

PROF. MR J.B.M. VRANKEN\*

# EEN VOORWAARDELIJK PRECEDENTENSTEL- SEL IN NEDERLAND?

DE DISSERTATIE VAN  
R.J.P. KOTTENHAGEN, VAN PRECEDENT  
TOT PRECEDENT, 1986

*Het symposium van de Hoge Raad op 30 september a.s. over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad maakt de vraag naar de gebondenheid van de rechter aan eigen of andermans rechtspraak weer uiterst actueel.*

*Over het precedentenstelsel schreef R.J.P. Kottenhagen een proefschrift dat in dit artikel besproken wordt.*

\* J.B.M. Vranken is hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de KUB.

## De actualiteit van een vergeten onderwerp

In 1981 schreven Klanderman, Mulder en Van der Velden in de kolommen van dit blad (p. 61 e.v.) over de rechtstheorie en haar ontwikkelingen in Nederland gedurende de jaren zeventig. Zij constateerden dat in die periode vooral de problematiek van de rechtsvinding belangstelling genoot. Centraal stond de rechtsvormende taak van de civiele rechter. De civiele rechter doet meer dan alleen de wet toepassen. Hij schept ook recht. Op vele manieren en vanuit verschillende theoretische invalshoeken werd dit aangetoond c.q. betoogd.

Gesteld kan worden dat op dit ogenblik de erkenning van de rechtsvormende taak van de civiele rechter betrekkelijk gemeengoed is geworden, ook onder praktijkjuristen. De Hoge Raad loopt hierbij voorop. Steeds nadrukkelijker heeft hij zich het afgelopen decennium in deze rol gemanifesteerd. Vrijwel geen rechtsgebied is uitgezonderd: personen- en familierecht, huwelijksgoederenrecht, procesrecht, het brede terrein van het verbintenissenrecht, arbeids- en huurrecht en, in iets mindere mate, het zakenrecht. Gesproken is al over de Hoge Raad als een docerend college, als wetgever-plaatsvervanger en als controleur van de wetgever. (Ex-)leden van de Hoge Raad belijden tegenwoordig deze taakopvatting openlijk in woord en geschrift. Vergelijk recent

Bruinsma, Cassatierechtspraak in civiele zaken, 1988, p. 80 e.v. en p. 95 e.v., alsook het symposium ter gelegenheid van het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad op 30 september 1988, dat de rechtsvormende taak van de Hoge Raad tot onderwerp heeft.

Tegen deze achtergrond is de problematiek die Kottenhagen in zijn dissertatie aan de orde stelt interessant en ten onrechte zo lang onderbelicht gebleven: uitgaande van de rechtsvormende taak van de civiele rechter rijst als vanzelf de vraag naar (de mate van) zijn gebondenheid aan eigen of andermans rechtspraak. De problematiek is bovendien uiterst actueel, doordat de Hoge Raad sinds kort er toe is overgegaan in zijn argumentatie mede zijn eerdere rechtspraak te betrekken. Als omslagpunt kunnen worden genoemd het Stierkalf-arrest van 1980 en het arrest Boon-Van Loon van 1981. Uit Kottenhagens rechtspraakoverzicht in hoofdstuk I blijkt dat de lagere rechtspraak hetzelfde doet.

Betekent dit de geruisloze introductie van een precedentenstelsel in Nederland? Kottenhagen meent van niet. Er wordt zijns inziens nog steeds te incidenteel naar precedenten verwezen en bovendien wordt er nog te weinig gemotiveerd waarom een precedent wel of niet wordt gevolgd.

## De grondslag van precedentenrecht-spraak in een codificatie

Kottenhagen stelt zich in zijn dissertatie ten doel de contouren van een volwaardig stelsel van precedentenrechtspraak te schetsen en aan te geven hoe dit kan functioneren in een land als Nederland, waar-

in het civiele recht vrijwel volledig is gecodificeerd.

Om te beginnen bestrijdt hij het gangbare bezwaar dat precedentenrechtspraak een typisch produkt zou zijn van de Angelsaksische rechtscultuur, waarin codificaties ontbreken. Precedentenrechtspraak en codificatie zijn geen onverenigbare grootheden. Aan de bespreking hiervan is hoofdstuk II gewijd.

