

# Essay inzake de verschillende benadering van procedures onder *civil law* en *common law*



Luc Demeyere  
Advocaat bij de  
Nederlandse Orde  
van Advocaten  
te Brussel

**De juridische opleiding traint het juridisch denken van studenten in de rechten onder een bepaald systeem, zoals *civil law* of *common law*. Praktijkjuristen gevormd in een juridisch systeem zullen uitermate verrast zijn wanneer zij in contact komen met het andere, of een ander, rechtssysteem. In een poging inzicht te verwerven in deze verschillen worden in dit artikel drie werkhypotheses ontwikkeld en elk ervan onderzocht.<sup>1</sup>**

*The Act also formulated terms of civil government in Canada providing [...] for trial without jury according to the French manner [...]. As for the elimination of trial by jury, it was declared by the St James Chronicle "too scandalous a clause to have been framed by an Englishman".<sup>2</sup>*

## I. Inleiding

1. Ook al maken de verschillen tussen *common law* en *civil law* het voorwerp uit van analyses in academische publicaties, het was de internationale handelsarbitrage die de praktijkjuristen verplichtte oplossingen te vinden voor het verdere verloop van de arbitrale procedures waarin deze verschillen een belangrijke rol speelden en nog steeds spelen.

2. De IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, waarvan de derde versie in 2010 gepubliceerd werd<sup>3</sup>, zijn een goed voorbeeld van de inspanningen die geleverd werden om een praktisch instrument te ontwikkelen. Deze IBA Regels behandelen onder meer de mededeling van stukken en de mo-

gelijkheid een partij al dan niet te verplichten bepaalde stukken mee te delen, de organisatie van getuigenverhoren, desgevallend onder de vorm van een kruisverhoor, het inschakelen van deskundigen, al dan niet door elke partij zelf, dan wel door het arbitraal college. De beroepsbeoefenaar, zowel raadsman als arbiter, die geconfronteerd wordt met de operationele gevolgen van deze verschillen, realiseert zich dat het juridische denken zich langs totaal verschillende denkpijlers kan ontwikkelen.

3. Finaal zullen juridische opleidingen de juridische geesten van studenten in de rechten trainen teneinde "recht te laten geschieden". De overstap van de universiteit naar de beroepspraktijk werd evenwel nooit treffender samengevat dan de verwelcoming van eerstejaarsstagiairs met de woorden: "*Beste stagiairs, u moet zich realiseren dat u de wereld van het recht verlaten hebt en binnengetreden bent in de wereld van de justitie.*"<sup>4</sup>

4. De grootste vergissing die een advocaat, gewend om zaken te behandelen in zijn eigen jurisdictie, kan begaan, is ervan uitgaan dat gerechtelijke procedures in een andere jurisdictie gelijkaardig zullen verlopen als procedures onder het eigen systeem. Deze vaststelling geldt niet alleen wanneer *civil law* procedures vergeleken worden met *common law* procedures, doch geldt evenzeer wanneer verschillende *common law* (of *civil law*) procedures onderling vergeleken worden.

5. Een verder gevaar voor de beroepsbeoefenaar is dat hij ervan zou uitgaan dat het resultaat van een gerechtelijke procedure steeds

hetzelfde zal zijn, ongeacht de jurisdictie in dewelke de casus beslist wordt. De gevaarlijkste valkuilen zijn immers de vooronderstellingen waarvan de beroepsbeoefenaar zelfs niet zou bevroeden dat zij verschillend kunnen zijn in een andere jurisdictie.

6. Bijvoorbeeld, in sommige jurisdicties is het vanzelfsprekend dat de honoraria van de advocaat die de zaak heeft gewonnen dienen terugbetaald te worden door de partij die de procedure heeft verloren. Dit is het geval in Duitsland en Oostenrijk. In andere jurisdicties, zoals in de Verenigde Staten van Amerika, is dit eerder een uitzondering. Het gevolg van dit verschil is dat een eiser in Duitsland of Oostenrijk het gevorderde bedrag zal vaststellen op een niveau waarvan hij redelijkerwijze verwacht het te kunnen bekomen. Vorderingen gebaseerd op "gebakken lucht" zullen in deze jurisdicties een bijzonder hoog kostenplaatje opleveren. Een dergelijke terughoudendheid zal niet noodzakelijk bestaan in een systeem waarin, in principe, de verliezende partij haar eigen advocatenkosten draagt en niet het risico loopt ook nog de advocatenkosten van de winnende partij te moeten dragen.

7. Een ander voorbeeld, tussen vele andere, is de waarschijnlijkheid dat de rechter een contractuele clause houdende een positieve forumkeuze zal bekrachtigen, met name een clause waarin de partijen uitdrukkelijk akkoord gingen dat alle geschillen die ontstaan uit of met betrekking tot hun overeenkomst zullen beslecht worden door de aangewezen rechtbank. In een aantal jurisdicties bestaat er weinig twijfel dat de rechtbank deze contractuele clause zal toepassen, terwijl de rechters in andere jurisdicties eerder geneigd kunnen zijn deze clause opzij te schuiven voor redenen die in meerdere of mindere mate voorspelbaar zijn (zie: de *forum non conveniens* doctrine, verworpen door het Europees Hof van Justitie<sup>5</sup>).

8. Dergelijke verschillen zullen een belangrijke impact hebben op het resultaat dat een partij ten aanzien van de uitkomst van de procedure kan verwachten.

