

Retrocipatie



Retrocipatie

Opmerkingen over het beroep op onder het oude Burgerlijk Wetboek gevormde precedenter bij de toepassing van het huidige, dit in aansluiting op beschouwingen over de betekenis van precedenter in het algemeen.

Gedeelten van deze tekst zijn uitgesproken in een rede ter gelegenheid van de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden op vrijdag 16 december 1994

door

Mr H.J. Snijders

Gouda Quint – Arnhem
Kluwer – Deventer
W.E.J. Tjeenk Willink – Zwolle
1995

Aquarel op omslag: Kurt Löb

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Snijders, H.J.

Retrocipatie : opmerkingen over het beroep op onder het oude Burgerlijk Wetboek gevormde precedënten bij de toepassing van het huidige, dit in aansluiting op beschouwingen over de betekenis van precedënten in het algemeen / H.J. Snijders. – Arnhem : Gouda Quint ; Deventer : Kluwer ; Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink Inaugurele rede Rijksuniversiteit Leiden.

(Kluwer)

NUGI 692

Trefw.: burgerlijk recht ; Nederland.

© 1995, H.J. Snijders, Warmond

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopiëren, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Mijnheer de Rector Magnificus,
Dames en Heren¹,

De toekomst van het NBW volgens critici in 1991

Het is vandaag 16 december 1991. Het KB tot inwerkingtreding is inmiddels getekend. De stemmen van degenen die meenden, dat het NBW — en dan bedoelden zij de hercodificatie van het vermogensrecht — toch niet zou worden ingevoerd, zijn inmiddels verstomd. Wel worden wij nog geteisterd door angstaanjagende voorspellingen over de toekomst onder het NBW.

Zo voorspelt een landelijke hooglerarenwerkgroep — ik citeer uit een eerdere openbare brief van de werkgroep aan de Tweede Kamer² — ‘dat het rechterlijk apparaat — thans reeds onderbemand en overbe-

¹ In deze aanhef wil ik sommigen nadrukkelijk betrekken: de stafleden mrs L. Reurich en J.M. Smits ben ik bijzonder erkentelijk voor hun commentaar bij een eerdere versie van deze tekst; de oud-student-assistente mw J. de Graaf dank ik voor haar documentatie-arbeid evenals haar opvolgster mw E.M. Hoo-gervorst, die ik tevens dank zeg voor

haar commentaar en haar redactionele werkzaamheden; de uitgevers betuig ik mijn erkentelijkheid voor hun gemeenschappelijke publikatie van deze rede.
² J.M. van Dunné c.s., Kosten en tekortkomingen van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (boeken 3, 5 en 6), Arnhem 1990, p. 1.

last — volkomen ontwricht zal raken indien het Nieuw BW in werking treedt’.

De kosten van invoering van de boeken 3, 5 en 6 worden door de werkgroep reeds voor 1992 geschat op 2 miljard gulden. Voor de periode 1992-1996 worden de kosten op ruim 7 miljard gulden geschat.

In een special van het Advocatenblad eind 1991 stelt een bevriend Rotterdams hoogleraar³: ‘Wij gaan (...) een Nieuwbouw tegemoet waar regen en wind en het lawaai van de burens vrij spel hebben, terwijl de reparatie- en onderhoudskosten tot in lengte van jaren de pan uit zullen rijzen.’ (nieuwbouw schreef hij zelf met een hoofdletter, maar dat moet een drukfout geweest zijn). Ten aanzien van het buitenland merkt hij op: ‘De rest van Europa zal ons meewarig gadeslaan.’

Een eerste, tussentijdse balans

Inmiddels is het 16 december 1994.

Niets in de zittingszalen van de rechterlijke macht en de jurisprudentietijdschriften duidt op enige ontwrichting. De overgang van oud naar nieuw verliep tot dusverre nagenoeg probleemloos. Het thans geldende BW ontpopt zich allerminst als een krakkemikkige nieuwbouw; het wordt op een subtiele wijze in de rechtspraktijk geïmplementeerd, waarop ik nog terugkom. Gezegd moet worden dat de oogst aan onder het nieuwe regime gegeven HR-uitspraken nog beperkt is, hetgeen zich laat verklaren door het overgangsrecht en de tijdsduur van procedures in drie instanties. Niettemin duidt de inmiddels gevormde jurisprudentie er toch al op, dat

³ P. 662 t.a.p.

de overgang van oud naar nieuw zonder slag of stoot verloopt. Dat geldt ook voor de lagere rechtspraak (de rubriek NJK is tot nu toe niet echt opwindend). Zelfs het zo moeilijk ex ante op toepasbaarheid in te schatten overgangsrecht, dat bij voorbeeld bij huurwetgeving in het verleden vele problemen heeft opgeleverd, geeft bij het NBW nauwelijks aanleiding tot fricties.

