



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## Fair, redelijk en billijk Over deformalisering in het burgerlijk procesrecht

Asser, W.D.H.

### Citation

Asser, W. D. H. (2000). *Fair, redelijk en billijk Over deformalisering in het burgerlijk procesrecht*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/5257>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/5257>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## **Fair, redelijk en billijk**

Over deformalisering in het burgerlijk procesrecht

Rede uitgesproken door

**Mr. W.D.H. Asser**

bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar  
op het vakgebied van het burgerlijk procesrecht  
aan de Universiteit Leiden  
gehouden op 3 november 2000.



Meneer de Rector Magnificus,  
Zeer gewaardeerde toehoorders,

U bent een groot kattenliefebber maar het ongeluk wil dat u een flatje heeft gehuurd waar slechts plaats is voor het houden van tien van deze dieren. De poezen gedragen zich onbetamelijk, vooral als u weer eens een van uw vele reizen maakt. Ze miauwen vreselijk – hun verzorging laat te wensen over – en een doordringende kattenlucht verspreidt zich, vooral in de zomermaanden, langs de flatgalerijen en -balcons. Nachtelijke katers op vrijersvoeten in de aanhorige tuinen completeren met hun gehuil de overlast. De verhuurder, die te lijden heeft van een aanzwellende stroom klachten van de andere flatbewoners, heeft al een paar keer met u contact opgenomen om te bewerkstelligen dat u de beesten de deur uit zou doen. De laatste keer kreeg u een aangetekende brief van hem met de mededeling dat het houden van zoveel katten in strijd was met uw verplichtingen als huurder, dat de huur zou worden ontbonden en de geëigende rechtsmaatregelen getroffen zouden worden als u de katten niet binnen een maand zou verwijderen. U vindt dat onzin en u bent ook te veel gehecht aan de dieren.

Een maand later, net als u op het punt staat om voor weken op reis te gaan, komt er weer zo'n brief, nu van een deurwaarderskantoor. U denkt dat het zo'n vaart niet zal lopen en zonder te reageren, laat staan uw dieren te verwijderen, vertrekt u. De verhuurder is echter doortastender dan u dacht en dagvaardt u voor de kantonrechter tot ontbinding van de huur en ontruiming. Omdat u niet thuis bent stopt de deurwaarder de dagvaarding in uw brievenbus.

Een paar weken daarna komt u terug en vindt u alsnog de dagvaarding op de mat. Enigszins verontrust consulteert u een advocaat, die vervolgens gaat informeren of er een vonnis is. Dat is er inderdaad, gewezen in uw afwezigheid bij verstek. De vorderingen zijn toegewezen. Het vonnis is echter teruggestuurd naar het kantongerecht want er stond een kennelijke, voor partijen kenbare en voor eenvoudig herstel vatbare verschrijving in, zo weet de deurwaarder van de verhuurder met de hem eigen juridische nauwkeurigheid te melden. U bent intussen weer op reis gegaan in de overtuiging dat uw advocaat er wel op zal letten.

Vervolgens wordt het inmiddels verbeterde verstekvonnis opnieuw, maar nu samen met een aanzegging tot de ontruiming van uw flat, door de deurwaarder in uw brievenbus achtergelaten. Als u van de reis terugkomt, treft u de deurwaarder die met de ontruiming aan de gang is. U raakt enigszins in paniek en weet niet goed wat u moet doen. Het eerste waar uw zorg naar uitgaat is een goed onderkomen voor uw poezen. Uw advocaat is niet te bereiken en intussen voltooit de deurwaarder de ontruiming. Pas daarna krijgt u contact met uw advocaat die vervolgens alsnog bij de kantonrechter in verzet gaat tegen het vonnis. Dat is het middel dat de aanvankelijk

niet verschenen gedaagde, die bij verstek is veroordeeld, heeft om alsnog in de procedure verweer te kunnen voeren. Dat loopt op niets uit. De kantonrechter verklaart u niet-ontvankelijk want volgens de wet kunt u niet meer in verzet komen en wordt het vonnis dus onherroepelijk als de executie ervan voltooid is.

Mag dit nu zomaar? Het is maar hoe je er tegen aan kijkt. De wet gaat ervan uit dat je *tijdens* de executie van een vonnis nog in verzet kunt gaan zodat het redelijk is dat als je dat niet hebt gedaan en er geëxecuteerd is, het verzet niet meer mogelijk is. Maar omdat in veel gevallen, zoals ook in dit geval, de executie gewoon kan doorgaan ook al zou je in verzet komen, is dat wettelijk uitgangspunt vaak een illusie. Je kan ook zeggen: het moet maar voor uw rekening komen dat u niet goed op uw zaak heeft laten letten toen u op reis was. Zeker, dat is een op zichzelf begrijpelijke reactie. Maar is dat voldoende? Kunt u zomaar zonder enige mogelijkheid om nog door de rechter te worden gehoord, uit uw huis worden gezet?

De Hoge Raad heeft in deze materie kort geleden de wet verzet.<sup>1</sup> Hij vindt dat de wettelijke regeling niet tot een resultaat mag leiden dat niet meer voldoet aan de eisen van een eerlijk proces. U kunt toch nog *na* de ontruiming in verzet. Het belang van de verhuurder moet worden afgewogen tegen het zwaarwegende belang dat u als huurder heeft om van uw kant de zaak aan de rechter te kunnen voorleggen, en het belang van de huisbaas mag in zoverre niet de voorrang krijgen dat uw recht op toegang tot de rechter in de kern wordt aangetast. Onder de gegeven omstandigheden is de regeling van de wet in strijd met het recht op een effectieve toegang tot de rechter. Als volgend jaar het wetboek gedeeltelijk zal zijn vernieuwd, zal in de wet zijn opgenomen dat de termijn om in verzet te gaan in een geval als dit begint te lopen *na* voltooiing van de ontruiming.<sup>2</sup>

Een ander geval. Ik ben advocaat in Amsterdam en heb enige tijd geleden een vonnis van de Rotterdamse rechtbank gekregen waarin mijn cliënte ongelijk heeft gekregen. Op de allerlaatste dag van de termijn die de wet daarvoor geeft ben ik in opdracht van mijn cliënte in hoger beroep gegaan. Avocaten plegen met termijnen een dodelijk spel te spelen. De appeldagvaarding – het stuk waarmee men in hoger beroep gaat – is opgesteld en de instructies zijn gegeven aan de deurwaarder die de dagvaarding moet uitbrengen aan de wederpartij. Nu laat de wet toe dat je zo'n dagvaarding laat uitbrengen aan de procureur die in de eerste aanleg optrad voor de wederpartij.<sup>3</sup> Een procureur is - kort gezegd - de in het rechtsgebied van de betrokken rechtbank gevestigde advocaat die de formele proceshandelingen verricht. Mr. Procureur te Rotterdam was de procureur van onze wederpartij, dus zou bij hem de appeldagvaarding worden uitgebracht. De advocaat van de wederpartij die de procedure in werkelijkheid voert is echter mijn confrère mr. Advocaat te Amsterdam. Enige tijd later zie ik hem op een diner, waar hij mij zegt dat hij begrepen heeft dat wij in die Rotterdamse zaak niet in appel zijn gegaan. Ik vraag hem verbaasd hoe hij daaraan komt en leg hem uit dat de appeldagvaarding was uitgebracht aan mr. Procureur te Rotterdam. Daar zegt Advocaat niets van te weten en confrère Procureur ook niet.

Dit zijn gevreesde momenten in een advocatenbestaan.

De volgende dag op kantoor blijkt dat de dagvaarding is uitgebracht aan het kantoor van mr. Practijzn te Rotterdam, mijn eigen procureur. Tamelijk ongelukkig. Onmiddellijk herstellen, denk ik. Als de deurwaarder de dagvaarding alsnog heeft uitgebracht aan mr Procureur krijg ik een scherp telefoontje van confrère Advocaat. Of ik dacht dat ik zo'n enorme fout nog kon goed maken. Wat is nu een dagvaarding aan de eigen procureur, dat is helemaal geen dagvaarding! En of ik ook art. 3:37 lid 3 BW nog eens aandachtig zou willen bestuderen: “*een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt*”. Is een essentieel kenmerk van de dagvaarding niet dat zij het instrument is om de wederpartij op te roepen voor de rechter? Nu die oproeping de wederpartij niet heeft bereikt, mocht hij een boon zijn als die eerste dagvaarding niet meer dan een *non-existente* sinaasappel was, lacht mijn confrère vals. En omdat de tweede keer dat de dagvaarding werd uitgebracht de appeltermijn al was verstreken, had ik verder geen schijn van kans meer: ik zou zeker niet-ontvankelijk worden verklaard omdat dat nu eenmaal de straf is op een te laat ingesteld hoger beroep, verklaart hij opgetogen. Nadat ik hem er op had gewezen dat hij met een sinaasappel klaarblijkelijk een banaan bedoelde<sup>4</sup> en dat hij inderdaad een boon was<sup>5</sup>, en ik hem op het punt van de *non-existentie* van ge-explooteerde bananen mocht verwijzen naar enige procesrecht-*hotshots*, kon ik hem triomfantelijk herinneren aan een uitspraak van de Hoge Raad van ruim zes jaar geleden; mijn handelwijze had de zegen van het hoogste rechtscollege.<sup>7</sup> Met de Hoge Raad had hij niet zoveel te maken, het gaat om de wet, was zijn bondige repliek. De discussie over de precedentwerking van de uitspraken van de Hoge Raad ben ik maar niet met hem aangegaan.<sup>8</sup> Het hof gaf me daarna gelukkig gelijk, want daar kunnen ze tenminste nog dagvaardingen van zuidvruchten onderscheiden. En zo konden mijn aansprakelijkheidsassuradeur en ik weer opgelucht ademhalen, want de zaak had een groot “belang”.