In hoofdstuk III gaat Kottenhagen in op de grondslag, de rechtvaardiging van een gebondenheid aan precedenten. Hij analyseert daartoe vele theorieën van uiteenlopende huize, zowel Angelsaksische (Wasserstrom met name) als continentale (Scholten, J. Drion, Esser, Kriele, Larenz en Fikentscher). Uiteindelijk voelt hij zich het meest verwant met P. Scholten, voor wie, kort gezegd, gebondenheid aan precedenten de min of meer vanzelfsprekende consequentie is van de erkenning dat de rechter een rechtsvormende taak vervult. De redenering is dat een rechterlijke beslissing door haar rechtsvormende elementen aanspraak maakt op veralgemening, op een meerwaarde boven concrete geschilbeslechting. Wil men deze aanspraak serieus nemen, dan kan de rechter er bij een volgende gelegenheid niet zo maar, zonder meer aan voorbijgaan. Dat impliceert een (zekere mate van) gebondenheid, een precedentenstelsel in enigerlei vorm.

Ik denk niet dat het nodig was geweest zich voor dit standpunt uitsluitend op P. Scholten te beroepen. Wanneer precedentenrecht de consequentie is van de rechtsvormende taak van de rechter – en daarmee ben ik het eens, al spelen natuurlijk ook overwegingen van rechtszekerheid, van efficiëncy e.t.q. mee –, dan had Kottenhagen zich met evenveel reden kunnen beroepen op al die overige kenistheoretische, wetenschapstheoretische, filosofische of andersoortige concepties die in het verleden de rechtsvormende taak van de rechter hebben aange-toond c.q. betoogd. Kottenhagen had dit als winst uit de discussie over rechtsvinding van de jaren zeventig kunnen meenemen.

## De mate van gebondenheid aan precedenten

Met het voorgaande is nog niet beslist hoe een precedentenstelsel er in concreto behoort uit te zien. Kottenhagen gaat in dit verband in op een tweede, gangbaar bezwaar tegen een precedentenstelsel: het zou verstarrend werken. Zijns inziens geldt dit bezwaar alleen wanneer men een absolute gebondenheid aan precedenten aanneemt, maar niet in de benadering die hij voorstaat. Hij bepleit een voorwaardelijke gebondenheid. De rechter is aan eerdere, relevante rechtspraak gebonden, tenzij hij aan kan geven waarom deze eerdere rechtspraak het geldende recht

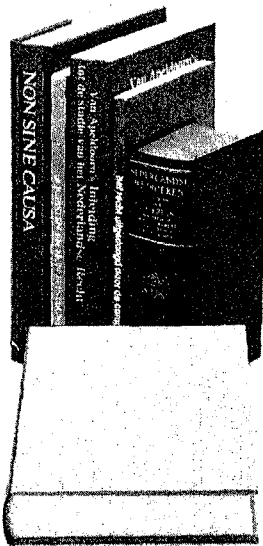
niet meer juist weergeeft of wellicht nooit juist weergegeven heeft.

Bij de uitwerking van deze stellingname in de hoofdstukken IV, V en VI sluit Kottenhagen wél aan op de discussie over rechtsvinding van de jaren zeventig. Eerst ten aanzien van de vraag wat precies in een rechterlijke uitspraak precedentwaarde bezit, vervolgens ten aanzien van de criteria voor de al dan niet juistheid van een precedent en tenslotte ten aanzien van de praktische gevolgen, met name het belang van de motivering door de rechter. Soortgelijke vragen werden in de jaren zeventig gesteld over de betekenis van de wet en de houding van de rechter dienaangaande. Ook qua antwoord onderschrijft Kottenhagen veel van wat indertijd is gezegd, met deze aantekening dat P. Scholten hem telkenmale het meeste lijkt aan te spreken.

Kort weergegeven komen Kottenhagens uiteenzettingen er op neer dat de precedentwaarde van rechterlijke uitspraken niet moet worden vastgesteld met behulp van het in de Angelsaksische landen gemaakte onderscheid tussen *ratio decidendi* en *obiter dictum*, maar door te zoeken naar de 'Fallnorm', die in de uitspraak is concreetiseerd. De 'Fallnorm' maakt deel uit van het objectieve recht, dat niet samenvalt met het positieve recht (wetten, gewoonte, rechterlijke uitspraken en ongeschreven recht). De verhouding tussen positief en objectief recht is deze dat het eerste fungeert als leidraad voor het opsporen van het tweede.