Ter zijde merk ik op, zelf ook enigszins in mijn verwachtingen bedrogen te zijn. Ik heb deze rede zelfs een jaar uitgesteld om wat meer te kunnen zeggen over onder het nieuwe regime tot stand gekomen HR-rechtspraak. Terug naar de voorspellingen van anderen valt nog het volgende te observeren.

Over de kosten van de implementatie klaagt niemand, hetgeen er naar Nederlandse maatstaven onomstotelijk op duidt dat deze buitengewoon meevallen.

En dan het meewarigheidsgehalte in commentaren van mede-Europeanen. Vanuit Hamburg vat Drobnig ons NBW samen als ‘an original and mature codification, in which much independent thought, practical experience, and wide comparative research have been invested’. Vanuit Parijs stelt Tallon vast dat het even geduurd heeft voor het NBW in werking kon treden, ‘but it was worth while: the NBW is inspired by the wise rules laid down nearly two centuries ago’ en dan verwijst hij naar Portalis, die zegt: ‘Les lois ne sont pas des purs actes de puissance. Ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison’.⁴

Ons nieuwe BW staat inmiddels zelfs op de top tien van immateriële exportartikelen. Thans reeds staat vast dat de nieuwe codificatie van ons vermogensrecht een diepgaande invloed heeft gekregen of zal hebben op

⁴ European Review of Private Law p. 171
resp. 199.

de nieuwe vermogensrechtelijke wetgeving in Rusland, Wit Rusland, Kazachstan, de Oekraïne, andere landen van het GOS en Albanië. Vanwaar die belangstelling? Een vooraanstaande Kazach gaf daarvoor ter gelegenheid van een diner de volgende verklaring. Hij zei: 'we simply consider it to be the best, modern codification of civil law in the world'. En dat zei hij niet eerst bij het dessert, maar reeds bij het aperitief. En wie die laatste uitspraak af zou willen doen als borrelpraat, bestudere de Unidroit principles for International Commercial Contracts; deze beginselen zijn bepaald ook beïnvloed door onze huidige codificatie en onderstrepen daarmee haar gezag.⁵

Respect voor NBW en retrocipatie op oude jurisprudentie

Wat is de zin van deze analyse in volgelvlucht, die ik deels ook reeds alumni in een lezing vanaf deze plaats voorhield? Zij demonstreert dat wij ons bij beoordeling van nieuwe mogelijkheden voor codificatie of hercodificatie, zoals die van de boeken 9 en 10 BW en boek 1 Rv, niet al te veel moeten laten leiden door sombere toekomstvoorspellingen. Ook biedt zij een entree tot het eigenlijke onderwerp van vanmiddag, een entree die duidt op respect voor onze nieuwe codificatie. Onverminderd dat respect past de constatering dat eenzijdige aandacht voor de implementatie van die codificatie geen recht doet aan een verschijnsel dat heel nauw verbonden is met die implementatie. Ik doel hier op het gebruik van een rechtsvindingsmethode⁶ die zich als tegenhanger van de anticipatie laat

⁵ Vgl. Arthur Hartkamp in CJHB (de Brunner-bundel), Deventer 1994, p. 127 e.v.

⁶ De term rechtsvinding blijf ik gebruiken onder de erkenning dat rechtsvinding mede rechtsvorming omvat. Het →

beschouwen en die ik na intern en extern beraad benoem als retrocipatie.⁷ Met deze term wordt hier bedoeld: het beroep op onder het oude Burgerlijk Wetboek gevormde precedenten bij de toepassing van het huidige.