De kenners hebben de gevallen herkend en al begrepen waar ik vanmiddag over wil praten. Hier is sprake van *deformalisering*.<sup>9</sup> Dit begrip<sup>10</sup> suggereert dat het procesrecht bol staat van formalismen en, inderdaad, wie de wet en de handboeken opslaat kan zich aan die indruk niet onttrekken. Vormelijk is het procesrecht ook, alleen al vanwege het antieke en deftige jargon, maar daarover wil ik vandaag niet spreken evenmin als over een beter gebruik van de Nederlandse taal door allen die zijn betrokken bij de rechtsbedeling.<sup>11</sup>

Vormen en formaliteiten zijn een belangrijke karaktertrek van het civiele proces. Star Busmann<sup>12</sup> schreef: “*Vaste vormen en termijnen zijn onmisbaar in elke procesorde. Ze dienen om een eerlijke rechtsstrijd te waarborgen en zijn nodig ter voorkoming van overrompeling van de ene partij door de andere, ter bevordering van een regelmatige afwikkeling van het geding, ter beteugeling van rechterlijke willekeur, mitsdien ter bevordering van de deugdelijkheid der rechtspleging. In zover behoren ze tot de middelen om het recht te handhaven. Zonder vormen en formaliteiten is een behoorlijke procesvoering*

onbestaanbaar<sup>9</sup>. Ik zou wat ruimer willen spreken van vaste en duidelijke procesvoor-  
schriften, zich onder meer uitend in formaliteiten en termijnen. Het idee van de  
rechterlijke willekeur – lang geleden door Van Hall gekarakteriseerd als de “gevaar-  
lijkste van alle dwingelandijen”<sup>13</sup> – spreekt ons tegenwoordig misschien niet meer zo  
aan, maar we moeten bedenken dat die willekeur in de lange periode dat ons proces-  
recht vorm kreeg een reëel probleem was en dat de codificatie rond 1800 door de  
invoering van een strak vormen- en sanctieregime die willekeur wilde uitbannen.<sup>14</sup>  
Rechtszekerheid, berekenbaarheid van het recht stonden voorop. “*Recht is ordening,  
het komt er dikwijls meer op aan dat er orde is dan hoè zij wordt verkregen*” schreef  
Paul Scholten in zijn Algemeen Deel,<sup>15</sup> en hij trok in dat verband de vergelijking met  
het verkeer: “*Het is volkomen onverschillig of de mensen rechts of links houden, doch het  
is van groot belang, dat zij allen hetzelfde doen*”. Zijns inziens spreekt ons zedelijk oor-  
deel, onze overtuiging omtrent wat behoort, niet mee bij vragen van bevoegdheid  
van de rechter en vorm.<sup>16</sup> Zo zouden wij het, na de oorlogservaringen van de perver-  
tering van het recht, niet meer formuleren<sup>17</sup>, maar er zit nog steeds wel waarheid in  
zijn woorden, want veel gewone orderegels behoeven geen zedelijke toets. Wie wel  
eens met een politieagent heeft gediscussieerd kan ervan meepraten.

Het spook van de rechterlijke willekeur kan overigens ook nog steeds de kop  
opsteken, namelijk daar waar de rechter door discretionaire bevoegdheden veel  
beslissingsruimte heeft. Gebrek aan consistent procesbeleid, te veel varen op het per-  
soonlijke en intuïtieve rechtvaardigheidsgevoel in het gegeven geval kan de rechter in  
de gevarezone brengen. Regels beschermen de rechter daartegen. Hij is zelf ook niet  
steeds gebaat met grote beleidsvrijheid die immers al snel discussie van de partijen  
met hem en met elkaar kan uitlokken. Vaste procesregels, die overigens niet noodza-  
kelijkerwijs hun neerslag behoeven te vinden in *formaliteiten*, zijn dus ook in het  
belang van de rechter. Bovendien moeten, zoals Star Busmann liet uitkomen, partijen  
tegen elkaar bescherming vinden in vaste procedureregels waarvan zo min mogelijk  
wordt afgeweken. In een situatie van geschil, van conflict en strijd bestaat behoefte  
aan duidelijke en vaste procedureregels. Dan weet men waar men aan toe is.<sup>18</sup>

Het is dus niet voor niets dat het procesrecht zóveel nadruk legt op *orde*, dat  
onze meest gebruikelijke open norm de goede proces*orde* is. Dat de vorm en de sanc-  
tie in het procesrecht in de sleutel van het algemeen belang zijn gezet is intussen dui-  
delijk en dat brengt mee dat de formaliteiten en termijnen niet alleen dwingend recht  
vormen maar ook van *openbare orde* zijn, zodat de rechter ze ambtshalve moet toe-  
passen en bij niet-naleving de rechtsgevolgen moet vaststellen.

Als ordeningsrecht kent het procesrecht heel veel formaliteiten en termijnen.<sup>19</sup>

Vooral het beslag- en executierecht, waarin de dwanguitoefening concreet wordt,  
wemelt ervan. Het is dan ook niet ongebruikelijk om het civiele procesrecht als het  
“formele privaatrecht” aan te duiden ter onderscheiding van het “materiële privaatrecht”  
waarmee de rechtsregels worden bedoeld die de rechtsbetrekking die in een

proces in geschil is, de *materie* beheersen. Materieel huurrecht bepaalt dat de verhuurder van u kan verlangen dat uw katten geen overlast veroorzaken en dat als u daar niet voor zorgt, hij de huurovereenkomst kan beëindigen en u kan dwingen om de flat te ontruimen. Formeel recht bepaalt hoe dat laatste in zijn werk moet gaan: het verkrijgen van een rechterlijke uitspraak en de daadwerkelijke tenuitvoerlegging daarvan. Deze onderscheiding, die ook in andere landen wordt gemaakt<sup>20</sup>, spreekt in het licht van de vormenrijkdom van het procesrecht op het eerste gezicht aan maar dient, zoals bekend,<sup>21</sup> te worden gerelativeerd, want bijvoorbeeld ook het materiële privaatrecht kent formeel recht, denk aan de formaliteiten met betrekking tot de totstandkoming van het huwelijk, het aangaan van huwelijkse voorwaarden, de oprichting van rechtspersonen, het maken van testamenten en de levering van vorderingen op naam en van onroerende zaken.

In hun belangwekkende, aan deformalisering gewijde bijdrage in de afscheidsbundel voor Marcel Storme stellen De Corte, Laenens, Taelman en Broeckx dat het procesrecht zelfs een formalistisch recht is in de zin dat omwille van de rechtszekerheid die een procesverhouding karakteriseert, de geldigheid van proceshandelingen enkel en alleen bepaald wordt door het naleven van de vorm.<sup>22</sup> De vorm, zo stellen zij, bepaalt de geldigheid van de proceshandeling. De mogelijkheid om gedurende de hele loop van het geding vragen te stellen naar materieelrechtelijke rechtsgeldigheid van proceshandelingen (bijvoorbeeld door het inroepen van een wilsgebrek) is niet verenigbaar met de rechtszekerheid, vereist binnen elke procesverhouding. Dus: als men bij de te verrichten proceshandeling nu maar de voorgeschreven formaliteiten in acht heeft genomen, dan volgt daaruit het beoogde rechtsgevolg. En als men die formaliteiten niet in acht heeft genomen blijft het rechtsgevolg achterwege. Onze huurzaak liet zien hoe iemand door het louter in acht nemen van alle formaliteiten uiteindelijk door een rechterlijk vonnis uit zijn huis gezet kan worden. Dit is typerend voor de uitwerking van procesrechtelijke regels. De afweging, de risicoverdeling die eraan ten grondslag ligt, is deze dat het belang van de eiser (de huisbaas) om zijn aanspraak op ontruiming bij de rechter geldend te kunnen maken niet mag worden gefrustreerd door het niet komen opdagen van de gedaagde. Hetzelfde mechanisme geldt bij termijnen. Overschrijding van de termijn is fataal zonder dat van belang is wat die overschrijding heeft veroorzaakt.

Het is belangrijk om, voordat we ons verder verdiepen in de deformalisering en voordat we verder deformaliseren, te beseffen dat dit formele karakter van het procesrecht op zichzelf niet zo'n verwerpelijke antiquteit is als men misschien geneigd zou zijn te denken. De zojuist genoemde Belgische auteurs spreken in dit verband over een *positief formalisme*.<sup>23</sup> Het is, zonder overdrijving gezegd, een wezenskenmerk van procedurerecht. Het internationale rechtsverkeer is te meer gediend met voorspelbaarheid en rechtszekerheid, terwijl ook de toegenomen druk om voortvarend te procederen, alsmede – een onderbelicht aspect – de toenemende automatisering in het rechtsverkeer, naar mijn verwachting, tot gevolg zullen hebben dat het werken



met vaste vormen, sjablonen en termijnen zeker niet zal afnemen.

Wanneer we spreken over en bezig zijn met deformalisering moet dat een eerste uitgangspunt zijn en uit de rechtspraak en wetgeving blijkt ook dat niet alleen de deformalisering gepaard gaat met *nieuwe* vormen en regels teneinde zoveel mogelijk duidelijkheid te scheppen, maar dat ook op bepaalde terreinen een *formalisering* valt waar te nemen. Het meest opvallende voorbeeld is misschien wel de introductie van regels uit de toch als zeer formeel bekend staande dagvaardingsprocedure in de vandoord als informeel getypeerde verzoekschriftprocedure. Ook de huidige tendens tot versnelling van de procedure, mede tot uitdrukking komend in het recente Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken, noodzaakt tot strikt te handhaven formele voorschriften om de vaart erin te houden en vertragingstactiekken af te straffen.