9. De voorliggende tekst is een poging om de verschillende benadering ten aanzien van procedures onder *common law* en *civil law* te analyseren. Op geen enkele wijze heeft dit essay enige algemene geldigheid. Het volstaat vast te stellen dat de twee dominante jurisdicties onder *common law*, de Verenigde Staten van Amerika en Engeland en Wales, een aantal diametraal tegengestelde principes hanteren.<sup>6</sup>

10. Deze vaststelling geldt evenzeer voor rechtsstelsels gekwalificeerd als *civil law*. Het verloop van een procedure in België verschilt totaal van het verloop in Duitsland. Bijvoorbeeld, onder Duits gerechtelijk recht is de rechter verplicht na te gaan of hij partijen kan verzoenen, onder Belgisch gerechtelijk recht bestaat deze verplichting niet op dezelfde wijze. Zowel het materieel recht als het gerechtelijk recht in deze beide landen is dermate verschillend dat het roekeloos zou zijn een procedure in de andere jurisdictie aan te vatten zonder zich in deze procedure te laten bijstaan door een lokale raadsman.

11. Een andere vergissing, frequent begaan door *common law* juristen, bestaat erin aan te nemen dat het verloop van een gerechtelijke procedure in de onderscheiden *civil law* jurisdicties wel gelijkaardig zal verlopen. Dit is geenszins het geval. Een Engelse *common law* solicitor die zijn *civil law* correspondent in Berlijn, Duitsland, opdracht geeft een procedure te behandelen in Krakau, Polen, zonder de tussenkomst van een *civil law* Poolse advocaat, laat zijn cliënt aanzienlijke bijkomende risico's lopen.

12. Het is bijgevolg onvermijdelijk dat een praktijkjurist getraind in hetzij *civil law* hetzij *common law* bij het lezen van dit essay, de bedenking zal maken dat hetgeen hierin wordt voorgesteld als een kenmerk van een *civil law* of *common law* procedure absoluut geen kenmerk uitmaakt van de eigen *civil law* of *common law* procedure. Hij zal het volledig bij het rechte eind hebben.

13. Mijn bedoeling reikt niet verder dan het ontwikkelen van enkele werkhypotheses die be-

hulpzaam kunnen zijn bij het verwerven van inzicht in totaal verschillende proceduriële benaderingen. Het loutere feit dat men zich bewust wordt van de vooronderstellingen in de eigen jurisdictie is reeds een eerste stap naar een beter begrip van de procedures in andere jurisdicties. Een volgende stap bestaat erin kritisch na te denken over deze vooronderstellingen.

14. Welke ook de verschillen tussen de proceduriële aanpak van een casus onder *civil law* of *common law* mogen zijn, elke gerechtelijke procedure is erop gericht antwoorden te verschaffen op de volgende vragen: wie is of zal gehouden (zijn) tot het verschaffen van informatie/bewijs; onder welke vorm en wanneer; welke informatie/bewijs ben ik (eiser/verweerder) verschuldigd, of heb ik (eiser/verweerder/rechter-arbiter) nodig?<sup>7</sup>

15. Het onderzoek van de navolgende drie werkhypothesen zal aantonen dat het antwoord op elk van deze immer relevante vragen op een totaal verschillende wijze in de ene of andere jurisdictie zal geleverd worden.

## II. Eerste werkhypothese

16. De eerste werkhypothese stelt dat de verschillen in de gerechtelijke procedures onder *civil law* en *common law* hun oorsprong vinden in de totaal verschillende rol van mondelinge en schriftelijke bewijsvoering onder *civil law* en *common law*.

17. De *common law* traditie vindt haar oorsprong in het begin van de vroege middeleeuwen, over een periode van meer dan 1000 jaar, terwijl men mag aannemen dat de gerechtelijke traditie onder *civil law* grondig hervormd werd na de Spaanse inquisitie en na de Franse revolutie, ook al gaan de wortels terug tot het Romeins recht.

18. De *common law* gerechtelijke traditie gaat terug naar een periode waarin zowel de partijen als de rechters analfabeet waren.<sup>8</sup> Degenen die er recht spraken waren bijgevolg aangewezenen op de argumenten van de ene dan wel de

andere partij zoals zij zich die herinnerden, en op de indrukken die hen waren bijgebleven van hetgeen zij gezien en gehoord hadden tijdens de behandeling, om daar hun oordeel op te baseren. Dit verklaart waarom iedere partij, en zeker haar raadsman, er alles aan deed om de geloofwaardigheid van de eigen cliënt te bevestigen en de geloofwaardigheid van de tegenpartij te vernietigen. Beoefenaars van kruisverhoren hebben er geen enkele moeite mee te erkennen dat de finale bedoeling van deze techniek erin bestaat de geloofwaardigheid van de andere partij te vernietigen, ook als dit leidt tot een hartinfarct, tot hyperventilatie of emotionele uitbarstingen.

19. Een *civil law* jurist die zoekt naar de rationale van de "pre-trial steps", dit is alles wat voorafgaat aan "trial" of de behandeling van de grond van de zaak, en de "trial in court" zoals gevoerd door zijn *common law* collega kan erbaat bij hebben de behandeling voor de rechters en de jury "in court" te aanzien als een mondelinge presentatie gebracht voor de rechters en leden van de jury, die dienen overtuigd te worden door wat zij zien, horen en percipiëren van hetgeen zich voor hen afspeelt.