- werkwoord 'vinden' heeft naar Nederlands taalgebruik een voldoende ruime betekenis (men denke aan omschrijven als aantreffen, ontdekken, bedenken en uitdenken) om niet a priori te wijzen in de richting van een bepaalde theorie voor de essentie van het rechterlijk werk. Men bedenke voorts dat het recht in de eerste plaats buiten de muren van de gerechtsgebouwen gevonden moet worden door justitiabelen, advocaten, bedrijfs- en instellingsjuristen, recht zoals dat vermoedelijk door de rechter ook gevonden (waaronder gevormd) zal of zou worden. Wie de term rechtsvinding wil vervangen door besluitvorming (F. Bruinsma, NJB 1988, p. 1272, enigszins teruggenomen in een naschrift op enige reacties in NJB 1989, 59) miskent het normatieve element, dat zelfs bij eenvoudig ogende rechtstoepassing, die toch mede bestaat uit een zekere selectie en waardering van de voorgelegde feiten en toe te passen normen, aanwezig is.

⁷ Gelet op de samenhang en tegelijkertijd het contrast met de anticipatie leek de benaming postcipatie aanvankelijk mooier (andere alternatieven haalden

in het geheel de 'eerste ronde' niet). Uiteindelijk viel de keus na consultatie van de classici dr F.J.M. Arends resp. prof. dr C.L. Heesakkers (hoogleraar Neolatijn) op een door Reurich voor- genoemd gesuggereerde term, die ook G.J. Lankhorst reeds gebruikte in stelling 2 bij zijn dissertatie *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (Deventer 1992): retrocipatie. Dit nieuwe woord werd door de classici als een aanwinst voor het Neolatijn beschouwd. De term postcipatie kan gezien de verschillende betekenissen van het voorzetsel 'post' eerder verwarring wekken dan de term retrocipatie; de term retrocipatie wordt mogelijk ook eerder aanvaard, gezien verwante toepassingen van het prefix 'retro' in woorden als 'retro-actief' en 'retrospectief'; ten slotte is de term retrocipatie vanuit muzisch oogpunt wellicht ook geschikter. Ik ben mij er van bewust dat de term retrocipatie een ruimere betekenis kan hebben dan de specifieke betekenis van teruggrijpen (retrociperen) op onder het oude regime gevormde rechtspraak. Een soortgelijk bezwaar, dat nimmer problemen heeft gegeven, geldt voor de term anticipatie.

Want ook al spreken wij gemakshalve dikwijls van het nieuwe vermogensrecht, welbeschouwd is die kwalificatie te globaal. Het huidige BW is geen complete nieuwbouw, het vormt veeleer een mixtum van restauratie en innovatie, waardoor veel goeds uit het verleden behouden blijft. Het implementeren van het nieuwe zal dan ook dikwijls gepaard gaan met retrociperen op het oude.

Retrocipatie versus (?) anticipatie

Toepassing van de oude codificatie vroeg anticipatie op later, namelijk in ontwerp-wetgeving ingenomen rechtsopvattingen; toepassing van de nieuwe codificatie vraagt retrocipatie op eerder, namelijk in onder het oude regime gevormde jurisprudentie ingenomen rechtsopvattingen. De ene behoefte vormt het spiegelbeeld van de andere.

Bij beide methoden gaat het om een beroep op een rechtsopvatting die tot stand is gekomen in de context van een ander wettelijk regime dan het geldende. Beide methoden zijn slechts aanvaardbaar voor zover het geldende wettelijk regime zich naar geldend objectief recht met toepassing van de onder een ander stelsel gevormde rechtsopvatting verdraagt. Voor zover het om uitleg van een geldende wetsregel gaat, is bij beide methoden de vraag aan de orde of die uitleg dient te geschieden conform een rechtsopvatting die juist niet in de context van het geldende wettelijk regime tot stand is gekomen.

De vermelde anticipatie en retrocipatie onderscheiden zich in twee voor de hand liggende maar niet onbelangrijke opzichten van elkaar: naar kenbron en naar tijdsverhouding. De kenbron waar de rechtsopvatting aan ontleend wordt, bestaat bij de anticipatie uit ontwerp-wetgeving, bij re-

trocipatie uit jurisprudentie. De tijdsverhouding is bij anticipatie deze dat vooruitgelopen wordt op de toekomst, terwijl bij retrocipatie wordt teruggeregren op het verleden. Deze verschillen horen bij de beoordeling van de methodologische betekenis van de anticipatie in verhouding tot de retrocipatie niet uit het oog verloren te worden. De gesignaleerde verwantschap duidt er niettemin op dat wij kunnen leren van hetgeen in het verleden is geschreven over de voorwaarden voor anticipatie. Van deze deelconclusie kunnen wij hierna nog profiteren.