Echter vaste regels, formaliteiten en termijnen, bedoeld om in de gewone gevallen het processuele leven wat te vereenvoudigen, mogen door formalisme niet een doel op zichzelf worden en het procesrecht perverteren. Deformalisering is een manier om dat gevaar te keren. Het houdt sterk verband met de *handhaving* van procesvoorschriften. Het genoemde algemeen belang van rechtszekerheid en voorspelbaarheid en het daaruit voortvloeiende dwingende karakter van de regels leidde tot het strikt omgaan met formaliteiten en termijnen. Het probleem dat als steeds knellender werd ervaren zat vooral in de strenge sanctie of de verstrekkende gevolgen van een strikte toepassing van het wettelijk stelsel. Het was het zonder enige uitzondering of verzachting verbinden van de door de wet en de rechtspraak bepaalde nietigheden en niet-ontvankelijkheden aan fouten en verzuimen, dat in steeds meer gevallen onaanvaardbaar werd geacht omdat men meer en meer oog kreeg voor wat onze zuiderburen het "*normdoel*" noemen. Het is een ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad die in 1972 door Haardt werd gesignaleerd in zijn bekende opstel "Informeel privaatrecht" in de Van Opstall-bundel,<sup>24</sup> maar die al het jaar daarvoor met veel overtuigingskracht was gepropageerd door Heemskerck in zijn fundamentele opstel over nietigheid in het burgerlijk procesrecht.<sup>25</sup> Verder terugtrekkend in de tijd moet ik hier nog wijzen op de krachtige deformalisering die werd beoogd in het Ontwerp Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1920, opgesteld door de Staatscommissie Gratama.<sup>26</sup> Onlangs heeft Van Rhee daar nog eens terecht op gewezen.<sup>27</sup>

Deformalisering is ongetwijfeld mede gestimuleerd door de gebrekkigheid van het oude Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Veel deformalisering kan worden gezien als *modernisering* van het recht, van het voorzien in leemten en het bij de tijd brengen van het stelsel en de regels. Deformalisering heeft ook bepaald géén vermindering van regels opgeleverd, maar wel op bepaalde gebieden geleid tot een evenwichtiger stelsel en rechtsverfijning.<sup>28</sup>

Ten Kate heeft destijds in de Haardt-bundel<sup>29</sup> over deformalisering van procesregels geschreven: "*de formele en daaruit voortvloeiende strakke benadering van deze*

regels wordt doorbroken en vervangen door een uitleg en toepassing, gebaseerd op een meer materiële waardering van de waarborgen die de betrokken regels in het gegeven geval beogen te brengen.” Maar de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 26 855 spitst deformalisering toe op de *sancties* in het civiele procesrecht, want gesteld wordt dat zij inhoudt “dat fouten alleen moeten worden ‘bestraft’ indien het belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen, daadwerkelijk is aangetast”.<sup>30</sup> Beide hebben gelijk, want Ten Kate beschrijft het proces van de toepassing en de memorie van toelichting een van de belangrijkste doelstellingen van deformalisering.

Deformalisering is inderdaad meer in het bijzonder gericht op de rechtsgevolgen van het niet naleven van procesrechtelijke voorschriften die daarin bestaan dat de toegang tot de rechter wordt ontzegd, dat een lopend proces wordt beëindigd of dat processuele rechten niet meer kunnen worden uitgeoefend. De twee gevallen waarmee wij begonnen zijn er sprekende voorbeelden van en zij betreffen beide ook een van de belangrijkste terreinen van deformalisering: de toegang tot de rechter. We zouden echter de reikwijdte van deformalisering miskennen als wij haar zouden verenigen tot de rechtsgevolgen van *vormverzuimen*. U kent dit woord ongetwijfeld in de context van het *strafproces*<sup>31</sup> dat meer dan het civiele recht zich mag verheugen in de publieke en politieke belangstelling. Ik zal hier verder geen vergelijking met het strafprocesrecht trekken, maar kan niet nalaten op te merken dat naar mijn indruk de vorm in het strafproces een grotere rol speelt dan in het civiele.

In de twee casus waarmee we vanmiddag zijn begonnen, kwamen verschillende *sancties* aan de orde: een eventueel nietige dagvaarding en de niet-ontvankelijkheid van het verzet respectievelijk het hoger beroep. Ik ga nu voor een moment dieper in op zulke sancties in het procesrecht en de deformalisering in dat verband.

In de eerste plaats kennen wij, net als in het materiële privaatrecht ten aanzien van de rechtshandeling, de sancties die de geldigheid van de proceshandeling<sup>32</sup> zelf raken, te weten de *nietigheid van rechtswege* en de *vernietigbaarheid*.<sup>33</sup> Overtreding van een voorschrift dat op straffe van *nietigheid* in acht genomen moet worden, kan van rechtswege nietigheid tot gevolg hebben, maar door een krachtige deformalisering in de afgelopen decennia, niet alleen door de rechtspraak maar ook door wetswijziging<sup>34</sup>, leidt overtreding er meestal toe dat de rechter slechts onder bepaalde voorwaarden de nietigheid uitspreekt. De facto is in de regel alleen sprake van vernietigbaarheid, zoals Heemskerck destijds al constateerde.<sup>35</sup> Zo gaan het huidige stelsel en dat van het wetsvoorstel 26 855 ten aanzien van een gebrek in de dagvaarding weliswaar uit van de nietigheid van rechtswege, maar er zijn ruime mogelijkheden tot herstel. Trouwens, al het Ontwerp van de Staatscommissie Gratama van 1920 bevatte een algemene bepaling van die strekking.<sup>36</sup> Bovendien moet, zolang de rechter de nietigheid van de dagvaarding niet heeft uitgesproken, deze als geldig worden beschouwd. Die deformalisering is vooral tot stand gekomen door de gevallen waarin nietigheid van de dagvaarding als gevolg van het verlopen zijn van de beroepstermijn desastreuze gevolgen had. We hebben dat risico gezien in de tweede casus.

Wetsvoorstel 26 855 trekt in art. 1.6.20 de lijn door naar alle exploiten.<sup>37</sup> Elders<sup>38</sup> zal ik hierop ingaan en op de verhouding tot de mogelijkheden die het beslagrecht biedt tot het herstel van exploiten (met name de art. 438 lid 2 en art. 705 lid 2 Rv).

Aan dit stelsel van nietigheden kan mijns inziens nog wel wat verder worden gewerkt. In de eerste plaats is er geen enkele aanleiding om, zoals het wetsvoorstel 26 855 voor de *dagvaarding* doet in art. 2.3.11 lid 1, de mogelijkheid te handhaven dat ook als de gedaagde verschijnt, de dagvaarding nog nietig kan worden verklaard, want herstel van een gebrek dat de gedaagde onredelijk benadeelt, moet steeds mogelijk worden geacht. Dat is een kwestie van ruimte scheppen in de aanhangige procedure.

In de tweede plaats meen ik dat het tweede lid van art. 93 Rv dat de rechter *verplicht* om de nietigheid van de dagvaarding uit te spreken als aannemelijk is dat de gedaagde als gevolg van het gebrek niet is verschenen, kan worden gemist. Weliswaar wordt deze bepaling door de komende wet naar de derde rang verwezen en wordt de reikwijdte verengd tot het geval dat aannemelijk is dat door het gebrek de dagvaarding de gedaagde niet heeft *bereikt*,<sup>39</sup> maar er is mijns inziens geen enkele goede reden te bedenken waarom niet ook in dit geval het herstel van het gebrek door de rechter zou kunnen worden bevolen. Dat dit herstel alleen kan geschieden bij exploit vóór de eerste roldag, zoals de huidige wet en de komende wet voorschrijven, wordt niet gerechtvaardigd in het licht van het grote belang dat bij instandhouding van de dagvaarding is betrokken, vooral wanneer het gaat om een rechtsmiddel. Per slot van rekening zorgt de griffier in *verzoekschriftprocedures* ook, na controle van het adres, voor nieuwe oproeping als de oproeping terugkomt.<sup>40</sup> Ook daar wordt dus het grote belang erkend dat gemoeid is met de correcte gegevens opdat zoveel mogelijk wordt verzekerd dat de oproeping de belanghebbende bereikt. Er is dan ook alle reden invoering van dezelfde ruimere herstelmogelijkheid in de *dagvaardingsprocedure* te overwegen.

Naast de nietigheden kennen wij de niet-ontvankelijkheid,<sup>41</sup> een wat diffuus begrip.<sup>42</sup> Daar waar de proceshandeling op zichzelf geldig is – aan alle formaliteiten is voldaan – kan haar nochtans het beoogde rechtsgevolg worden ontzegd. Dit doet zich voor in een aantal gevallen.

Zo volgt niet-ontvankelijkheid bij het na afloop van de termijn aanwenden van rechtsmiddelen. We kwamen dat tegen in de beide gevallen waarmee we vanmiddag begonnen. Is het hoger beroep of het verzet te laat ingesteld bij een geldige dagvaarding dan is het dus weliswaar formeel geldig ingesteld – aan de formaliteiten is voldaan – maar kan het niet meer in behandeling worden genomen. Men wordt dan niet ontvankelijk verklaard. Uitstel is niet mogelijk. De Hoge Raad wil *in beginsel* niet van uitzonderingen weten. Maar we hebben in ons eerste voorbeeld van de ontruiming gezien dat er gronden kunnen zijn om *generiek* af te wijken van het wettelijk stelsel. *Individuele* afwijkingen echter zijn uitgesloten, zelfs als de appellante ten aanzien van de duur van de termijn op het verkeerde been is gezet door een onjuiste vermelding

in de uitspraak of een verkeerde mededeling van de griffie, de zogenaamde onjuiste *Rechtsmittelbelehrung*.<sup>43</sup> In bepaalde gevallen van zeer korte appeltermijnen wordt wel verlichting geboden, doordat men ontheven wordt van de plicht om bezwaren (grievens) te formuleren in het beroepschrift.<sup>44</sup> Kennelijk vindt de deformalisering in de rechtspraak hier haar grenzen,<sup>45</sup> waarbij overigens wel meteen moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad waar dat mogelijk is de termijn maximaal wil laten benutten door indiening van stukken per fax toe te laten<sup>46</sup> en dat zelfs tot het middernachtelijk uur.<sup>47</sup>

Het valt overigens op dat de rechtspraak op het punt van de processuele beroepstermijnen wel erg streng is, terwijl als het gaat om de termijnen die in het *materiële* recht gelden voor het nog kunnen instellen van rechtsvorderingen meer openingen mogelijk zijn op grond van een materiële benadering. Niet alleen doet zich dit blijkens recente rechtspraak voor op het terrein van de verjaring – net zo'n instituut waarop de rechtszekerheid zwaar haar stempel drukt, zij het dat verjarings-termijnen niet van openbare orde zijn –,<sup>48</sup> maar het manifesteert zich ook op andere terreinen.<sup>49</sup>

