

NASCHRIFT

W. Washtio

EEN ONVERWACHTE

NASCHRIFT

NASCHRIFT

Een onverwachte precedentenleer

1. In reactie op mijn artikel over 'De achterblijvers van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen' (WPNR 6494 (2002)), heeft *Hondius een prachtig opstel geschreven over precedentwerking in Nederland en Europa. Hij heeft dat gedaan omdat ik, met anderen, 'een overtrokken betekenis aan precedenten' toe zou kennen (nr. 1), ervan uit zou gaan dat wij in Nederland een 'volwaardig precedentenstelsel hebben' (nr. 2) en dat 'uitspraken naar Nederlands recht in beginsel steeds binden' (nr. 3). De kennelijk door mij verdedigde variant van het precedentenstelsel sluit aan bij de 'zwaardere precedentenleer van de common law', aldus nog steeds Hondius (nr. 3).*

2. Probleem bij het formuleren van een reactie hierop is dat ik *geen enkele variant* van welke precedentenleer dan ook verdedigd heb, althans niet bewust. Vandaar ik dat ik geschreven heb dat ik in mijn artikel uit zou gaan van 'een zekere binding' (p. 477), dit met opzet enigszins vaag latend omdat ik nu juist geen artikel over precedentwerking wilde schrijven. Ik zal overigens de laatste zijn om te *ontkennen* dat alle communicatie, ook die via rechtswenschappelijke tijdschriften, naar haar aard tot verwarring en misverstanden aanleiding kan geven, zodat het zeer wel mogelijk is dat anderen, volstrekt te goeder trouw uiteraard, mijn gedachten verdergaand hebben ingevuld.

Naast Hondius in bovenstaande reactie had immers ook Den Tonkelaar (zie zijn reactie en mijn naschrift in WPNR 6498 (2002), p. 541-543) mij al een precedentenleer toegeschreven. Blijkbaar heb ik meer gezegd dan ik zelf meende gezegd te hebben.

3. *Gegeven de discussie die ik blijkbaar (onbewust) heb losgemaakt, veroorloof ik mij nu dan maar de vrijheid om mij op zijn minst af te zetten tegen de precedentenleer die Hondius mij in de schoenen schuift, grofweg de 'oude common law-variant', welke ook nog eens aan herziening toe is (nr. 3). Die variant houdt in, zo begrijp ik Hondius, dat afwijking van een eerdere uitspraak in beginsel niet mogelijk is (nr. 5). Als dat echter inderdaad de inhoud van die leer is, begrijp ik eerlijk gezegd niet waarom Hondius mij juist bij die leer heeft ingedeeld. Ik sta het afwijken van eerdere rechtspraak immers juist uitdrukkelijk toe. Sterker nog, ik heb juist een extra instrument aangereikt om dat afwijken van eerdere rechtspraak (of althans het verkrijgen van een rechterlijk oordeel over een eventueel afwijken) beter mogelijk te maken. Het 'preconflictueel aanpassingsverzoek' dient er juist toe om op eenvoudiger wijze afstand te kunnen nemen van uitspraken die als – al dan niet (onverkort) bindend – 'precedent' door het juridische leven dwalen. Afwijken mag, en moet naar mijn mening zelfs, indien een uitspraak slecht of gedateerd is. De noodzaak van de relativeringen en uitzonderingen op het zware Engelse stelsel zoals Hondius die beschrijft,*

denten.²⁶ Maar het verschil wordt minder. In de *common law* is de roep om uitzonderingen de laatste tijd zo groot, dat één auteur reeds van een omkering van de hoofdregel spreekt.

Er is in mijn ogen thans aanleiding om de precedentwerking van de rechtspraak van één hoogste rechtscollege niet te versterken. De centrale positie van de hoogste rechtscolleges en de betekenis van de doctrine is juist in deze tijd aan het veranderen is. De hoogste rechtscolleges hebben zowel nationaal als internationaal concurrentie gekregen. Internationaal is dat het meest duidelijk. Niet de Hoge Raad, maar het Europese Hof van Justitie bepaalt uiteindelijk – zij het in een beperkt aantal gevallen – wat in Nederland rechtens is. Ook het Hof voor de Rechten van de Mens heeft voor de rechtsontwikkeling hier te lande grote betekenis. Nationaal is het gebruikelijk dat een constitutioneel hof de ‘hoogste civiele rechter’ op de vingers kan tikken wegens het niet in acht nemen van grondwettelijke normen. Dat dit in ons land – nog – niet kan, behoudens via de omweg van toetsing aan verdragen zoals het EVRM – is veeleer een anomalie.