20. Deze verklaring behoeft enige toelichting: het is geenszins mijn bedoeling te beweren dat *common law* juristen en rechters vandaag of over de voorbije eeuwen analfabeet waren of zijn. Ik bedoel niets anders dan dat een *civil law* jurist die de rationale tracht te begrijpen van hetgeen zich zowel "pre-trial" als "in trial" afspeelt, zich de toestand kan trachten in te beelden van de wijze waarop in de vroege middeleeuwen recht gesproken werd wanneer (bijna) allen die bij de behandeling van het conflict betrokken waren, analfabeet waren.

21. Onder dergelijke omstandigheden zal de zitting best bestaan uit een enkele aaneengesloten zitting (the trial) waarbij, van zodra de zitting een aanvang genomen heeft, het bijzonder moeilijk zal zijn deze op te schorten en bijkomende bewijzen te verzamelen. De rationale van "your day (or days) in court" is dat alle deelnemers ondergedompeld worden in de

casus, alle mondeling voorgedragen informatie "in één geut" absorberen zodat zij, letterlijk, "at the end of the day", onmiddellijk na "trial", zich een idee kunnen vormen en "do justice". Het belang om een partij toe te laten haar "day in court" te hebben werd onlangs nog bevestigd door het Engelse House of Lords wanneer het stelde dat de principes van proportionaliteit en case management zoals ingevoerd onder de zogenaamde "Woolf reforms" (de hervorming van het gerechtelijk recht in Engeland en Wales in 1999) dit recht niet mogen beknotten.<sup>9</sup>

22. De concentratie van alle mondelinge bewijsvoering in "your day" (of dagen, misschien weken) "in court" (wanneer geen geschreven bewijs beschikbaar is, of, zelfs indien beschikbaar, niet gelezen kan worden door sommige of alle leden van de jury en/of de rechters) kan de oorsprong en evolutie verklaren van het kruisverhoor van getuigen, waaronder verstaan moet worden de partijen zelf, derden, getuigen van feiten of deskundigen-getuigen. Vergelijk deze vaststelling met het beginsel onder het Belgisch procesrecht dat niemand getuige kan zijn in zijn eigen zaak.

23. Indien gans de bewijsvoering mondeling verloopt, is er vanzelfsprekend behoefte om uit te maken of de partijen tot de procedure en de getuigen die zijn opgeroepen om hun verklaringen te bevestigen, de waarheid vertellen. Aangezien er, per hypothese, geen geschreven bewijzen bestaan, staat het woord van de ene partij tegenover het woord van de andere partij. Teneinde uit te maken welke van deze twee mag geloofd worden, dienen de mondelinge verklaringen van de ene partij geconfronteerd te worden tegenover de mondelinge verklaringen van de andere.

24. Het kruisverhoor is een techniek, ontwikkeld over de eeuwen, dat erop gericht is de leden van de jury en/of de rechters, ervan te overtuigen dat de ene partij de waarheid spreekt en de andere niet. Het kruisverhoor kan aanzien worden als een techniek om toch datgene aan het licht te brengen wat iemand bewust of onbewust wenst te verzwijgen. Het finale doel van

een kruisverhoor is er, zoals reeds aangegeven, op gericht de geloofwaardigheid van de andere partij af te kraken, waardoor in de geesten van de leden van de jury en/of de rechters de overtuiging ontstaat dat de persoon die onderworpen wordt aan het kruisverhoor niet waard is geloofd te worden. Wel dient erop gewezen te worden dat de "Rules of Evidence" (een gecodificeerde lijst van "rules") de omvang van het kruisverhoor aan banden leggen. Zo kan een getuige niet zomaar alles komen verklaren wat hij wenst. Bijvoorbeeld: tijdens "examination" kan een getuige enkel verklaren wat hij/zij zelf heeft ondergaan; de getuige kan niet vermelden wat een andere persoon tegen de getuige gezegd heeft (de klassieke "hearsay", ook al bestaan er hierbij uitzonderingen).

25. De techniek van gesloten vragen (uitsluitend te beantwoorden met ja of neen) beoogt een makkelijk antwoord te kunnen verstrekken op de vraag of de persoon die aan het kruisverhoor onderworpen is al dan niet de waarheid spreekt. Het antwoord op de waarheidsvraag moet dan even gemakkelijk blijven wanneer de rechter en/of de jury "at the end of the day" moet beslissen. De gesloten vragen worden enkel gebruikt tijdens de "cross-examination", bijna nooit tijdens "direct examination" omdat "direct examination" tot doel heeft het bewijs voor de jury te brengen. De gesloten vragen hebben tot doel om een bepaalde verklaring gemaakt tijdens "direct examination" te benadrukken.

26. De concentratie van het presenteren van alle bewijsmateriaal gedurende "your day/days in court" en de noodzaak het momentum te behouden tijdens de zitting, verplicht tot een verregaande voorafgaandelijke analyse van alle bewijsmateriaal waarvan de partij denkt dat het zal bijdragen tot het winnen van het proces. Wanneer de "trial" aanvangt wenst een partij zeker te zijn (eerder: zo zeker mogelijk te zijn) dat kwalijke verrassingen geëlimineerd zullen zijn of tenminste op voorhand onder controle werden gebracht.<sup>10</sup> Dit leidt tot het bedenken van alle mogelijke scenario's die zich hebben voorgedaan, zouden kunnen voorge-

daan hebben en die zich beweerdelijk hebben voorgedaan. Aldus zal men op zoek gaan naar de intenties of beweerdte intenties van een partij, met als gevolg dat de voorbereiding van een burgerlijke procedure leidt tot een analyse zoals die naar Belgische (*civil law*) maatstaven gevoerd wordt in een strafproces. Dit verklaart de inspanningen in de "pre-trial" fase, zoals het voorbereiden van getuigen, schriftelijke verklaringen van de getuigen ("depositions" in een USA procedure; "written witness statements" in internationale arbitrage), "affidavits", "pre-trial discovery of documents" (USA), "disclosure of documents" (Engeland en Wales). Deze "pre-trial" fase geeft aanleiding tot stapels papier en diepgravend onderzoek naar elektronische data, wat evenwel niet belet dat het de mondelinge verklaringen tijdens de zitting zullen zijn die doorslaggevend kunnen zijn voor de uitkomst van de procedure.