Het is evenwel de vraag of ook bij beroepstermijnen in het procesrecht in apert onbillijke gevallen niet een ontsnapping mogelijk moet zijn.<sup>50</sup> De zojuist al genoemde verkeerde *Rechtsmittelbelehrung* vind ik eerlijk gezegd zo'n apert onbillijk geval.<sup>51</sup> Een ontsnappingsmogelijkheid is in 1978 al bepleit door Sillevius Smitt<sup>52</sup> die sprak van schrijnende gevallen en die met name de cliënt niet altijd het slachtoffer wilde laten worden van fouten van zijn advocaat, op wie die cliënt nu eenmaal helemaal is aangewezen. Ik moet bekennen dat zijn argumenten mij aanspreken ook al vindt de Hoge Raad de aanwezigheid van een geschoolde procesvertegenwoordiger als een advocaat eerder een contra-indicatie voor deformalisering.<sup>53</sup> Sillevius Smitt verwijst onder meer naar het bestuursrecht waarin art. 6:11 Algemene wet bestuursrecht<sup>54</sup> ruimte biedt voor herstel in het geval van verschoonbare termijnoverschrijding. Ik zou menen dat in het kader van de te verwachten verdere fundamentele bezinning op het civiele procesrecht, die bepaling aanleiding geeft om nog eens goed na te denken over de vraag of de verschillen tussen het civiele procesrecht en het bestuursprocesrecht op dit punt werkelijk zo groot zijn als men misschien zou menen.<sup>55</sup> Die verschillen zouden wel eens erg kunnen meevallen. Bovendien hebben we in zaken van verhaal van bijstand in het kader van de Algemene bijstandswet in de civiele procedure al veel ervaring opgedaan met (analogische) toepassing van art. 6:11 Awb.<sup>56</sup> Daarbij is het ook goed om nog eens te beseffen dat in de verzoekschriftprocedure – net als trouwens bij de verzettermijn –, tamelijk veel onzekerheid kan bestaan aangaande de ingang van de appeltermijn voor andere belanghebbenden dan die welke verschenen waren.<sup>57</sup> De rechtszekerheid is dus maar een betrekkelijke grootheid.<sup>58</sup> Overigens kunnen we leren van het Duitse recht dat, zoals bekend, op dit gebied veel milder is.<sup>59</sup>

Tot zover een paar voorbeelden. Vele andere zou ik nog kunnen en ook eigenlijk

moeten noemen, zoals de krachtige deformativering in het geval van het niet verschijnen van de eiser in de door hem aanhangig gemaakte zaak, het doorbreken van de wettelijke uitsluiting van rechtsmiddelen, de verbetering van rechterlijke uitspraken, de wisselbepalingen die meebrengen dat een verkeerde wijze van aanhangig maken van de zaak niet meer leidt tot niet-ontvankelijkheid, de verruiming van de mogelijkheid om in alimentatie grieven te formuleren en de verwijzing ter toelichting van grieven naar stellingen geponeerd in de vorige instantie. Het is maar een greep. Elders<sup>60</sup> zal ik er dieper en vollediger op ingaan.

Intussen zult u wel hebben begrepen dat ik meen dat de ontwikkeling nog geenszins haar grenzen heeft bereikt. Het gaat immers niet slechts om het over boord zetten van overbodige formalismen<sup>61</sup>, althans het doelmatig verminderen van formaliteiten.<sup>62</sup> Dat is een te minimalistische opvatting. Ik geloof zelfs dat er geen grenzen aan deformativering gesteld kunnen worden. Aan de orde is namelijk een wijze van wetsuitleg en rechtstoepassing, een bepaalde attitude, die een onvervreemdbaar deel is geworden van het instrumentarium van de civiele rechter en niet meer kan en ook niet meer mag worden verlaten. Een tegenbeweging - Funke sprak zelfs eens van *reformativering* - zie ik niet op gang komen.<sup>63</sup>

Ik wil nu nog enige aandacht besteden aan de *grondslag* voor deformativering. Algemeen aanvaard is dat de *ratio* van deformativering is gelegen in de dienende functie van het procesrecht. Het civiele proces dient de verwezenlijking van het materiële recht. Dat is een tamelijk instrumentele opvatting van het proces, maar zij is zonder meer juist. Het is het hoofddoel van het civiele proces. Simpel gezegd: de partijen moeten zo min mogelijk door de sancties op procedurele voorschriften belemmerd worden om hun zaak aan de rechter voor te leggen en die sancties behoren zo min mogelijk in de weg te staan aan een inhoudelijke beoordeling van het geschil dat partijen verdeeld houdt. Daarnaast moet men echter erkennen dat het civiele proces als zodanig ook een eigen functie heeft doordat partijen en de rechter de gelegenheid krijgen om de feiten en de rechtsregels op te sporen en er achter te komen wat hun geschil eigenlijk inhoudt, waarom en op welke punten zij met elkaar überhaupt een geschil hebben. Ik wil daarover nu niet verder uitweiden, maar als we denken over deformativering dan moet aan die zelfstandige functie van het proces niet voorbij gegaan worden.

De deformativering waarover ik heb gesproken gaat gepaard met andere ontwikkelingen in het procesrecht die vergelijkbaar zijn, zoals de toenemende activiteit van de rechter bij de sturing van het proces en de groeiende behoefte aan een meer informele geschillenbeslechting, in de vorm van een informelere procesgang voor de rechter of van *mediation*. Men moet deze echter wel onderscheiden van deformativering waarover ik het vandaag heb. Deformativering beoogt mijns inziens geen informeler procesrecht, maar, als gezegd, een minder formalistische uitleg en toepassing van de regels.<sup>64</sup> Een andere ontwikkeling, die meer verband houdt met ons onderwerp, is de

gestegen aandacht voor de verhouding tussen de partijen enerzijds en die tussen de partijen en de rechter anderzijds. Met name de vraag hoe partijen zich ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de rechter hebben te gedragen en de normering daarvan.<sup>65</sup> Haardt had in zijn Leidse oratie over fair play en ook later bij zijn herbezoek aan dat onderwerp, dat verband ook al gelegd.<sup>66</sup> De wijze waarop wij in het procesrecht met rechtsregels omspringen, wordt zonder meer beïnvloed door onze kijk op de positie van de procespartijen, zowel ten opzichte van elkaar als ten opzichte van de rechter die niet alleen als beslechter van hun geschil maar ook als representant van de overheid en de maatschappij moet worden beschouwd. De materiële benadering van procesrechtelijke regels die wij hebben ten aanzien van dat gedrag, is bovendien eveneens een kenmerk van deformalisering, zoals we zagen. Procesrecht krijgt aldus steeds meer over de hele linie het karakter van materieel recht, zo lijkt het. Veegens<sup>67</sup> schreef al in 1979 dat de rechtsvinding in het procesrecht zich niet meer wezenlijk onderscheidt van die in het materiële recht. Die ontwikkeling is goed en staat ook geenszins op gespannen voet met de bijzondere eisen die de rechtszekerheid aan procesregels stelt. Die kunnen immers ook in een materiële benadering worden verdisconteerd.

In dit verband doet zich de vraag voor of er een algemene, open norm is aan te wijzen op basis waarvan de deformalisering zich voltrekt. Die vraag kan niet volmondig bevestigend worden beantwoord. De Hoge Raad hanteert in dit verband de bekende vage normen (bronnen van ongeschreven recht), te weten de goede procesorde, de beginselen van een behoorlijke rechtspleging en de fundamentele rechten die door art. 6 EVRM worden gewaarborgd, terwijl ook wel proceseconomie, een deugdelijk procesbeleid en doelmatigheid worden gebruikt ter motivering van deformaliserende beslissingen. In andere gevallen vermijdt hij het gebruik van zulke begrippen en weegt hij de belangen zonder meer af of legt hij zelfs zonder zo'n uitdrukkelijke belangenafweging de wet uit naar haar strekking. Een duidelijke lijn kan ik althans moeilijk ontdekken.<sup>68</sup>

De rechtsvinding op basis van open normen heeft een stevig fundament in het overige privaatrecht. Wij hebben in de twintigste eeuw daarmee grondig leren omgaan. Ik vraag me daarom af waarom er geen reden zou zijn om dat in het procesrecht ook niet even grondig te doen. Rechtszekerheid, voorspelbaarheid komen niet zomaar daardoor in gevaar. Zij zijn niet méér, maar natuurlijk ook niet minder dan zwaarwegende aspecten die hun invloed doen gelden en waarmee de rechter rekening moet houden. Ik ben dus ook niet zo bang voor de ontwikkeling van een procesrechtelijk equivalent van wat wij kort plegen aan te duiden als de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid in art. 6:2 lid 2 BW. Waarom zou niet ook in het procesrecht kunnen gelden dat een procesrechtelijk voorschrift buiten toepassing moet blijven als zulks tot onaanvaardbare gevolgen leidt naar maatstaven van een goede procesorde, billijkheid, fairness, misschien zelfs redelijkheid en billijkheid of hoe je het ook wil noemen. Laten we daar maar eens verder over nadenken. Voor het

hanteren van zulke maatstaven of normen is in elk geval het instrumentarium ruimschoots voorhanden en kan men zeggen dat praktijk geoefend is.<sup>69</sup>

Om dit alles te onderstrepen neem ik u mee naar het Rome van de tweede eeuw van onze jaartelling om te laten zien dat deformalisering van alle eeuwen is.

*“7.Divus Antoninus Marcio Avito praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: ‘Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. Itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit: existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest’. 1. Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest”.*

[De vergoddelijkte Antoninus heeft aan praetor Marcius Avitus betreffende hulp, aan iemand te verlenen die tijdens zijn afwezigheid zijn zaak had verloren, in de volgende zin bij rescript geantwoord: ‘Hoewel niets van hetgeen in rechte formeel is geregeld gemakkelijk mag worden veranderd, moet toch waar klaarblijkelijke billijkheid dit eist hulp worden geboden. Indien derhalve de gedaagde op de dagvaarding niet heeft gereageerd en er daarom op de gebruikelijke wijze uitspraak is gedaan, maar hij zich onmiddellijk daarna, terwijl u nog zitting hield, bij u heeft gemeld, mag men aannemen dat hij niet is weggebleven door eigen nalatigheid, maar omdat hij de stem van de heraut niet duidelijk had gehoord; en daarom kan hij worden hersteld’.

