge Faculty of Law bezoekt, zal daar behalve door de moderne lijnen van Norman Foster's architectonische schepping worden getroffen door een merkwaardige houten stelling die bedoeld lijkt voor een 19e eeuwse verkeersagent. Het blijkt bij nader inzien de stoel waarin de *Regius Professor of Civil Law* in Cambridge zijn colleges gaf. Aan dit prototype van de leerstoel moet ik denken bij het zien van de eerbiedwaardige titel van de positie die Stein in Cambridge bekleedde.

Een andere anecdote die zich aandient: ik heb zo'n lang boek geschreven omdat ik geen tijd had een kort boek te schrijven. Stein weet in minder dan 140 pagina's op een kleine bladspiegel, zonder dat het notenapparaat en de verwijzing naar verdere literatuur er onder lijden, een synopsis te geven van vijftienghonderd jaar rechtsgeschiedenis. Dit in enkele regels samen te vatten, is mij niet gelukt. Wel

kan ik enkele opschriften van de in totaal 45 paragrafen noemen om zo toch een indicatie te geven van de inhoud van het boek: Legal development by interpretation, The praetor and the control of remedies, The ordering of the law, Civil law and custom, The civil law becomes a science, Theory and practice in the Netherlands, Pothier and the French Civil Code, Pandect-science and the German Civil Code. Aan het slot van zijn boek ziet de auteur in het nieuwe verenigd Europa weer enige hoop voor zijn zo bedreigde vakgebied:

■ the idea that European Community law is in some sense not a new thing but a renewal of a cultural legal unity, which once covered the whole continent, has sparked interest in what is described as 'the civilian tradition'. This study traces the development of legal doctrines from Justinian's law up to the modern codes and brings out the contributions from scholars of different countries to that development. The result of such studies has brought into relief the extent to which legal notions worked out by the Romans have usually survived, in a recognisable form, all the changes imposed on them by those seeking to adapt them for current needs²⁸. ■

(Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, 137 p.). □

E.H. Hondius

(hoogleraar burgerlijk recht Universiteit Utrecht)

1. Zie voor meer voorbeelden Philippe Malaurie, *Droit & Littérature*, Paris: Cujas, 1997 en Richard A Posner, *Law and Literature/A Misunderstood Relation*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1988. Malaurie noemt buiten de reeds door mij genoemde schrijvers nog Balzac, Bossuet, Cervantes, Corneille, Descartes, France, Hugo, Kipling, La Bruyère, La Fontaine, Malraux, Maupassant, Molière, Montaigne, Proust, Racine, Rousseau, Tolstoj en Voltaire. Posner noemt voorts Brecht, Chaucer, Cooper, Dante, Faulkner, Marlowe, Melville, Twain en een reeks andere auteurs.

2. Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, derde druk, Tübingen: Mohr, 1996. De Engelse vertaling is van de (meester)hand van Tony Weir.

3. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Kaapstad: Juta 1990, 1241 p.

4. Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht/Lehr- und Textbuch*, Wien: Springer 1999, 280 p.

5. John Rawls, *A Theory of Justice*, London: Oxford University Press, 1971.

6. J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.

7. G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, zesde druk door E.J.H. Schrage, Zwolle: W E J Tjeenk Willink 1994.

8. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Algemeen deel **, Zwolle: W E J Tjeenk Willink 1995.

9. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, vierde druk door T. Koopmans, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, 150 p.

10. David G. Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon, 1995.

11. Peter Ackroyd, *The Life of Thomas More*, London: Chatto & Windus 1998.

12. T. Honoré, *Ulpian*, Oxford: Oxford University Press 1982.

13. Deze techniek is vervolmaakt door Norman Davies, in zijn 'Europe/A History (Oxford: University Press 1996).

14. P. 23.

15. In de recente bundel *Contractvrijheid* (T. Hartlief, C.J.J.M. Stolker, red., Deventer: Kluwer 1999, 566 p.) trof ik zelfs geen enkele verwijzing naar Atiyah aan (hopelijk heb ik het bij het verkeerde eind).

16. NJB Salon: 'Het proefschrift ter discussie' vrijdag 12 november 1999, NJB 1999, p. 1185-1186.

17. M.W. Hesselink, *Redelijkheid en billijkheid in het Europees privaatrecht*, (diss Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.

18. C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, (diss UvA), Deventer: Kluwer 1999.

19. Verdedigd in 1993, de handelseditie dateert van 1999.

20. P. xviii.

21. Britse Lords schijnen geen voornaam te bezitten.

22. Bij de aankondiging van zijn besluit om als rechter af te treden publiceerde de *Times* een cartoon waarop een barrister het nieuws aan zijn collega meldt. Het antwoord van de collega: 'I expect he will be overruled'.

23. Het citaat is te vinden in Lord Denning, *Landmarks in the Law*, London: Butterworths 1984, p. 370.

24. Miller v Jackson, [1977] QB 966.

25. Zie Edouard Leduc, *Portalis 1746-1807*, Neuilly-sur-Seine: Panthéon 1991.

26. Discours préliminaire, p. 7.

27. P. 14-15.

28. P. 130.

De top-5 van het sociaal recht

In haar verzoek om een persoonlijke top 5 van de meest markante geschriften uit het laatste millennium heeft de redactie de auteurs een sterk begrensde vrijheid gelaten. Die heb ik aldus menen te moeten opvullen, dat ik gekozen heb voor een gemengd subjectieve/objectieve aanpak. Ik ben op zoek gegaan naar een top 5 van boeken, juridisch of niet, welke volgens mij (subjectief) een immense invloed hebben gehad (objectief) op de vorming van het sociaal recht.

Daarbij heb ik mij beperkt tot het sociaal recht van de laatste twee honderd jaar. Duizend, vijfhonderd, ja driehonderd jaar geleden was er ook wel sociaal recht, maar dat was van zo'n ander kaliber dan het huidige en is nu ook zozeer

passé, dat ik mij maar heb onthouden van een speurtocht naar de geschriften, die daarop van invloed zijn geweest. Geen van de 5 geschriften, die ik hierna ga nomineren, is een echt juridisch geschrift. Ze zijn meer van filosofische, theologische, politieke, economische, c.q. bestuurlijke aard. Maar voor het sociaal recht geldt nu eenmaal, dat het – naar een woord van Lubbers – 'gestolde sociale politiek' is, gebaseerd op filosofisch, theologisch en politiek gedachtengoed en voortvloeiend uit de economisch-bestuurlijke theorieën. Uit die bronnen is het sociaal recht voortgevloeid. De juristen mochten hooguit de vormgeving verzorgen en er achteraf wat didactiek en interpretatie-denken bij geven. Dat klinkt bescheiden, maar het is mijns inziens wel de re-