27. *Civil law* procedures worden gekenmerkt door een predominantie van geschreven bewijzen opgesteld *in tempore non suspecto*. Mondelinge getuigenissen, zeker in burgerlijke en commerciële aangelegenheden, zullen, zelfs wanneer zij afgenomen worden in het kader van een gerechtelijke procedure, meestal slechts een ondergeschikte rol spelen, alhoewel de bereidheid om getuigen te horen erg verschillend kan zijn van de ene *civil law* jurisdictie tot de andere. Bijvoorbeeld in Duitsland, Nederland en Zweden zal frequenter gebruik gemaakt worden van getuigenissen in burgerlijke en commerciële geschillen.

28. Dit overwicht voor de bewijsvoering op basis van geschreven documenten opgesteld *in illo tempore*, op het tijdstip dat de gebeurtenis plaatsvond en/of het document werd opgesteld, is gemakkelijk te begrijpen wanneer men zich realiseert dat Gutenberg zijn eerste drukpers bouwde rond 1446, hetgeen aanleiding gaf tot de steeds snellere proliferatie van geschreven/gedrukte documenten. Naargelang de alfabetisering toenam waren er meer personen die documenten schreven en contracten ondertekenden, hetgeen de mogelijkheid bood terug te grijpen naar deze documenten wan-

neer een geschil zich manifesteerde. Bovendien geeft hetgeen gedrukt staat de indruk een hoger waarheidsgehalte te hebben, ook al stelt men iedere dag vast dat papier erg verduelig is.

29. Wanneer men zich wil baseren op geschreven documenten teneinde vast te stellen wat zich in het verleden werkelijk voordeed, is de eerste vraag of het document wel werd opge maakt op de datum die erop vermeld staat. Met andere woorden, antidatering of postdatering van documenten moet uitgesloten worden of moet aan het licht kunnen gebracht worden indien de datum betwist wordt. De noodzaak de correcte datum vast te stellen verklaart de verschillende technieken die in *civil law* werden ontwikkeld om een vaste datum te verlenen: de notariële akte, de registratie van documenten bij de bevoegde overheidsdienst, de registratie van deurwaardersexploten, de ononderbroken keten van correspondentie tussen handelaren als bewijs in handelszaken, de noodzaak een contract op te stellen in evenveel originelen als er partijen zijn (met een verschillend belang) waarbij iedere partij erkent één origineel ontvangen te hebben, en zo verder.

30. Kranten zijn een instrument om een datum vast te stellen, en de datum van een Staatsblad bepaalt vanaf wanneer het publiek geacht zal worden geïnformeerd te zijn over de inhoud van de publicatie. De oprichting van rechtspersonen, zoals handelsvennootschappen, is volledig afhankelijk van de mogelijkheid om de relevante informatie met betrekking tot deze rechtspersoon te publiceren en op ruime schaal toegankelijk te maken. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat de ontwikkeling van de rechtspersonen voorafgegaan werd door de ontwikkeling van de drukpers. Aangezien gedrukte informatie gemakkelijk verspreid kon worden onder het publiek, kon dit publiek ook op de hoogte gebracht worden van de verspreide informatie.

31. Het spreekt vanzelf dat *common law* jurisdicties geschreven en gedrukte documenten gebruiken voor de bewijsvoering, zowel voor

de zitting als tijdens de zitting. Nochtans is het verschil tussen *civil law* en *common law* jurisdicties het overwicht van mondelinge bewijsvoering in *common law* jurisdicties in vergelijking tot geschreven bewijsvoering in de *civil law* jurisdicties. Bovendien zullen in een *common law* procedure de documenten in principe via een getuige moeten geauthentificeerd worden tijdens de "trial". Deze praktijk leidt onder *civil law* juristen tot het gezegde dat een *common law* rechter niet zou aanvaarden dat de zon is opgegaan als er niet een getuige is die dit onder ede bevestigde.

32. Het scepticisme in *civil law* jurisdicties met betrekking tot de mondelinge bewijsvoering is niet enkel gebaseerd op het scepticisme ten aanzien van de (on)feilbaarheid van het geheugen. Het is ook gebaseerd op een verschillende houding ten aanzien van zelf-incriminatie (een collectieve slechte herinnering aan de inquisitie in *civil law* jurisdicties) en de mogelijkheid voor het individu zich te beschermen door zich niet meer te willen herinneren wat tot zijn/haar nadeel zou strekken.

33. Een procedure onder *civil law* bestaat uit de uitwisseling van geschreven conclusies en documenten zoals voorgebracht door elke partij, gevolgd door pleidooien, waarna de rechter zal beslissen welke, voor zover als nodig, punten nog te bewijzen zijn, en indien geen verder bewijsmateriaal moet voorgebracht worden, zal de rechter zijn beslissing treffen. Dit kan gekarakteriseerd worden als een "procedure in episodes"<sup>11</sup> in tegenstelling tot "your day in court". De lezer wordt erop gewezen dat hervormingen van het gerechtelijk recht in Nederland en Duitsland hebben plaatsgevonden die onder meer betrekking hebben op de bewijsvoering. Het valt buiten het opzet van deze bijdrage daar op in te gaan.