Dit soort hulp is niet alleen tot deze gevallen beperkt; ook aan hen namelijk die zonder eigen schuld erin gelopen zijn, met name als er bedrog van de kant van de tegenpartij in het spel is geweest, zal hulp moeten worden verleend, al pleegt hun tevens de actie wegens arglist toe te komen. Het is de taak van een goede praetor liever het proces te herstellen in overeenstemming met de eisen van het gezonde verstand en de billijkheid, dan die onterende actie te laten plaatsvinden. Tot deze moet men alleen dan zijn toevlucht nemen, wanneer er voor herstel geen plaats kan zijn.]<sup>70</sup>

We zien het voor ons. Iemand is door zijn wederpartij voor de rechter gedaagd en komt buiten de rechtszaal een vriend tegen die hem aanspreekt over het laatste tv-interview met een bekende filosoof. Ze raken uiteraard verwickeld in een heftig debat. Hierdoor hoort hij niet dat zijn zaak wordt uitgeroepen door de functionaris die de zaak uitroept<sup>71</sup>. Wat later spoedt onze gedaagde zich niets vermoedend naar de

rechter. En dan blijkt dat het vonnis zojuist reeds is geveld. Hij legt de rechter uit dat hij de zaak niet heeft horen uitroepen. De rechter blijkt in eerste instantie natuurlijk niet erg overtuigd door deze smoes, maar na lang aandringen wil hij wel zo vriendelijk zijn om aan de keizer te vragen wat in zo'n geval moet gebeuren. Onze tekst geeft het antwoord.<sup>72</sup>

Aan het woord is Ulpius Marcellus, een bekende Romeinse jurist, werkzaam tussen ruwweg 150 en 180 n. Chr. onder de keizers Antoninus Pius en zijn opvolger Marcus Aurelius.<sup>73</sup> Het fragment is uit zijn *Digesta*, een handboek van het civiele recht. Zoals bijna alle juridische boeken uit de oudheid is dit werk verloren gegaan, maar een betrekkelijk groot aantal fragmenten ervan zijn ons overgeleverd in het gelijknamige boek dat zo'n driehonderdvijftig jaar later op last van Keizer Justinianus is samengesteld, de *Digesten* van Justinianus.<sup>74</sup> In het eerste gedeelte van het fragment dat ik net voorlas wordt een rescript weergegeven van keizer Antoninus – mogelijk keizer Marcus Aurelius<sup>75</sup> – aan een zekere praetor Marcius Avitus. De praetor was een magistraat die naast zijn zeer belangrijke taak op het terrein van de ontwikkeling van het recht<sup>76</sup>, in bepaalde gevallen ook zelf als rechter kon optreden en dat was hier blijkbaar het geval geweest.<sup>77</sup> In die tijd konden burgers en magistraten zich met juridische problemen en vragen wenden tot de keizer in Rome. Zij kregen dan antwoord – een *rescript* – van de keizer, of liever: van de juristen die aan zijn kanselarij waren verbonden. Ulpius Marcellus was zo'n jurist. Het antwoord van de keizer werd in het algemeen beschouwd als bindend en bevatte ook meer dan eens een instructie aan de magistraat hoe te handelen.

Het rescript in dit geval schrijft voor dat, als de gedaagde buiten zijn schuld afwezig was en zich meteen bij de rechter had gemeld, het uitgesproken vonnis wordt teniet gedaan en het proces wordt heropend, althans dat is de betekenis van het herstel waarover wordt gesproken. De gedaagde wordt hersteld in zijn processuele rechten via de „*in integrum restitutio*“.

Het tweede gedeelte van de tekst is eveneens interessant. Het is hier Ulpius Marcellus zelf die aan het woord is. We stellen ons nu voor dat de eiser die vriend heeft gevraagd of misschien wel: omgekocht om de gedaagde te onderscheppen en ervoor te zorgen dat het vonnis zonder tegenspraak zou kunnen worden verkregen. De vriend kwijt zich van zijn taak, maar het bedrog komt op de een of andere manier aan het licht. Ook dan moet het proces worden overgedaan. De gedaagde behoeft zich dus niet te verlaten op een actie tot schadevergoeding tegen de eiser wegens bedrog, welke actie in het Romeinse recht voor de wegens bedrog veroordeelde ernstige maatschappelijke gevolgen (eerloosheid) kon hebben.<sup>78</sup>

Belangwekkend is nu met name de basis waarop de toekenning van de herstel-mogelijk (*in integrum restitutio*) gebeurt en dan zal iedereen het erover eens zijn dat de tekst ons verrassend modern aandoet. De grond voor het herstel is de klaarlijk-lijke, evidente billijkheid<sup>79</sup> (“*aequitas evidens*”) die iets eist, wat iets anders opgevat,<sup>80</sup> zou kunnen worden vertaald met: “waar billijkheid dit klaarlijklijk eist”, een uitdrukking die de civilisten onder u kennen van art. 6:94 BW.<sup>81</sup> In het tweede gedeelte



wordt de beslissing gebaseerd op de eisen van het gezonde verstand en de billijkheid, in het Latijn: “*et ratio et aequitas*”, wat letterlijk betekent: “zowel rede als billijkheid”.<sup>82</sup> We mogen dat echter niet, zonder ons schuldig te maken aan anachronisme, vertalen met “redelijkheid en billijkheid”, want die stammen af van een ander, maar wel verwant Romeins begrip, de *bona fides*, de goede trouw. Wel leert ons de ontwikkeling van de redelijkheid en billijkheid in ons eigen recht als algemene maatstaf of bron van ongeschreven recht, dat zij binnen het privaatrecht steeds meer tendeert naar de rol van het gehele privaatrecht overkoepelende billijkheid, een rol die in wezen toekwam aan die Romeinse *aequitas*. De *aequitas* berust op een afweging. U kent de weegschaal van Themis, vrouwe Justitia. Het komt aan op het in evenwicht brengen van de schalen. De billijke verevening in deze zin van alle ter zake doende rechten en belangen, dat is de functie van de *aequitas*.

De belangrijke<sup>83</sup> tekst van Marcellus bevestigt, naar mijn gevoel ten volle wat de romanist Franz Wieacker over het Romeinse recht heeft opgemerkt: “*Denn es gibt kein Recht, das die römische Jurisprudenz an Schärfe der Analyse oder Sicherheit der Intuition überbietet*”.<sup>84</sup>

*Ratio et aequitas*, de rede tezamen met de billijkheid, vormen met de fundamentele *fairness* van het proces de basis voor het deformaliseren. Daarom heb ik ze gekozen als titel voor deze rede: „*Fair, redelijk en billijk*“. Vaste procesregels zijn goed, rechtszekerheid is goed, voorspelbaarheid is goed, ze zijn ook nodig. Ze horen wezenlijk bij het procesrecht. Maar ook is het goed en nodig om met *fairness*, rede en billijkheid dit recht te hanteren, alle trouwens aspecten van een *goede* procesorde en de fundamentele beginselen. De Digestentekst laat ons zien dat de *deformalisering* uiteindelijk daarop is gebaseerd. De stem uit het verleden spoort ons aan: geen koudwatervrees voor verdere deformalisering, integendeel met vermeerderde kracht dient te worden doorgegaan op de ingeslagen weg.

Aan het einde gekomen van deze rede wil ik het College van Bestuur danken voor het in mij gestelde vertrouwen. Van mijn bijdrage aan “de vernieuwing van rechten” kunt u verzekerd zijn.

Aan allen op wier schouders ik hier vandaag sta en van wie ik sommigen in mijn rede al heb genoemd ben ik natuurlijk ook grote dank verschuldigd. Ik noem nog eens uitdrukkelijk Werner Haardt, mijn „grootvader“ op deze stoel, van wie ik aan deze universiteit als student het burgerlijk procesrecht leerde en in “Tobias Asser” het pleiten. Werner, ik vind het heel bijzonder dat je hier bent. Zoals vandaag weer is gebleken had je een fijne neus voor komende ontwikkelingen. Het Romeinse recht in mijn rede was natuurlijk een eer- en dankbetoon aan mijn beide promotores Peter Stein in Cambridge en Robert Feenstra in Leiden. Robert, het zal je vast goed doen dat ik hier sta. Je zult begrijpen hoe blij ik zelf ben, ook al bezet ik een andere leerstoel dan wij

misschien zelf ooit eens, zittend tussen de boeken met de thee en de sigaar, hadden gedacht.

Taco Sterk jij hebt de fakkel, die ik nu heb overgenomen, gedurende ruim twintig jaar gedragen en dankzij jou is de afdeling zo groot geworden. Jouw nuchtere kijk op het procesrecht, oog voor het detail en gevoel voor de bijzonderheden van het geval verdienen mijn navolging. Je blijft aan onze afdeling verbonden, ik hoop daarom dat we samen voor de wetenschap vruchtbare momenten zullen beleven.

De leden van de afdeling Burgerlijk Procesrecht ben ik dankbaar voor de wijze waarop zij mij het afgelopen jaar hebben opgenomen en voor de open sfeer waarin wij ons werk doen. Jos, Hetty, Henk, Margreet, Wilberdine, Margriet en Monique, onze toekomst met elkaar ziet er hoopvol uit. Welkom wil ik heten Ellen van Beukering, onze mediation-deskundige, die bij ons intrekt. En voor Nienke Mulder, mijn eerste (gedeelde) aio hier, geldt dat welkom natuurlijk ook.

Aan mijn collega's in de faculteit wil ik zeggen dat ik blij ben in uw midden te mogen verkeren. Ik hoop dat ik in het kader van de geschillenbeslechting veel zal kunnen bijdragen aan het werk op het Meijers-Instituut. En mijn materieelrechtelijke collega's aan de overkant van het Rapenburg roep ik toe dat ik inzet op samenwerking tussen onze afdelingen tot voordeel van onze nauw verwante vakgebieden.

Vandaag is eigenlijk ook nog een afscheid van de collega's aan de Nijmeegse faculteit. Ik denk altijd met heel veel plezier terug aan mijn periode bij jullie. Ik heb bij jullie het vak van hoogleraar geleerd. De Nijmeegse toga, waarin, volgens het altijd terechte Leidse mos, ik me hier als orator niet vertoon, zal ik met ere dragen.

Mijn vrienden en vriendinnen van Stibbe, hebben mij eveneens grotendeels verloren. De beslissing om na zo korte tijd al naar de universiteit over te stappen was, als ik terugkijk, voor mij persoonlijk onvermijdelijk. Dank voor alles wat ik in de korte periode bij jullie heb geleerd en ervaren en mij nu goed van pas komt.