Los van dit formele argument, is er een materieel argument. De verschuiving in normen en waarden en vooral ook in theorieën over de rechtsvorming is zo groot dat de

rechter dit simpelweg niet kan bijhouden. De doctrine krijgt hierdoor weer grotere macht. Het is de doctrine die algemene beginselen blootlegt en die de zojuist bedoelde diversiteit aan rechtspraak tot een holistisch stelsel omsmeedt. Precedentwerking voor zover betrekking hebbend op één hoogste rechter past niet meer in dit systeem. In deze optiek verliest een arrest van de Hoge Raad dat niet in de pas loopt met recentere uitspraken van een Europese rechter zijn precedentwaarde, geheel of gedeeltelijk. Vaste rechtspraak kan in strijd blijken met nieuw ontwikkelde beginselen van gelijkheid of proportionaliteit. Anders dan Giesen meent is het niet nodig dat dit alles steeds opnieuw in standaardarresten van de Hoge Raad wordt vastgelegd. Het is in het algemeen toereikend dat de doctrine op nieuwe verbanden de aandacht vestigt.

*Prof. mr. E.H. Hondius **

26. Dat in ons land geen sprake is van een precedentenstelsel in de zin van de *common law*, waarin ook aan ‘wrong cases’ moet worden vastgehouden, blijkt uit het stierkalf-arrest. Hier nam de Hoge Raad als gegeven aan dat zijn eigen rechtspraak jarenlang niet door andere rechters was gevolgd.

* Hoogleraar burgerlijk recht Universiteit Utrecht.

NASCHRIFT

Een onverwachte precedentenleer

1. In reactie op mijn artikel over ‘De achterblijvers van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen’ (WPNR 6494 (2002)), heeft Hondius een prachtig opstel geschreven over precedentwerking in Nederland en Europa. Hij heeft dat gedaan omdat ik, met anderen, ‘een overtrokken betekenis aan precedenten’ toe zou kennen (nr. 1), ervan uit zou gaan dat wij in Nederland een ‘volwaardig precedentenstelsel hebben’ (nr. 2) en dat ‘uitspraken naar Nederlands recht in beginsel steeds binden’ (nr. 3). De kennelijk door mij verdedigde variant van het precedentenstelsel sluit aan bij de ‘zwaardere precedentenleer van de *common law*’, aldus nog steeds Hondius (nr. 3).

2. Probleem bij het formuleren van een reactie hierop is dat ik *geen enkele variant* van welke precedentenleer dan ook verdedigd heb, althans niet bewust. Vandaar ik dat ik geschreven heb dat ik in mijn artikel uit zou gaan van ‘een zekere binding’ (p. 477), dit met opzet enigszins vaag latend omdat ik nu juist geen artikel over precedentwerking wilde schrijven. Ik zal overigens de laatste zijn om te ontkennen dat alle communicatie, ook die via rechtswenschappelijke tijdschriften, naar haar aard tot verwarring en misverstanden aanleiding kan geven, zodat het zeer wel mogelijk is dat anderen, volstrekt te goeder trouw uiteraard, mijn gedachten verdergaand hebben ingevuld.

Naast Hondius in bovenstaande reactie had immers ook Den Tonkelaar (zie zijn reactie en mijn naschrift in WPNR 6498 (2002), p. 541-543) mij al een precedentenleer toegeschreven. Blijkbaar heb ik meer gezegd dan ik zelf meende gezegd te hebben.