34. Men dient er zich bewust van te zijn dat er geen absolute waarheid in dit domein is, ook al wordt door Amerikaanse advocaten hun systeem vaak gepromoot als de manier tot het vaststellen van "the absolute truth", en dit in tegenstelling tot de *civil law* methode die

slechts zou leiden tot een "relative truth". In dit argument zou een *civil law* procedure enkel leiden tot de vaststelling van de "gerechtelijke waarheid" en niet de "absolute waarheid". De gerechtelijke dwalingen die zich ook onder de *common law* jurisdicties voordoen relativiseren ten zeerste dergelijke "absolute" uitspraken. Afgezien van het feit dat dit duidelijk een marketingscopic is, gebaseerd op een impliciet superioriteitsdenken, is de vraag of het blootleggen van de absolute waarheid in alle gevallen en onder alle omstandigheden wel mogelijk is, en of dit de betrachting van alle partijen tot de procedure is. Dit neemt echter niet weg dat een kruisverhoor elementen aan het licht kan brengen die met een andere techniek niet of slechts indirect aan het licht zouden kunnen komen (de leugenaar ontmaskerd), onverminderd de vaststelling dat bij psychologische tests werd vastgesteld dat de vraag die gesteld wordt een invloed kan hebben op de correctheid van het geheugen.<sup>12</sup> Aldus kan een kruisverhoor erop gericht zijn intenties te willen ontmaskeren, terwijl de vraag is of deze intenties wel aanwezig waren op het betroffen tijdstip.

35. Ook geschriften kunnen opgesteld zijn met de bedoeling de reële intenties van de partijen te verhullen. De op zichzelf rechtsgeldige techniek van de tegenbrieven erkent dat hetgeen partijen in een document geschreven hebben niet noodzakelijk de reële bedoelingen van deze partijen weergeeft. *Scripta mament*, of, met een Russisch gezegde: een geschreven tekst laat zich niet met een bijl verwijderen. Anderzijds, wanneer hetgeen geschreven werd in een voorafgaandelijke getuigenverklaring ("witness statement") via een kruisverhoor in vraag wordt gesteld, kan de verleiding ontstaan intenties te willen toeschrijven die niet voor ogen stonden van de partij die een bepaalde tekst heeft geschreven op het ogenblik dat zij deze schreef.

36. Door *a posteriori* verbanden te leggen kan een verhaal worden opgebouwd tussen gebeurtenissen die op zich niet met elkaar verbonden waren, en de bewijsvoering zal erop gericht zijn de verbanden vast te stellen zoals deze

zich *in concreto* hebben voorgedaan, zodat ook de causaliteit tussen de gebeurtenissen concreet kan bepaald worden. Deze vaststelling geldt zowel voor procedures onder *common law* als onder *civil law*.

37. Voorgaande commentaren op de oorsprong van de mondelinge bewijsvoering in *common law* jurisdicties en het overwicht van geschreven documenten in *civil law* jurisdicties volstaat niet om de verschillen tussen deze beide systemen van procesvoering te verklaren. Andere elementen dienen eveneens in overweging genomen te worden, zoals de verschillende houding ten aanzien van "het gezag", de graad van individualisme, de houding ten aanzien van de risicovermijding<sup>13</sup>, de sancties op "contempt of court" in *common law* jurisdicties of de impact van de beroepsplicht van de *common law* solicitors om alle bewijzen voor te brengen, ongeacht of deze in het voordeel of nadeel zijn van de partij vertegenwoordigd door deze raadsman. Ook deze bijkomende overwegingen zullen bijdragen tot het verwerven van inzicht in de verschillen tussen procedures onder *common law* en *civil law*.

### III. Tweede werkhypothese

38. De tweede werkhypothese is gebaseerd op de vaststelling dat het juridisch denken onder *common law* hoofdzakelijk inductief is, terwijl het juridisch denken onder *civil law* hoofdzakelijk deductief is.<sup>14</sup> Een deductieve redenering gaat van het algemene naar het bijzondere, terwijl de inductieve redenering vanuit het bijzondere tot het algemene besluit.

39. Vanuit filosofische achtergrond kan dit onderscheid verklaard worden door het feit dat Jean-Jacques Rousseau de idee voorstond dat de Staat de bron is van alle rechten onder een sociaal contract, terwijl, in de filosofie van John Hobbes, elk individu enkel bepaalde rechten heeft opgegeven ten voordele van de Staat.<sup>15</sup> Deze filosofische achtergrond kan toelichting verstrekken bij het traditionele onderscheid op grond waarvan *common law* procedures gekenmerkt worden als "accusatoriaal", waaronder

verstaan wordt dat de partijen, of nauwkeuriger, hun raadslieden, de procedure leiden en de rechter optreedt als een scheidsrechter in het gerechtelijk debat, terwijl een gerechtelijke procedure onder *civil law* aanzien wordt als "inquisitoriaal", waaronder verstaan wordt dat de rechter de procedure leidt teneinde de wet toe te passen.<sup>16</sup>

40. Tevens bestaat er kruisbestuiving tussen filosofie en cultuur, waarbij cultuur omschreven wordt als "de collectieve programmering van de geest waardoor de ene groep mensen zich van de andere onderscheidt".<sup>17</sup>

41. *Common law* wordt vaak gekarakteriseerd als "judge-made law"<sup>18</sup>, hetgeen inhoudt dat de rechter het recht ontwikkelt, en, op voorwaarde dat hij niet de bindende kracht van het toepasselijke precedent schendt, hij het recht kan wijzigen. Onder *civil law* heeft de wetgever een wetboek opgesteld waarin de regels zijn opgenomen die door de rechter moeten toegepast worden op de casus die aan zijn oordeel wordt onderworpen.