De idee van de 'Fallnorm' heeft Kottenhagen ontleend aan Fikentscher, wiens theorie hij overigens niet helemaal overneemt. Eerder is de idee van een achter de tekst liggende norm al verwoord door Fr. Müller, *Juristische Methodik*, 1971, die haar toepaste op de verhouding van de rechter tot de wet. Kottenhagen vermeldt Müller niet. Op P. Scholten is vervolgens terug te voeren het standpunt van Kottenhagen dat het objectieve recht wel al bestaat, maar alleen nog gevonden moet worden. Ik meen dat op grond van hedendaagse kennis- en wetenschapstheoretische opvattingen dit standpunt als achterhaald mag worden beschouwd.

Ook wat betreft de criteria voor de beoordeling van de al dan niet juistheid van de precedentsluit Kottenhagen vooral aan bij P. Scholten (èn bij Wasserstrom, die volgens Kottenhagen dertig jaar later onafhankelijk van Scholten tot soortgelijke bevindingen is gekomen). Precedenten moeten, willen zij als juist kunnen worden aanvaard of gehandhaafd, enerzijds passen binnen het rechtssysteem (het systeem van 'Fallnormen') en anderzijds in overeenstemming zijn met de in dat systeem geldende ethische beginselen van goed en kwaad. Het eeuwige dilemma tussen rechtszekerheid en individuele rechtvaardigheid lijkt op deze manier te zijn opgelost. De schijn bedriegt echter,



## BOEKEN

want de probleemgevallen zijn net die waarbij beide elementen botsen en onverzoenlijk zijn. Hoe, aan de hand van welke criteria moet dan te werk worden gegaan? Scholtens sprong (de 'hunch' van Wasserstrom) is uitstekend om de verantwoordelijkheid van de rechter te benadrukken, maar biedt in concreto weinig houvast.

### Het belang van de motivering

Kottenhagen beseft dat ook. Hij erkent volmondig dat geen concrete richtlijnen gegeven kunnen worden, noch voor het opsporen van de relevante precedents, noch voor het opsporen van de 'Fallnorm', noch voor het beoordelen van de juistheid ervan. In zoverre is zijn theorie niet beter of slechter dan die welke in de jaren zeventig zijn ontwikkeld over de verhouding van de rechter tot de wet. Ook daarbij konden geen concrete richtlijnen worden aangereikt bij het zoeken naar garanties voor objectiviteit en rationaliteit van rechterlijke uitspraken. G.J. Wiarda zocht deze garanties in de zgn. vergelijkingsmethode, die in ieder geval in de praktijk veel weerklank heeft gevonden. Anderen poogden een hiërarchie van interpretatiemethoden op te stellen, die vaak even ingenieus waren als dat ze tevergeefs zijn gebleken (en thans een parallel vinden in de discussies over een rangorde van grondrechten). Nog weer anders zijn de argumentatietheorieën, die als best of enig mogelijke garantie voor objectiviteit en rationaliteit van rechterlijke uitspraken verwijzen naar de argumentatieve overtuigings- en werfkracht van de beslissingen binnen het juridisch forum.

Kottenhagen sluit zich bij deze laatste aan. Dit houdt in dat hij aan de motivering hoge eisen stelt.