Thans zou ik vooral willen onderstrepen dat beide methoden voorzien in de behoefte aan continuïteit in het recht. Discontinuïteit vraagt steeds legitimatie. Dat geldt niet slechts voor de rechter die om wil gaan, maar ook voor de wetgever. De wetgever pretendeert met een hercodificatie als de onze (anders dan met vele gelegenhedswetten) ook niet primair een forse aanzet te geven tot discontinue rechtsontwikkeling. Veeleer beoogt hij een systematisch en geactualiseerd kader te verschaffen voor de continue rechtsontwikkeling.⁸

Probleemstelling en aanpak

Deze eerste verkenning van de betekenis van de retrocipatie duidt erop dat de bijna huiselijke vraag van menig student en ook van menig postdoctoraal cursist 'Wat moet ik nu nog met die oude jurisprudentie?' globaal beantwoord kan en moet worden met 'Veel, heel veel.' De nadere

8 Zie ook A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Mon. Nieuw BW A-I, Deventer 1990, p. 9 e.v. met verdere vindplaatsen. Zie voor de

functies van codificaties in het algemeen bijv. ook Denis Tallon, Israel Law Review, 1979 p. 3 e.v.

vraag is natuurlijk: hoéveel? En dat is tevens de probleemstelling waar ik mij verder met u op zou willen concentreren.

De specifieke vraag naar de betekenis van onder een afgeschafte regime gevormde precedentes kan echter niet onafhankelijk van de vraag naar de betekenis van precedentes in het algemeen behandeld worden. De generale, rechtsmethodologische literatuur gaat vluchtig over de ons bezig houdende specifieke vraag heen. Omgekeerd gaan civilisten, die wel oog hebben voor onze specifieke probleemstelling, dikwijls luchtigjes om met de vraag naar de betekenis van precedentes in het algemeen. Er dient duidelijk een brug geslagen te worden. In dit verband is het misleidend om rechtstheorie te stellen tegenover de rechtspraktijk. Veel rechtstheoretisch genoemd onderzoek betreft de vraag naar de te hanteren normen voor de rechtsvinding in de praktijk, de vraag dus naar de methodologie voor de rechtsvinding.⁹ Eerst zal dan ook die vraag naar de betekenis van precedentes in het algemeen aandacht krijgen.

Ik volsta met een schets in het besef dat die voor menig practicus al gauw te lang zal zijn (omdat hij het gevoel heeft ook zonder theoretische fundering heel goed met precedentes uit de voeten te kunnen) en dat die voor menig theoreticus te kort zal zijn (omdat deze meent dat veel relevant buiten beschouwing blijft). Bruggen bouwen in het recht wordt door de toenemende specialisatie, internationalisering en extreem hoge documentatiegraad een steeds gevaarlijker, maar tegelijkertijd ook steeds noodzakelijker onderneming.

⁹ Zie nader bijv.: H.F. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen, in *Het rechterlijk oordeel*, Zwolle 1973, p. 13 e.v.; van dezelfde schrijvers *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Gronin-

gen 1977, m.n. p. 40 e.v. en 81 e.v.; Jan Gijsels en Marck van Hoecke, *Wat is rechtstheorie?*, Antwerpen 1982, nrs. 72, 102 en 152 e.v.

Precedenten in het algemeen: J. Drion

Nederland kent traditioneel anders dan de zogenaamde common law landen geen precedentenstelsel. Zo schreef Diephuis nog in 1885¹⁰: ‘Bepaaldelijk’ is de rechter ‘door geene rechtspraak, hoe eenstemmig en gevestigd ook, gebonden, noch van het eigen, noch van een hooger collegie, ook niet van den hoogen raad’. In Frankrijk was het reeds in 1899 Gény¹¹, in Nederland was het in 1931 Paul Scholten¹², die een zeker gezag van precedenten aanvaardde. Op 3 november 1950 was het J. Drion, die zijn ambt van hoogleraar burgerlijk recht en internationaal privaatrecht vanaf deze plaats aanvaardde met de rede ‘Stare decisis, het gezag van precedenten’. Hij poneerde de stelling ‘dat ook op het Continent de rechters, van de laagste tot de hoogste, vaak niet hun eigen opvatting over een toepasselijke rechtsregel, maar die welke in een of meer arresten van het hoogste rechtscollege werden neergelegd volgen en ook behoren te volgen; dat derhalve niet alleen de facto maar ook de jure een precedent niet op één lijn mag worden gesteld met een uitspraak van welke auteur ook.’¹³ Deze stelling valt in minstens drie onderdelen uiteen: het gezag gaat zo ver dat er sprake is van binding de iure; het gezag geldt de rechtsopvatting die in het precedent werd neergelegd; het gezag geldt in ieder geval voor arresten van het hoogste rechtscollege. Eerst zou ik nu over al die drie onderdelen nog iets naders willen zeggen.