42. Deze tweede werkhypothese moge duidelijk maken waarom in een *common law* procedure vrijwel alle aandacht en energie van de partijen zal gaan naar het vastleggen van de feiten, ongeacht de toepasselijke wetsbepaling, of, nauwkeuriger, erop gericht zal zijn de feiten van de casus te onderscheiden van andere casussen die een bindende precedentwaarde hebben voor de rechter die de casus dient te beslechten.

43. In een *civil law* procedure zal de beroepsbeoefenaar, na een eerste analyse van de feiten, een analyse van het recht uitvoeren, teneinde deze bepalingen te traceren die de oplossing voor de specifieke casus inhouden. In een tweede benadering zal de *civil law* beroepsbeoefenaar de feiten van de casus op dergelijke wijze presenteren dat de juridische analyse voortvloeit uit de presentatie van de feiten.

44. Deze werkhypothese moge verklaren waarom een *common law* beroepsbeoefenaar

de uiteenzetting van de feiten op een wijze zal presenteren die volkomen of in ruime mate afwijkt van de presentatie van de feiten door de *civil law* beroepsbeoefenaar. In de uiteenzetting van een *common law* beroepsbeoefenaar vormen de wetsbepalingen vaak letterlijk enkel voetnoten, terwijl de uiteenzetting van de feiten door een *civil law* beroepsbeoefenaar vaak geleid wordt door de criteria van het wetboek of van de wet toepasselijk op die specifieke casus.

45. Deze vaststelling is bijzonder pertinent voor de Verenigde Staten van Amerika waar elke burger gerechtigd is op een "jury trial", en waarbij, en dit is een veralgemening, de jury zowel beslist over de feiten als over het recht.

46. Een specifieke casus moge begrip ontwikkelen voor het verschil tussen inductief en deductief redeneren. In augustus 1940 vond Duncan Hannah, korporaal bij het Engelse leger, een broche overdekt met spinnenwebben en stof die door iemand was ondergebracht in een vensterlijst van Gwernhaylod House, een landhuis opgeëist door het Engelse leger. Twee maanden later bracht hij zijn commandant van deze vondst op de hoogte, en deze suggereerde de broche over te maken aan de politie. Ongeveer twee jaar later bezorgde de politie de broche aan Major Hugh Edward Ethelston Peel, die Gwernhaylod House gekocht had in 1938, doch die er nooit in gewoond had voorafgaand aan het tijdstip, tien maanden later, toen het door het leger werd opgeëist. Kort daarop ontving Peel een brief van de advocaten van Hannah, waarop Peel de broche prompt verkocht aan een juwelier. Hannah dagvaardde Peel voor de waarde van de broche. Deze casus, gekend als Hannah v. Peel, werd onder *common law* de klassieke casus voor de studie van het hedendaagse Anglo-Amerikaanse eigendomsrecht<sup>19</sup>, handelend over het bezit van een verloren eigendom en de positie van de vinder van een verloren voorwerp tegenover de positie van de "echte" eigenaar. Onder Belgisch recht wordt het antwoord op deze casus hoofdzakelijk gevonden onder artikelen 544-546 en volgende inzake eigendomsrecht en artikel 2279, 1e lid

van het Burgerlijk Wetboek: "*Inzake roerend goed geldt bezit als titef*", en dit bezit moet reëel zijn, *pro suo* en rechtmatig.<sup>20</sup>

47. Dit verschil in juridische denkpatronen komt tot uiting wanneer men de finaliteit van een vonnis in acht neemt. In *Making your case - the Art of Persuading Judges*<sup>21</sup> stelt rechter Scalia: "*Judges are concerned not only with the outcome of your case but also with the outcome of many future cases that will be governed by the rule you are urging the courts to adopt. Indeed, in appellate courts - especially those with discretionary jurisdiction - the effects on future cases is their main focus. So it's an essential part of your argument to show that the rule of law you propose produces fair and reasonable results - not just in the present case - but in all cases to which it applies. If you fail to persuade the court of this, you will lose.*"

48. Vergelijk deze uitspraak met artikel 237 van het Belgisch strafwetboek dat onder andere magistraten strafbaar stelt die zich in de uitoefening van de wetgevende macht inmengen, hetzij door verordeningen te maken die wetgevende bepalingen inhouden, hetzij door de uitvoering van een of meer wetten te stuiten of te schorsen, hetzij door te beraadslagen over de vraag of die wetten zullen worden uitgevoerd.

49. Alhoewel een *civil law* rechter bezorgd is om de logische, zowel feitelijke als juridische, consistentie van zijn beslissing, gebeurlijk in toekomstige gevallen, in het bijzonder wanneer het Hof van Cassatie een arrest heeft gewezen, en alhoewel men zich moet hoeden voor veralgemeningen, mag men uit het voorgaande wel afleiden dat de mentale processen bij rechtspraak door een *common law* rechter in vergelijking met deze bij een *civil law* rechter erg verschillend zullen zijn. Dit belet niet dat zowel onder *civil law* als *common law* zal geworsteld worden met de uitspraak: "Alle Kretenzers zijn leugenaars - ik ben een Kretenzer". De derde zin in deze redenering laat ik aan uw beoordeling over.