### De betekenis van Kottenhagens dissertatie voor theorie en praktijk

Kottenhagen heeft zich al discussiërend met andere auteurs een weg gebaad naar zijn eigen benadering van het onderwerp. Hij is hierbij zeer accuraat en scrupuleus te werk gegaan. Het onmiskenbare voordeel van deze werkwijze is dat de lezer goed op de hoogte raakt van wat er al over het onderwerp, hier en elders, geschreven is. Ik meen alleen dat Kottenhagen zich soms te vriendelijk heeft opgesteld en te weinig heeft durven kiezen. Hij neemt van vele theorieën iets over en poogt vervolgens van al deze fragmenten een nieuw geheel te maken (hoofdstuk IV over precedentenrecht en rechtsvinding). Ik vind dat hij het onmogelijke heeft geprobeerd. De gedachte bijvoorbeeld dat het objectieve recht er al is, maar alleen nog gevonden moet worden is naar mijn mening absoluut onverenigbaar met de hermeneutische concepties van onder meer Esser en met de idee van een argumentatieve overtuigingskracht als criterium voor juist recht. De utiliteitstheorie van Wasserstrom en de opvatting van Scholten staan naar mijn mening mijlenver uit elkaar, terwijl ook Fikentscher enerzijds en Larrenz, Esser en Kriele anderzijds alles behalve in elkaars verlengde liggen. Bij Kottenhagen worden deze verschillen te veel naar de achtergrond gedrongen. Het komt de helderheid en innerlijke consistentie van zijn theorie niet ten goede. Een ander opvallend kenmerk is dat als het gaat om de uitwerking van een precedentenstelsel zijn invalshoek sterk theoretisch is. Het meest duidelijk blijkt dit nog waar hij betoogt dat lagere en hogere rechters over en weer aan elkaars precedents gebonden zijn. De Hoge Raad bijvoorbeeld aan een precedent van de kantonrechter uit Alphen aan de Rijn. Vanuit zijn theoretische opvatting dat in een precedent het objectieve recht tot uitdrukking komt, kan hij niet anders. De consequentie is echter dat een stelsel van precedentenrechtspraak verwordt tot een moloch die nauwelijks hanteerbaar is. Het is immers niet goed voor te stellen hoe iedere rechter met alle relevante precedents rekening moet houden en daarvan in zijn motivering verantwoording moet afleggen, zowel bij bevestiging van het precedent als bij afwijking ervan. Want pas wanneer dat gebeurt is volgens Kottenhagen sprake van een volwaardig stelsel van precedentenrechtspraak. Een ander voorbeeld van een mijns inziens te consequent zich laten leiden door de theorie, is Kottenhagens opvatting dat voor prospectieve overruling geen plaats meer is. In zijn benadering van het objectieve recht als voorgegeven, kan het wederom niet anders: de uitspraak, inhoudende de prospectieve overruling, zou in strijd zijn met het objectieve recht. Vanuit de gedachte van de argumentatieve

overtuigingskracht van een bepaalde beslissing zou er echter wèl veel voor te zeggen zijn en in ieder geval kan het een buitengewoon nuttig praktisch instrument zijn. Waarom zou ook dat niet relevant mogen zijn?

Belangrijker echter dan deze kritiek vind ik dat Kottenhagen, waarschijnlijk juist door zijn theoretische invalshoek, er in slaagt in één klap allerlei misverstanden en vooroordelen die bestaan over precedentenrecht, naar het rijk der fabelen te verwijzen. *Precedentenrecht in enigerlei vorm moet, ook in een codificatie, zo zou men zijn betoog kunnen samenvatten. Ik ben het daarmee geheel eens. Ik ben het ook eens met zijn stellingname dat de huidige praktijk van de Hoge Raad nog te minimaal is en niet meer dan een stap in de goede richting is, die verder uitgewerkt moet worden.*

Ten aanzien van deze uitwerking kunnen en zullen de meningen uiteenlopen. Kottenhagens voorstellen zijn voor kritiek vatbaar. Hij weet dat ook: hij presenteert zijn studie heel bescheiden als 'een eerste aanzet'. Zijn verdienste is in ieder geval dat hij een aantal elementen, die hoe dan ook moeten worden meegewogen, bij elkaar heeft gebracht en in onderling verband heeft bekeken. Wanneer mag/moet de rechter afwijken? Hoe moet hij dat doen? Wat moet hij doen als hij niet afwijkt?

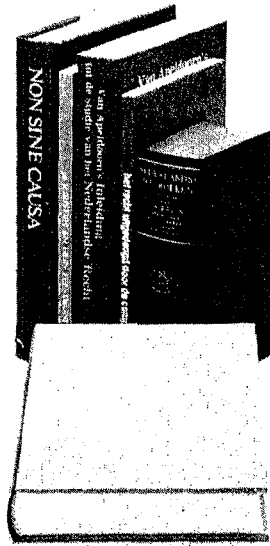
Kottenhagen heeft bij dit onderdeel van zijn studie de verrassende ontdekking gedaan dat wat J. Drion hierover al heeft gezegd in zijn oratie *Stare decisis* van 1950, bevestiging vindt in de Engelse en Zwitserse rechtspraak en dat ook een paar recente uitspraken van de Hoge Raad, waarin deze is omgegaan, er aan voldoen. Dit wijst op een bestendigheid, die handhaving verdient, aldus Kottenhagen. Ik geef vanwege het actuele belang van het onderwerp de door Drion ontwikkelde criteria in de samenvatting van Kottenhagen letterlijk weer (p. 254):