De universiteit is er naar mijn mening in de eerste plaats voor de studenten. Het burgerlijk procesrecht is een moeilijk vak dat weinig tot de verbeelding spreekt, maar het is voor een goed begrip van de vorming van het civiele recht onmisbaar. Onze afdeling zal zich blijven inspannen om het op college en de werkgroep voor jullie tot leven te brengen.

Van mijn vier vrouwen, de vreugde in mijn leven, noem ik speciaal Uusje die mij zo uitstekend heeft geholpen met het onderzoek voor deze rede. En met jou, Francine, besluit ik, naar vast gebruik. Jij bent de deformalisering in hoogst eigen persoon: gezond verstand, redelijkheid en billijkheid zijn gelukkig jouw normen. Onzin vond

je het, dat die huurder met zijn katten zomaar uit zijn flat gezet kon worden. Jij zet me elke keer weer met beide benen op de grond en zo hoort het ook, zeker in het procesrecht. Een goede vrouw voor een processualist ben je, maar nog veel meer dan dat!

Meneer de Rector, Dames en Heren, ik dank u zeer voor uw aandacht.  
Ik heb gezegd.

- 1 HR 25 februari 2000, NJ 2000,509 (HJS).
- 2 Wetsvoorstel 26 855, art. 2.7.1 lid 3.
- 3 Art. 343 lid 1 Rv.
- 4 T.A.W. Sterk, “Kan een banaan een herstelbare dagvaarding zijn?, De ontvangsttheorie in het burgerlijk procesrecht”, in: *Quod licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 407 e.v.
- 5 Zie de opmerking van H.J. Snijders onder HR 6 maart 1998, NJ 1999, 562: “Zoals een doorsnee banaan geen dagvaarding kan zijn [*volgt verwijzing naar het in de vorige noot genoemde opstel van Sterk, DA*], zo ben ik een boon als een banaan een vonnis zou kunnen zijn”.
- 6 Voor ons recht verdedigd door F.M.J. Jansen, *Nietigheid in het burgerlijk procesrecht*, (diss. KUN) 1955, p. 124-138; *dezelfde* in losbl. *Burgerlijke Rechtsvordering*, opschrift op de zevende afdeling (art. 90-96), aant. 2; vgl. H.J. Snijders in zijn noot onder HR 6 maart 1998, NJ 1999,562 die ook waarde toekent aan het begrip maar het in feite gelijk stelt met *nietigheid van rechtswege*. Zie voor een bestrijding van de leer van de non-existent Th. B. ten Kate *Het Request-civil*, (diss. UL) Groningen: J.B. Wolters 1962, p. 5-13; W.H. Heemskerk, “Nietigheid in het burgerlijk procesrecht”, in: *R.M. Themis* 1971, p. 325 e.v.
- 7 HR 29 april 1994, NJ 1995, 269 (HJS).
- 8 Zie daarover C.J.H. Brunner, “Over precedenten in het Nederlandse recht”, in: *Voorontwerp burgerlijke rechtsvordering, De eerste Stein geworpen* (H.Stein-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 31-41.
- 9 Over dit begrip is in de afgelopen dertig jaar veel geschreven. Naast andere in de noten vermelde literatuur, waaronder met name Heemskerk 1971 en het later nog te noemen opstel van Haardt uit 1972 in de Van Opstall-bundel, noem ik hier slechts de volgende, in het bijzonder aan deformalisering gewijde, Nederlandse literatuur sedert 1980: C.R.C. Wijckerheld Bisdom, “Gebrekkige dagvaardingen, in verband met de hanteerbaarheid van het procesrecht”, in: *De hanteerbaarheid van het recht* (Pels Rijcken-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 85-99; A.P. Funke, “Behoort het burgerlijk procesrecht verder gedeformaliseerd te worden?”, in: *Naar behoren*, Jubileumbundel Juridisch Gezelschap, 1982, p. 33-49; A.A.L. Minkenhof, “De subcommissie burgerlijke rechtsvordering van de Staatscommissie voor de Nederlandse burgerlijke wetgeving”, in: *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 7-18 (met name vanaf p. 15, nr. 4); A.P. Funke, “Deformaliseringstendenzen in het burgerlijk procesrecht”, in: *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 59-70; Th. B. ten Kate, “Procesregels naar de kern genomen”, in: *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 71-82; W.L. Haardt, “Het burgerlijk geding – ‘Fair Play’ revisited”, in: *Goed en trouw*, Opstellen aangeboden aan W.C.L. van der Grinten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 11-18; “Deformalisering in de rechtspraktijk”, *Jonge Balie*

Congresbundel 1984, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984; H.C.F. Schoordijk, “Hoe vat(te) de Burgerlijke kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?”, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 43-49; M.J.A. Plaisier en K.E. van Tuijn, “Deformalisering en ontvankelijkheid”, Verslag van de discussiegroep, ingeleid door L.H.A.J.M. Quant, in: H.E. de Boer, W.H. van Boom en J. de Hullu (red.), *Rechtsmiddelen van de toekomst*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 145-151; A.I.M. van Mierlo, “Deformalisering van het burgerlijk procesrecht”, in: *Nieuwsbrief BW* 1994, p. 65-69; A.I.M. van Mierlo, “Deformalisering en de niet-verschenen partij”, in: *Nieuwsbrief BW* 1994, p. 133-135; J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 30-35; A.I.M. van Mierlo, “Deformalisering”, Verslag van de discussie gemaakt door F.W.J. Meijer, in: J.A.G. Linssen en J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing wetboek burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 115-125; A.I.M. van Mierlo, “Deformalisering als algemeen beginsel van traditionele geschillenbeslechting”, in: M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren, Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 39-46. Van belang is in dit verband ook P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, “Een behoorlijke procesorde”, in: W.D.H. Asser, G.J. Scholtens, H.J. Snijders en T.A.W. Sterk (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht, Algemeen Deel*, Hoofdstuk 5; zie voorts P. Smits, “Artikel 6 EVRM en de civiele procedure”, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, nr. 2.5; A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding*, (diss. RUG) Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, nr. 6.7.2.

- 10 Funke heeft vastgesteld dat het woord is bedacht door A.F. de Savornin Lohman in 1973 en dat G.J. Scholten, daarvan niet op de hoogte, het in 1975 ook zelf heeft bedacht. Zie Funke 1982, p. 36-37.
- 11 Vgl. P.N. van Regteren Altena, “Deformalisering nou en, of...?; deformalisering van de procestaal”, in: Congresbundel Jonge Balie 1984, p. 98 e.v.
- 12 C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten, Haarlem: De Erven F. Bohn, 1972, nr. 19.
- 13 Geciteerd door Knigge 1998, p. 166.
- 14 Zie ook Rogier de Corte, Jean Laenens, Piet Taelman en Karen Broeckx, “Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht”, in: Walter van Gerven e.a. (red.), *De norm achter de regel, Wet, doel en algemene rechtsbeginselen* (Storme-bundel), Deurne: E.Story-Scientia 1995, p. 51, waar eveneens de vorm als bescherming tegen rechterlijke willekeur wordt genoemd.
- 15 Paul Scholten, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel*, derde druk met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p.91.

- 16 De hier geciteerde passages van Paul Scholten worden ook, zij het enigszins anti-thetisch, geciteerd door Funke 1982, p. 33.
- 17 Schoordijk 1988, p. 46-47, bekritiseert Scholtens woorden.
- 18 Vgl. Hanneke van Son, „De remmen los“, in: *Advocatenblad* 1986, p. 265-266, met kritiek op de deformalisering door de Hoge Raad, weersproken door A.F. de Savornin Lohman, „De remmen los (II)“, in: *Advocatenblad*, 1986, p. 415-416.
- 19 Veel voorbeelden noemt Heemskerk 1971.
- 20 Zie bij ons A. Pitlo, *Het Systeem van het Nederlandse privaatrecht*, bewerkt door P.H.M. Gerver, H. Sorgdrager, R.H. Stutterheim en T.R. Hidma, 1995, p.8; Ten Kate 1983, p. 71, sprekend over deformalisering, wil niets afdoen aan het karakter van het procesrecht als formeel recht, naar eigen zeggen in het voetspoor tredend van Haardt 1972, p. 69, maar Haardt is t.a.p. terughoudender. Men vindt er geen nadere verklaring van het begrip. Zie verder Rogier De Corte e.a. 1995, p. 50 e.v. met verdere literatuur.
- 21 Zie W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, voortgezet door W.H. Heemskerk, 's-Gravenhage: Vuga Uitgeverij 1998, nr. 1, p. 2.
- 22 Rogier De Corte e.a. 1995, p. 51.
- 23 De Corte e.a. 1995, p. 55, in tegenstelling tot het even tevoren (p. 53-54) genoemde „negatief formalisme“, het hechten aan de vorm *an sich*. Zij signaleren in dit verband de deformalisering in Nederland in weerwil van het feit dat het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering „nog“ expliciet het stelsel van substantiële nietigheden kent, waartoe zij verwijzen naar art. 90 Rv. Hierbij merk ik wel op dat op dit punt pas bij de Wet van 30 mei 1985, Stb. 304, toen de deformalisering al lang gaande was, art. 90 met de substantiële nietigheid is uitgebreid, een aanpassing overigens aan art. 99 RO dat al lang van het bestaan daarvan uitging. Zie daarover met een voorstel om art. 90 dienovereenkomstig te wijzigen: Heemskerk 1971, p. 338. Het bestaan van substantiële nietigheid is overigens op zichzelf niet in strijd met de deformalisering, daarvan getuigt het opstel van Heemskerk maar al te duidelijk.
- 24 W.L. Haardt, „Informeel privaatrecht“, in: *Van Opstall-bundel* 1972, p. 69 e.v.
- 25 Heemskerk, 1971, p. 307-341.
- 26 Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, ingesteld bij K.B. van 4 november 1911, *Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, I *Wetboek*, II *Toelichting*, 's-Gravenhage: Algemene Landsdrukkerij 1920. Zie met name de hoofdbeginselen, genoemd in § 2, p. 5 van de toelichting.
- 27 C.H. van Rhee, „Ons tegenwoordig sukkelproces“, Nederlandse opvattingen over de toekomst van het burgerlijk procesrecht rond 1920, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2000, i.h.b. p. 342-343.
- 28 Het woord is van Schoordijk 1988, p. 48.