#### IV. Derde werkhypothese

50. De derde werkhypothese is dat het bestaan van "pre-trial discovery", of het voortbrengen en onderzoeken van documenten in de periode voorafgaand aan "trial", een substantiële impact heeft op de wijze waarop de eiser zijn eis zal construeren. Ook al is deze generalisering overdreven, *common law* systemen zullen een "pre-trial discovery" fase hebben, en *civil law* systemen niet. Ik veroorloof mij te herhalen dat deze veralgemening "*common law = pre-trial discovery; civil law systemen niet*" voor iedere jurisdictie en voor iedere casus moet onderzocht worden, en een al te ruime veralgemening is.

51. Preciezer, "pre-trial discovery" moet onderscheiden worden van maatregelen die in *civil law* jurisdicties bekend zijn en erop gericht zijn bewijsmateriaal "te bevriezen" met het oog op een eventuele toekomstige procedure. Bijvoorbeeld, één van deze maatregelen is het verhoor van een getuige die zich in een problematische gezondheidstoestand bevindt.

52. Het bestaan van "pre-trial discovery" kan tot gevolg hebben dat de eiser, die geen enkel bewijs heeft voor zijn stelling, een bewering lanceert voor dewelke hij over geen enkel bewijs beschikt, in de hoop dat de "pre-trial discovery" de verweerder zal verplichten tot het voortbrengen van bewijs voor de initiële bewering van de eiser.<sup>22</sup>

53. Aangezien "pre-trial discovery" in ruime mate gevoerd mag worden zonder de beoordeling van de waarde van het bewijs door een rechter, kan deze "pre-trial discovery" een doel op zich worden, die moties en voorlopige maatregelen uitlokt, of betwistingen over de reikwijdte van de "discovery" of over het beroepsgeheim. Dergelijke proceduriële incidenten, waar veel energie kan inkruipen, kunnen een belangrijke impact hebben op het tijdsverloop, de prestaties en dus de kosten die deze methode tot bewijsvergaring kan genereren.

54. Deze vaststelling klemmt des te meer wanneer elke partij tot de procedure onderworpen is

aan de wettelijke verplichting haar volledig dossier over te leggen, met inbegrip van deze elementen die nadelig zijn voor haar eigen positie.

55. Anderzijds, in een *civil law* jurisdictie rust de bewijslast (in principe) op de eiser, die zich niet kan veroorloven een dagvaarding uit te brengen zonder over aanvaardbare bewijzen te beschikken. Dit vormt vanzelfsprekend een rem op tergende en roekeloze procedures. De rechter zal eerst de pleidooien van de partijen dienen te aanhoren alvorens hij zal beslissen al dan niet het verzamelen van bijkomend bewijsmateriaal te bevelen.

56. Men moet durven erkennen dat wanneer de rechter beschikt over een discretionaire bevoegdheid al dan niet te veroordelen tot het voortbrengen van bepaalde stukken of te bevelen sommige bewijsinstrumenten te hanteren, het risico groter is dat bepaalde doorslaggevende elementen bij de analyse van het dossier nooit het voorwerp van een tegensprekelijk debat zullen uitmaken.

57. Binnen de Europese Unie kan de aandacht gevestigd worden op de Europese Bewijsverordening<sup>23</sup> die het precies mogelijk maakt ten behoeve van de procedure aangevat in een bepaalde jurisdictie bewijzen te verzamelen in een andere jurisdictie waar de bewijsregeling van *common law*, naargelang het geval *civil law*, geldt. Het bestaan hiervan creëert zowel opportuniteiten als valkuilen.

58. Deze verschillende aanpak kan men nog beter begrijpen wanneer men zich realiseert dat in de *common law* jurisdicties bewijsvergaring wordt aanzien als een private aangelegenheid, terwijl in *civil law* jurisdicties bewijsverzameling in het algemeen aanzien wordt als een gerechtelijke handeling die een rechtstreekse uitoefening is van de soevereiniteit door de Staat.<sup>24</sup> Bijgevolg wordt het opvragen van documenten die zich bevinden in de Verenigde Staten van Amerika of een getuigenverhoor van een getuige die zich aldaar bevindt niet aanzien als de uitoefening van soevereine macht.

## V. Samengevat

59. De verschillende aanpak van procedures onder *common law* en *civil law* leidt tot een herformulering van de drie werkhypothesen als volgt:

- Eerste werkhypothese: de primauteit van mondelinge bewijsvoering onder *common law* leidt tot een verhoogde complexiteit van de bewijsvergaring in vergelijking tot een *civil law* systeem waar geschreven bewijs opgemaakt *in tempore non suspecto* een dominante rol speelt;
- Tweede werkhypothese: de inductieve redenering gehanteerd onder *common law* in vergelijking tot de deductieve redenering onder *civil law* heeft een nootore invloed op de presentatie van de feiten van de casus;
- Derde werkhypothese: het bestaan of de afwezigheid van "pre-trial discovery" zal een impact hebben zowel op de kosten van de procedure als op de waarschijnlijkheid dat bepaalde bewijselementen zullen overgelegd worden en onderworpen aan de rechter/arbiter.