10 Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, Eerste deel, tweede druk, Groningen, p. 94.

11 François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*,

première ed., Paris 1899.

12 Asser/Scholten, *Algemeen Deel*, eerste druk, Zwolle 1931, p. 114 e.v.

13 Den Haag 1950, p. 23.

Binding de iure

Barendrecht meent dat het niet erg zinnig is om van binding aan preceden-
ten te spreken. De heersende leer zou deze zijn dat een precedent
slechts bindt indien en voor zover het een beslissing betreft die inhoudelijk
juist is, zodat het precedent 'op zijn hoogst' waarde zou hebben als een
gegeven ten opzichte waarvan geargumenteed moet worden.¹⁴ Ik vraag
mij af of deze weergave wel voldoende recht doet aan de heersende leer.
Naar heersende opvatting moet beargumenteerde afwijking van preceden-
ten inderdaad mogelijk zijn. Maar eveneens naar heersende opvatting
hebben preceden-ten een enorm gezag, een zodanig gezag dat juristen in
de praktijk en in de wetenschap preceden-ten in beginsel als geldend recht
ervaren.¹⁵

Wel valt op dat schrijvers verschillen in hun constructie en formulering
van dat gezag. Gesproken wordt van 'rechtersrecht', van 'Richterrecht',
'jurisprudentiële (rechts)regels', 'rechterlijke regelvorming' en 'rechter-
lijke besluitvorming'.¹⁶ Men spreekt ook wel van voorwaardelijke binding

14 Recht als model van rechtvaardigheid, diss. Tilburg, Deventer 1992, p. 198.

15 Zie voor kritiek op de opvatting van Barendrecht, die niet slechts binding aan preceden-ten maar eveneens binding aan de wet verwerpt, ook W. Snijders, NJB 1993, p. 1150-1151.

16 Zie bijv. H. Drion in zijn NJ-noot onder Bindend advies Smits 10 mei 1966, NJ 1968, 275, W.C.L. van der Grinten in zijn NJ-noot bij HR 18 december 1987, NJ 1988, 340, W. Snij-

ders, NJB 1993, p. 1149 e.v., W. Fikentscher, Methoden des Rechts IV (Dogmatischer Teil), Tübingen 1977, p. 269 e.v., W. van Gerven, Algemeen Deel van de reeks Beginselen van Belgisch Privaatrecht, tweede druk, Antwerpen/Utrecht 1973, p. 46 e.v., zijn bijdrage in Theorie en praktijk van de rechtsvinding, Zwolle/Antwerpen 1977, p. 9, zijn Mededelingen van de Koninklijke Academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten →

aan precedenten.¹⁷ Voorts leest men wel dat de uit het precedent kenbare rechtsopvatting geldt bij wijze van vermoeden, namelijk behoudens door argumenten te leveren tegenbewijs.¹⁸

Of met de verschillen in constructies en formulering¹⁹ ook steeds effec-

→ van België, Klasse der letteren, Jaargang XI, nr. 4, Brussel 1979, p. 6 en zijn (nieuwe) bijdrage aan Theorie en praktijk van de rechtsvinding, tweede druk, Zwolle 1981, p. 28 e.v. Velen spreken ook van jurisprudentierecht, zoals bijv. C.J. van Zeben, Een kopen feest, inaug. rede Rotterdam, Deventer 1966, p. 21 in navolging van Paul Scholten (reeds vanaf de eerste druk van zijn Algemeen Deel van 1931, hoofdstuk II, par. 2) en P.A. Stein (Vorming en hervorming van het privaatrecht, inaug. rede UvA, Deventer 1966, p. 26).

O.m. genoemde passages uit het werk van Van Gerven duiden erop, dat ook in België een zekere mate van precedentwerking wordt onderkend, als ik het goed zie veel meer dan C.J.H. Brunner, TvP 1994, p. 4 — 'De Belgische rechter blijft vrij om zich al dan niet bij precedenten, ook die vervat in uitspraken in cassatie, aan te sluiten' — suggereert. Zie m.n. laatstgenoemde bijdrage van Van Gerven, p. 28.