I. tot overruling mag *niet* worden overgegaan:

- a. alleen maar omdat de rechter er van overtuigd is dat de in het precedent neergelegde norm onjuist is: blijkbaar zijn aanvullende argumenten vereist;
- b. wanneer het feit dat er een regel is van groter belang geacht kan worden dan de inhoud van die regel zelf;
- c. wanneer de rechter de inhoud van die norm van principiële betekenis acht;
- d. wanneer herroeping van het precedent fatale verwarring voor het rechtsverkeer teweeg zou brengen;

II. tot overruling mag *wèl* worden overgegaan:

- a. wanneer een precedent geen rechtsvrede brengt, hetzij doordat het dubbelzinnig is, hetzij door de bestrijding ervan in doctrine en lagere rechtspraak;



**BOEKEN**

b. in geval van veranderde omstandigheden.

Beslissingen moeten zo weinig mogelijk te raden overlaten, zo luidt een ander desideratum van Kottenhagen (en niet alleen van hem). Voorzover hier relevant betekent dit dat men zich in raadkamer ongetwijfeld vaak zal afvragen hoe een voorgenomen beslissing zich verhoudt tot eerdere rechtspraak. Waarom dit dan ook niet in de motivering opgenomen, zo vraagt Kottenhagen op zichzelf terecht. Anderzijds moet men ook bedenken dat niet alle consequenties en samenhangen te voorzien zijn. Rechtspraak is soms onvermijdelijk 'trial and error'. Men kan daarom niet altijd verlangen dat de rechter op voorhand al precies de plaats en betekenis van zijn beslissing kan aangeven. Daarom moet de last van de motivering met behulp van precedenten wel dragelijk blijven. Dit houdt tevens in dat verwijzingen naar eerdere rechtspraak ter bevesti-

ging naar mijn mening ook zonder motivering moeten kunnen geschieden. Daarentegen zou het bijna standaard moeten zijn om bij het omgaan overgangsrechtelijke voorzieningen te treffen. Prospectieve overruling acht ik, als gezegd, soms eveneens een goed instrument. Er zal alleen nog verder moeten worden nagedacht over het wanneer en het hoe.

Kort gezegd komt het er op neer dat in Nederland men voor de vraag staat welke stijl van rechterlijke beslissingen men wenst: de geserreerde van de Fransen – die de afgelopen jaren in feite al is prijsgegeven, maar die door sommigen weer opnieuw bepleit wordt – dan wel een stijl in de zin van het Bundesgerichtshof of zelfs van de Engelse en Amerikaanse rechtspraak. Als bijzonderheid van de Nederlandse situatie kunnen de conclusies van het OM worden gebruikt. De stand van zaken is daarin meestal uitvoerig en met vermelding van rechtspraak en literatuur weergegeven. Waarom zou naar deze conclusies niet veel vaker dan thans het geval is, kunnen worden verwezen?

Op het moment dat dit zal verschijnen heeft het symposium over de toekomst van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad nog niet plaatsgevonden. Het zou mij zeer verbazen wanneer een aantal van de hiervoor genoemde themata daarbij niet ook aan de orde zal komen.

Samenvattend ben ik van mening dat Kottenhagen een proefschrift heeft geschreven over een actueel en belangwekkend onderwerp. Zijn probleemverkenning is nagenoeg volledig. Over de praktische uitwerking zal nog verder moeten worden nagedacht. Kottenhagens dissertatie zal hierbij een bron van inspiratie zijn, ook daar waar men het niet met hem eens is. Ter informatie vermeld ik nog dat de dissertatie eerder uitvoerig is besproken door d'Oliveira in *Recht en Kritiek*, 1987, p. 84 e.v. en door Roelvink in *RM Themis*, 1988, p. 238 e.v.