60. Onder beide systemen is het vonnis of de arbitrale sententie het resultaat van de overtuiging in de geest van de rechter of de arbiter, en advocatuur is er onder meer op gericht de menselijke geest te overtuigen. De menselijke geest wordt overtuigd zowel door de rede (*logos*) als door emotie (*pathos*) en de geloofwaardigheid (*ethos*), en de advocaat zal zich op alle drie richten.

## Eindnoten

- <sup>1</sup> Mijn oprechte dank aan Inge Porter-Verstraeten, voormalig advocate bij de balie te Antwerpen, thans attorney at law, en referendaris bij het Indiana Court of Appeals, Indianapolis, Indiana, USA voor haar waardevolle commentaren. Zij staat niet in voor het gebruik dat ik van haar commentaren maakte. Ook mijn oprechte dank aan mr. Maaike Visser voor de hulp bij de totstandkoming van deze Nederlandse tekst, die voor het grootste deel een vertaling is van mijn eerder artikel "An essay on differing approaches to procedures under common law and civil law", *ScheidsVZ*. 2008, nr. 6, p. 279.
- <sup>2</sup> B. Tuchman, *The March of Folly*, New York, 1985, Hoofdstuk 4: "The British lose America (1772-1775)", p. 198.
- <sup>3</sup> "IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration", aangenomen bij resolutie van de IBA Council, 29 mei 2010 – International Bar Association.
- <sup>4</sup> Deken Jozef Van den Heuvel, ontvangst door de Vlaamse Conferentie bij de balie te Antwerpen, herfst 2009.
- <sup>5</sup> EIJ, zaak C-218/02, *Andrew Owusu v./Jackson e.a.*, 1 maart 2005.
- <sup>6</sup> Zie Derek J.T. Adler en Adam Johnson, Hoofdstuk 1, "Overview of litigation in the United States and England" in John Fellas (ed.), *Transatlantic Commercial Litigation and Arbitration*, New York, 2004, p. 1-2.
- <sup>7</sup> Deze vragen zijn opgenomen in: Peter F. Drucker, *Management challenges for the 21<sup>st</sup> Century*, 1999, p. 123 e.v. Ik heb ze toegepast op procedures.
- <sup>8</sup> R. Doak Bishop, *The art of advocacy in International Arbitration*, New York, 2004, p. 4: "(...) in early England following the Magna Carta in the law courts came to be decided by juries. Even when juries were derived exclusively from the aristocracy, most could not read nor write. Therefore, cases were pleaded orally and all documents were read orally."
- <sup>9</sup> "Every case has its day", *Legal Week*, 14 september 2006, p. 21.
- <sup>10</sup> R.J. Allen e.a., *The German advantage in civil procedure, a plea for more details and fewer generalities in comparative scholarship*, Northwestern University Law Review, Spring 1998: "We (US lawyers) investigate everything that

could possibly come up to trial, because once we enter the trial phase we can seldom go back and search for further evidence."

- <sup>11</sup> Deze uitdrukking werd gehanteerd door von Mehren, *Aspetti e Istituti fondamentali del processo civile di primo grado: common law e civil law*, Rivista di diritto processuale, 1969, p. 604.
- <sup>12</sup> Daniel Gilbert, *Stumbling on happiness*, audioboek, Random House, 2006, CD 2, afdeling 24.
- <sup>13</sup> Oscar G. Chase, "Legal processes and a national culture", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Spring 1997 en zijn verwijzing naar: Geert Hofstede, *Culture's Consequence*, 1980.
- <sup>14</sup> Jaap Hage, "Legal reasoning and legal integration", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2003, p. 67 e.v.
- <sup>15</sup> William Tetley, Q.C., "Mixed Jurisdictions: common law v. civil law (codified and uncoded)", [www.unidroit.org/english/publications/review/articles1999-3.htm](http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles1999-3.htm), V. 9.
- <sup>16</sup> Oscar G. Chase, "Legal processes and national culture", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Spring 1997, sub I, tweede paragraaf: "The most important difference between German and American civil procedure is the control the German judge maintains over the factual inquiry".
- <sup>17</sup> Oscar G. Chase, "Legal process and a national culture", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Spring 1997, sub II, A, tweede paragraaf.
- <sup>18</sup> Peter J. Messitte, "Common law v. civil law systems", [www.usinfo.state.gov/journals/it-dhr/0999/ijde/messitte.htm](http://www.usinfo.state.gov/journals/it-dhr/0999/ijde/messitte.htm).
- <sup>19</sup> Paul F. Campos, *US Mania, The madness of American law*, Oxford University Press, 1998, p. 82 e.v.
- <sup>20</sup> Raymond Derine e.a., *Zakenrecht, Deel I B*, Antwerpen, 1974, p. 919.
- <sup>21</sup> A. Scalia, B.A. Garner, *Making your case - the Art of Persuading Judges*, St. Paul, MN, USA, 2008, p. 155.
- <sup>22</sup> V. Davies en T. Pieper, "English disclosure and U.S. Discovery", p. 234: "The key purpose of discovery is to prepare the factual ground for trial. It is supposed to help formulate the issues, which according to U.S. style notice pleading do not have to be spelled out with any specificity in

the complaint.", in John Fellas (ed.), *Transatlantic Commercial Litigation and Arbitration*, New York, 2004, p. 234.

- <sup>23</sup> Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van de bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken.
- <sup>24</sup> Hannah L. Buxbaum, "Improving transatlantic cooperation in the taking of evidence" in A. Nuyts en N. Watté, *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Brussel, 2005, p. 349.