- 29 Th. B. ten Kate 1983, p. 71.
- 30 Kamerstukken II 1999-2000, nr. 3, p. 5. Maar door t.a.p. de erkenning van de schriftelijke rol ook te beschouwen als een bijdrage aan verdere deformalisering, lijkt de regering toch een wat ruimere betekenis aan het begrip toe te kennen.
- 31 Met name de *Commissie-Moons* heeft met haar rapport “Recht in vorm” van juni 1993 wetswijzigingen bewerkstelligd om onaanvaardbare gevolgen van vormverzuimen in het strafproces weg te nemen. Zie verder G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 42 en bij de verschillende onderwerpen.
- 32 Proceehandelingen zijn ook rechtshandelingen, aldus ook Heemskerk 1971, p. 307 e.v.
- 33 Ik sluit me aan bij de onderscheiding bij A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4 Verbintenissenrecht, Deel II Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 464-466, waar *nietigheid van rechtswege* tegenover *vernietigbaarheid* wordt gesteld en *absolute nietigheid* – door velen gebruikt voor nietigheid van rechtswege – wordt gereserveerd voor nietigheid die jegens ieder een werkt ter onderscheiding van *relatieve nietigheid*, die slechts tegenover bepaalde personen werkt.
- 34 Wet van 30 mei 1985, Stb. 304 waarbij art. 90 e.v. Rv zijn gewijzigd.
- 35 “De woorden ‘op straffe van nietigheid’ betekenen in het procesrecht echter bijna altijd ‘op straffe van vernietigbaarheid’, aldus Heemskerk 1971, p. 337. Vernietigbaar *stricto sensu* zijn rechterlijke uitspraken die behept zijn met gebreken: zij blijven in stand totdat zij door aanwending van een rechtsmiddel zijn vernietigd.
- 36 Art. 183 van het Ontwerp: “*Gebreken in schrifturen en andere verzuimen in het geding kunnen worden hersteld, indien zonder dat herstel eene der partijen op onredelijke wijze zoude worden benadeeld. De rechter beveelt op verzoek der belanghebbende partij of ambtshalve, partijen gehoord of behoorlijk opgeroepen, het herstel, zoo nodig met bepaling van den termijn, binnen welken dit moet geschieden. Hij kan daarbij bevelen, dat het geding gedurende dien termijn stilstaat*”. Zie Heemskerk 1971, p. 341. Zie echter (daarop wijst ook Van Rhee 2000, p 343) art. 184 dat herstel van verzuimen m.b.t. *termijnen* niet toelaat, tenzij wordt aange-toond dat het verzuim het gevolg is van *overmacht*. De Toelichting (p. 121-122) zegt daarover: “Deze strengheid is onmisbaar, wil men eens en voorgoed, de voor een behoorlijken procesgang nadeelige toegeeflijkheid van partijen en rechter voorkomen”, waarbij ook wordt gewezen op de mogelijkheid van verlenging door de rechter, voorzien in art. 209 en 210 van het Ontwerp.
- 37 Art. 1.6.20 geeft daartoe een algemene regel, namelijk dat de niet-naleving van wat in afdeling 1.6 is voorgeschreven, slechts nietigheid meebrengt voor zover aannemelijk is dat degene voor wie het exploit is bestemd, door het gebrek onre-

- delijk is benadeeld en dat een gebrek in een exploit dat nietigheid meebrengt, bij exploit kan worden hersteld, tenzij uit de wet anders voortvloeit.
- 38 In een aan deformalisering te wijden monografie die in het voorjaar 2001 in de serie “Rechtspleging in balans” zal verschijnen.
  - 39 Art. 2.3.10 lid 3. Gevolgd is de rechtspraak van de Hoge Raad in twee uitspraken van dezelfde datum: HR 9 juni 1989, NJ 1990, 106 en 107 (WHH), zie de memorie van toelichting, Kamerstukken II 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 102. De formulering sluit vast niet toevallig aan bij art. 3:37 lid 3 BW; vgl. Sterk 1992 die eruit concludeert dat de Hoge Raad art. 92 en 93 uitlegt in het licht van de ontvangsttheorie zoals neergelegd in art. 3:37 BW. Zie ook Knigge 1998, nr. 6.3, die wijst op de specifieke risicoverdeling in het procesrecht. Die verdeling wijkt sterk af van art. 3:37 lid 3 BW en daardoor komt het systeem van de dagvaarding mijns inziens toch wel dicht in de buurt van de verzendtheorie die ook in de verzoekschriftprocedure geldt.
  - 40 Zie de regeling van het Besluit Oproepingen, mededelingen en zendingen verzoekschriftprocedure, met name art. 6. Dit stelsel wordt grotendeels overgenomen in afdeling 3.3 van het wetsvoorstel 26 855.
  - 41 Zie over deformalisering en niet-ontvankelijkheid Plaisier en Van Tuijn 1994.
  - 42 Zie over dit begrip onder meer HR 16 april 1993, NJ 1993,654 en HR 7 mei 1993, NJ 1993,655 (HER) en met name de conclusie van de A-G Vranken voor het eerstgenoemde arrest en de noot van Ras.
  - 43 Zie HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 63; HR 26 september 1997, NJ 1998,7; HR 5 maart 1999, NJ 1999,645 (PAS); HR 4 februari 2000, NJ 2000, 193.
  - 44 Maar ook hier werkt een verkeerde mededeling van de griffie inhoudende dat geen gronden behoeven te worden opgenomen niet disculperend, zie HR 16 oktober 1992, NJ 1993,2.
  - 45 Instemmend Wijckerheld Bisdom 1981, p. 94 e.v. Zie hierover met name Van Mierlo 1997, stelling 2, p. 118 (termijnoverschrijding is de uiterste grens voor deformalisering) en discussie, p. 120-122, waar de stemmen staakten. Vgl. art. 183 Ontwerp-Gratama, hierboven geciteerd in noot 36, dat weliswaar ook hier de grens trekt, maar nog wel herstel toelaat in geval van overmacht!
  - 46 HR 27 november 1992, NJ 1993, 569 (HJS); HR 10 juni 1994, NJ 1995, 284 (HJS).
  - 47 HR 16 februari 1996, NJ 1997, 55 (HJS).
  - 48 Zie de arresten over seksueel misbruik: HR 23 oktober 1998, NJ 2000,15 (ARB) en HR 25 juni 1999, NJ 2000,16 (ARB), alsmede die over kanker als gevolg van asbestbesmetting: HR 28 april 2000, NJ 2000,430 (ARB) en HR 28 april 2000, NJ 2000,431 (ARB).
  - 49 Zie HR 24 oktober 1997, NJ 1999,96 (JdB) inzake een vordering tot ontkenning vaderschap, zie art. 1:203 lid 1 BW.



- 50 Zie met name het krachtige pleidooi van Vranken onder HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495 en HR 17 november 1989, NJ 1990, 496, waar ik mij achter schaar. In andere hoedanigheid was ik veel terughoudender, zie conclusie voor HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 63. Vgl. ook de uitzondering voor *overmacht* die art. 183 Ontwerp-Gratama maakt, *supra* noot 45.
- 51 Evenals andere gevallen van fouten van het rechterlijk apparaat, zie HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495 en HR 17 november 1989, NJ 1990, 496 (JBMV).
- 52 J.L.W. Sillevius Smitt, “Dient de regeling van cassatie in burgerlijke zaken te worden gewijzigd en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?”, *Preadvies* NJV 1978, p. 28-29.
- 53 Vgl. HR 4 april 1997, NJ 1998, 220 (HJS); HR 4 februari 2000, NJ 2000,193 (cfm. conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense, nr. 8); HR 24 maart 2000, NJ 2000,314. In mijn conclusie voor HR 4 oktober 1996, NJ 1997,63 hanteerde ik zelf ook dat argument.
- 54 In de plaats gekomen voor onder meer het door Sillevius Smitt genoemde art. 9 lid 4 Wet Arob.
- 55 Zie voor een bestrijding van het standpunt van Sillevius Smitt: Wijckerheld Bisdom 1981, p. 94 e.v.
- 56 Ik moet toegeven dat de Hoge Raad nu juist niet van verschoonbaar verzuim wil weten in het geval van verkeerde *Rechtsmittelbelehrung*, maar die rechtspraak acht ik op zijn minst genomen onbevredigend. Vgl. m.b.t. art. 6:11 Awb de volgende uitspraken: HR 27 mei 1994, NJ 1994,609 (MS) (de mogelijkheid van analoge toepassing van art. 6:11 Awb erkend); HR 24 maart 1995, NJ 1995,347 (geen verschoonbaar verzuim); HR 27 oktober 1995, NJ 1996,121 (ten onrechte was niet onderzocht of sprake was van verschoonbaar verzuim); HR 4 oktober 1996, NJ 1997,63 (geen verschoonbaar verzuim in geval van verkeerde *Rechtsmittelbelehrung*); HR 18 oktober 1996, NJ 1998,3 (HJS) (niet voldaan aan voorwaarde voor analogische toepassing van art. 6:11 Awb); HR 28 mei 1999, NJ 1999,613 (art. 6:11 Awb komt voor analogische toepassing in aanmerking); HR 4 februari 2000, NJ 2000, 193 (geen verschoonbaar verzuim bij fouten griffie of rechter), met veel gegevens in de conclusie van de A-G De Vries Lentsch-Kostense. Zie ook (kritisch) H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel*, tweede druk bewerkt door H.J. Snijders, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, nr. 362-364, met name nr. 364.
- 57 Zie art. 429n lid 2 Rv; art. 358 lid 2 van wetsvoorstel 26 855.
- 58 Interessant is in dit verband HR 28 februari 1997, NJ 1997, 318, waaruit kan worden afgeleid dat de mogelijkheid bestaat dat het niet-ontvankelijk verklaren van een appellant die wegens het niet tijdig ontvangen van de beschikking van de eerste rechter te laat in appel is gekomen strijdig kan zijn met fundamentele beginselen zoals hoor en wederhoor. Het ging toen overigens wel om een specifiek geval – de toepassing van art. 996 Rv in een zaak waarin een BV was ont-