3. Gegeven de discussie die ik blijkbaar (onbewust) heb losgemaakt, veroorloof ik mij nu dan maar de vrijheid om mij op zijn minst af te zetten tegen de precedentenleer die Hondius mij in de schoenen schuift, grofweg de ‘oude *common law*-variant’, welke ook nog eens aan herziening toe is (nr. 3). Die variant houdt in, zo begrijp ik Hondius, dat afwijking van een eerdere uitspraak in beginsel niet mogelijk is (nr. 5). Als dat echter inderdaad de inhoud van die leer is, begrijp ik eerlijk gezegd niet waarom Hondius mij juist bij die leer heeft ingedeeld. Ik sta het afwijken van eerdere rechtspraak immers juist uitdrukkelijk toe. Sterker nog, ik heb juist een extra instrument aangereikt om dat afwijken van eerdere rechtspraak (of althans het verkrijgen van een rechterlijk oordeel over een eventueel afwijken) beter mogelijk te maken. Het ‘preconflictueel aanpassingsverzoek’ dient er juist toe om op eenvoudiger wijze afstand te kunnen nemen van uitspraken die als – al dan niet (onverkort) bindend – ‘precedent’ door het juridische leven dwalen. Afwijken mag, en moet naar mijn mening zelfs, indien een uitspraak slecht of gedateerd is. De noodzaak van de relativeringen en uitzonderingen op het zware Engelse stelsel zoals Hondius die beschrijft,

onderschrijf ik dan ook volledig en veel van het (in nrs. 3-5) geciteerde is mij rechtstreeks uit het hart gegrepen. Ik tracht ook zeker niet, zoals gesuggereerd, de precedentwerking van de rechtspraak ons hoogste rechtscollege te versterken (nr. 6).

4. Aan het slot van zijn reactie oppert Hondius nog dat het niet nodig is om nieuwe ontwikkelingen steeds in standaardarresten van de Hoge Raad neer te leggen. De doctrine vestigt daarop wel de aandacht. Ook hierin verschillen wij eigenlijk niet van mening, maar mijns inziens kan het wel zeer nuttig zijn voor de rechtspraak, ten behoeve van de rechtszekerheid, om juist wel zo'n nieuwe ontwikkeling in een nieuwe uitspraak neer te leggen als de

kans zich voordoet. Een nieuwe uitspraak die de oude uitspraak expliciet van de hand wijst, biedt helderheid, ook voor (toekomstige) partijen wiens geschil nog niet bij de rechter terecht is gekomen, en dat is pure winst.

*Mr. I. Giesen**

* Ivo Giesen is als postdoc verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht en aan de Onderzoeksschool voor Wetgevingsvraagstukken van de KU Brabant, en medewerker van dit blad.

NIET-REDACTIONEEL GEDEELTE onder verantwoordelijkheid van het bestuur

MEDEDELINGEN

Verklaringen van geen bezwaar

Terzake de behandelingsdata en aantallen ingediende aanvragen met betrekking tot de afgifte van verklaringen van geen bezwaar inzake op te richten vennootschappen heeft het Ministerie van Justitie de volgende gegevens verstrekt. Het aantal aanvragen, ingediend in de periode tussen 12 en 19 oktober 2002 bedraagt 200.

De behandelingsduur van de aanvragen, die voor afhandeling aan de beurt waren, heeft drie weken belopen.

Voor de goede orde zij hier vermeld, dat de Afdeling Integriteit Bedrijfsleven van het Ministerie van Justitie op werkdagen, van 9.00 tot 16.00 uur telefonisch bereikbaar is (070-3706125).

AGENDA

10 jaar PAO-intensief cursussen te Curaçao

In maart 2003 organiseren de universiteiten van Nijmegen en de Nederlandse Antillen in het kader van hun samenwerkingsverband voor de tiende maal postdoctorale cursussen voor praktijkjuristen, te weten:

- Het nieuw personenvennootschapsrecht van titel 7.13 BW
- Merkenrecht
- Overheid en privaatrecht

Data: maandag 10 maart tot en met 14 maart 2003

Locatie: World Trade Centrum Willemstad

NOvA en KNB: 18 opleidingspunten

Informatie/aanmelding:

Centrum voor Postdoctoraal Onderwijs

Afdeling PAO-bureau

Tel.: (024) 361 19 60/ 361 22 56

Fax: (024) 261 17 33

E-mail: pao@cpo.kun.nl

Website: www.cpo.nl

PERSONALIA

Eervol ontslag op verzoek

mevrouw mr. M.N. van de Poll-Boerema, notaris te Tynaarlo, met ingang van 1 november 2002 (KB 30/09/2002)

mr. P. van der Wees, notaris te Nunspeet, met ingang van 1 januari 2003 (KB 30/09/2002)

mr. G.W. Galle, notaris te Gorssel, met ingang van 1 juli 2003 (KB 30/09/2002)

mr. A. Nieman, notaris te Amsterdam, met ingang van 1 januari 2003 (KB 04/10/2002)