- bonden op vordering van de Officier van Justitie.
- 59 Het geeft in § 230 e.v. *Zivilprozeßordnung* een mogelijkheid voor herstel (“*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*”). Daar wees ook Wijckerheld Bisdom 1981, p. 94 e.v. op. Zie voorts met name hierover de noot van Vranken onder HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495 en HR 17 november 1989, NJ 1990, 496.
- 60 Zie noot 38.
- 61 Vgl. Funke 1982, p. 49: „Er behoort pas een einde aan het deformaliseringsproces te komen, als alle overbodige formalisme over boord gezet is.“
- 62 Vgl. Quant, weergegeven in Plaisier en Van Tuijn 1994, p. 145, die onder deformalisering mede het (doelmatig) verminderen van voorgeschreven formaliteiten schaaft.
- 63 Zie Funke 1982, p. 49 (vervolg van citaat hierboven in noot 61): „Gaat men daarbij [*deformalisering, DA*] te ver en zijn ook noodzakelijke formaliteiten over boord gezet, dan kan - in de verre toekomst - een nieuwe ‘grote mode’ ontstaan, dan kan een tegenproces in gang gezet worden, waarvoor ik reeds nu de naam reformatiseringsproces heb bedacht. Dan kan er weer iemand opstaan en aandacht vragen voor een ‘Pleidooi voor formalisme in rechtsaangelegenheden’ [*toevoeging in noot: „Rede gehouden door Raymond Jacobs op 17 november 1951 voor de Balie te Antwerpen, Rechtskundig Weekblad 1951, blz. 481-491“; DA*], waarin een lans gebroken wordt voor een volledigheid betrachtende wetgeving met formalistische sancties, teneinde aan de gemeenschap te brengen: ‘rechtsgelijkheid, rechtsgerustheid en rechtszekerheid’”. Met de hierboven in de tekst (p. 8, eerste volle alinea) gesignaliseerde “formalisering” heeft dit niets van doen.
- 64 De titel van het opstel van Haardt in de Van Opstall-bundel “Informeel privaatrecht” duidt ook niet op een informeler procesrecht en de inhoud van zijn opstel al helemaal niet.
- 65 J.B.M. Vranken en ik hebben daaraan aandacht besteed in: “Verantwoordelijk procederen. Gedachten over een fundamentele vernieuwing van het burgerlijk procesrecht”, preadviezen Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999. Zie vooral ook W.A.J.P. van den Reek, “Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht” (diss. KUB), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
- 66 W.L. Haardt, *Fair play in het burgerlijk geding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1958, waar men al impliciet een aansporing vindt om een al te strikte formalistische uitleg en toepassing van de procesrechtelijke voorschriften tegen te gaan. Hij heeft later in zijn opstel in de Van der Grinten-bundel van 1984 het verband tussen gedrag van partijen en deformalisering expliciet gelegd, zie p. 16; zie in dezelfde zin Schoordijk 1988, p. 43 e.v.
- 67 D.J. Veegens, boekbespreking van P. Zonderland, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, in: R.M. Themis 1979, p. 207; hij wordt geciteerd door Funke 1982, p. 34-35.

- 68 Tot die slotsom lijkt ook Van Mierlo 1998 te komen.
- 69 Minkenhof 1983, p. 16 vindt echter met het oog op de rechtszekerheid deformaliseren een taak voor de wetgever en niet voor de rechter.
- 70 D. 4,1,7, pr.-1. Vertaling J. E. Spruit en F.B.J. Wubbe, in: J.E. Spruit, R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis*, II, *Digesten* 1-10, Zutphen: Walburg Pers/ 's-Gravenhage: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1994, p. 331.
- 71 Lat.: *praeco*. De vertaling met “heraut” is niet ongebruikelijk maar enigszins misleidend. Anders dan de koninklijke herauten in het oude Griekenland of in de Europese Middeleeuwse landen, was in het antieke Rome de *praeco* een weinig betekende bode van de magistraat. Bij ons wordt deze rol – het *uitroepen* van de zaak - vervuld door de deurwaarder of de “bode” van het gerecht.
- 72 Voor de technicités van het Romeinse procesrecht in het navolgende verwijs ik, naast de bijzondere verwijzingen in de noten hieronder, in het algemeen naar de Romeinsrechtelijke handboeken, zoals met name Max Kaser, *Das Römische Zivilprozeßrecht*, tweede Auflage, neu bearbeitet von Karl Hackl, München: C.H. Beck, 1996. Voorts noem ik graag het voor de “leek” zeer toegankelijke boek van W.J. Zwalve, *Keizers, soldaten en juristen, Vijf juridische biografieën*, Deventer: Kluwer 1998, waar verspreid veel informatie over het Romeinse rechtswezen in de keizertijd is te vinden.
- 73 Zie over Ulpius Marcellus: Wolfgang Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl., Graz-Wien-Köln: Hermann Böhlau 1976, p. 213 e.v..
- 74 Uitgegeven in 533 n. Chr..
- 75 De tekst spreekt slechts van *Divus Antoninus* (de vergoddelijkte Antoninus). De vertalers Spruit en Wubbe voegen daaraan verklarend toe: Marcus Aurelius (121-180 n. Chr.) en sluiten daarmee dus uit dat het rescript van keizer Antoninus Pius (86-161 n. Chr.) was. Echter Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* I, fotografische herdruk, Graz: Akademische Druck- U. Verlangsanstalt 1960, p. 589, links, noot 2, en Kaser/Hackl 1996, § 71, noot 62 en 66 gaan ervan uit dat Antoninus Pius is bedoeld. Evenzo de vertaling van Okko Behrends c.s., *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*, II, Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 342. Lenel verwijst t.a.p. ten bewijze daarvan naar D. 28,4,3 waaruit kan worden opgemaakt dat Marcellus zijn *Digesten* schreef na 166 maar nog tijdens het leven van Marcus Aurelius. Dan kan *Divus Antoninus* slechts slaan op de in 161 overleden Antoninus Pius. Collega W.J. Zwalve wees mij er echter op dat als met de praetor “Marcius Avitus” bedoeld zou zijn de latere consul *Marcus Macrinus Avitus Catonius* – een praetor van de naam “Marcius Avitus” komt verder in de bronnen niet voor – aannemelijk is dat het rescript van Marcus Aurelius is. Die Macrinus is rond 140 n. Chr. geboren en rond 183 n. Chr. gestorven. Hij zal dan praetor zijn geweest in de regeringsperiode van Marcus Aurelius. Dan zou evenwel Marcellus onder keizer Commodus (die regeerde van 180 tot 192 n. Chr. ) zijn *Digesten* hebben geschreven.

- 76 De praetor was lange tijd een magistraat die een specifieke taak had in de rechtspraak, nl. het beslissen over de vraag of een bepaalde aanspraak aan een rechter kon worden voorgelegd in de vorm van een *actio*, waarvan ons juridische woord actie (rechtsvordering) is afgeleid. Hij verleende een actie en daarmee toegang tot de rechter – rechtsingang zouden wij nu zeggen - niet in elk individueel geval naar willekeur maar naar een zich steeds verder ontwikkelend stelsel van door hem toegelaten acties, neergelegd in zijn Edict. Het werk van de Romeinse praetoren heeft via de latere juridische commentaren, waaronder deze Digesta van Marcellus, de inhoud van ons moderne privaatrecht in sterke mate gevormd.
- 77 Men kende verschillende praetoren, maar in ons geval ging om een *praetor urbanus*, de gewone praetor te Rome, aldus Kaser/Hackl 1996, § 67, noot 42. Dat de praetor hier optrad in het *cognitio*-proces – de procedurevorm waarin de magistraat zelf als rechter in de zaak optrad - wordt aangenomen door Kaser/Hackl, § 71, noot 62; zie daar ook vermeld de opvatting van Palazzolo dat de praetor de vraag stelde in het kader van het *formula*-proces, het proces waarin ten overstaan van de praetor de procesinleiding plaatsvond, maar de zaak zelf werd beslist door een *iudex*, een “lekenrechter”.
- 78 De associatie met ons rekest-civiel, de herroeping van een rechterlijke uitspraak op grond van oneerlijk procederen door de wederpartij, dringt zich op. De Duitsers noemen de met ons rekest-civiel vergelijkbare actie niet voor niets de *Restitutionsklage*, zie § 580 *Zivilprozessordnung*. Zie over de *in integrum restitutio* in verband met de oproeping van de gedaagde verder Lieke Coenraad, *Het beginsel van hoor en wederhoor in het Romeinse procesrecht*, (diss. EUR) Deventer: Gouda Quint, 2000, p. 128 e.v., met verdere gegevens. Zie voorts Kaser/Hackl 1996, § 71 en 88.
- 79 De vertaling van Okko Behrends 1995 luidt: “*sobald es die Gerechtigkeit offensichtlich verlangt*”.
- 80 Nl. door aan te nemen dat het adiectivum „*evidens*“ bijwoordelijk is gebruikt, wat niet vanzelfsprekend is; vgl. het bijwoord “*evidenter*”, dat veel in de Digesten voorkomt; met dank aan mijn Leidse collega W.J. Zwolve die mij op dit laatste wees. Zie echter de vertaling van Okko Behrends 1995, geciteerd in de vorige noot, waaruit blijkt dat deze vertaling het adiectivum wèl bijwoordelijk opvat. Alan Watson, *The Digest of Justinian*, Vol. 1, Philadelphia, Penn.: University of Pennsylvania Press 1985, p. 112, vertaalt letterlijk met: “*clear equity*”.
- 81 Het artikel verleent de rechter de bevoegdheid een contractuele boete te matigen “indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist”. Een verband tussen de formuleringen is niet direct aannemelijk. De parlementaire geschiedenis van art. 6:94 laat zien dat de bepaling is gebaseerd op de opvatting van Pothier, *Traité des Obligations*, nr. 346, zie C.J. van Zeven e.a., *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, art. 6.1.8.18, T.M., p. 323, bij en in noot 1. Pothier

baseert zijn opvatting – overigens ontleend aan Dumoulin – inderdaad op de billijkheid.

- 82 Okko Beherends 1995 vertaalt met: “*Recht und Gerechtigkeit*”; Alan Watson 1985 heeft: “*reason and equity*”.
- 83 De Justiniaanse compilatoren vonden deze tekst enige eeuwen later zo belangrijk dat ze de meest sprekende zin uit het rescript nog eens als regula iuris, hebben opgenomen in de Justiniaanse Digesten, D. 50,17,183.
- 84 Franz Wieacker, Vom römischen Recht, Stuttgart: K.F. Koehler Verlag 1961, 304.