17 Zie R.J.P. Kottenhagen, Van precedent tot precedent, diss. Rotterdam, Arnhem 1986, m.n. p. 184 e.v. geïnspireerd door R.A. Wasserstrom (The judicial decision: toward a theory of legal justification, Stanford 1961), die spreekt van 'conditional precedents'. Zie ook J. Drion t.a.p., m.n. p. 23 e.v. jis. 31 e.v. Zie voorts P. Scholten, Verzamelde Geschriften I, Zwolle 1949, p. 22, die spreekt van 'een gebondenheid min of meer, nooit een volledig bepaald zijn'.⁵

18 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York 1991, p. 430.

19 Zie voorts C.J.H. Brunner, TvP 1994, p. 2, die van 'weliswaar informele, maar niet minder feitelijk bindende precedentwerking voor alle rechters' spreekt. Reinhold Zippelius spreekt in zijn studiepocket Juristische Methodenlehre (6. Auflage, München 1994, p. 74) heel neutraal van een 'gewisse Verbindlichkeit'.

tieve verschillen in geldingskracht bedoeld worden, waag ik te betwijfelen.²⁰ Met name hoede men zich ervoor degenen die van rechtersrecht spreken of een soortgelijke term gebruiken te associëren met ‘Rechtsprechungspositivismus’. Zij plegen toch geen onvoorwaardelijke binding aan precedënten te nemen, soms zelfs, zoals Barendrecht, in het geheel geen binding.²¹ Ik kom hier nog op terug. Gezien het risico van die associatie en vooral ook omdat het geldend recht één geheel is en behoort te zijn, niet een bronsgewijze gefragmenteerde verzameling van rechtsstelsels zoals wettenrecht en rechtersrecht, kunnen termen als rechtersrecht wel misleiden. Voorts komt het verstandiger voor van voorwaardelijke dan van vermoedelijke binding te spreken, nu de term vermoeden geassocieerd zou kunnen worden met het feitelijk vermoeden in het burgerlijk proces dat door tegenbewijs met behulp van feiten te ontzenuwen valt. Bij de voorwaardelijke binding aan precedënten gaat het echter om een vermoeden ten aanzien van de inhoud van objectief recht, dat slechts door bijzondere argumenten te ontzenuwen valt, zo zwaar wegende argumenten dat zij naar de opvatting van de rechtsvinder onvermijdelijk moeten prevaleren boven het precedent.

20 Zo ziet men bij Kottenhagen t.a.p. alle drie benaderingen terug.

21 Zie bijv. W. Snijders in *De rechter als dictator?* Lochem 1987, p. 139 e.v., i.h.b. p. 141.

Zie voorts bijv. het dadelijk nog te bespreken werk van Fikentscher, m.n. *Methoden des Rechts* t.a.p., p. 346 e.v. Franz Bydliniski, *Juristische Me-*

thodenlehre und Rechtsbegriff, Zwei te Aufl., Wien/New York 1991 (zo ook de eerste druk van 1982), p. 524, maakt zich dan ook ten onrechte zorgen dat Fikentschers opvatting tot vergaande Rechtsprechungspositivismus zal leiden. Barendrecht t.a.p. spreekt van rechterlijke rechtsvorming, zonder binding aan precedënten te aanvaarden.

Die (voorwaardelijke) binding wordt veelal gerechtvaardigd met een beroep op de rechtseenheid, de rechtsgelijkheid, de rechtszekerheid, het vertrouwensbeginsel en in andere bewoordingen geformuleerde, soortgelijke beginselen, die tegemoet komen aan de behoefte van continuïteit van het recht.²² Die beginselen hangen samen met de functies van de rechter als orgaan van rechtspleging in ons staatsbestel. Deze rechtsplegingsfuncties zijn tot dusverre in de discussie over de waarde van precedents onderbelicht gebleven. Dit klemmt te meer nu het beroep op de genoemde beginselen in abstracto niet voor iedereen voldoende zeggingskracht bleek te hebben.²³ Daarom thans iets meer over deze functies, in aansluiting op eerdere literatuur.²⁴

22 Zie bijv. P. Scholten t.a.p., p. 23 e.v., J. Drion t.a.p., p. 27, O.A. Germann, *Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen*, Zürich 1976, p. 19 e.v., *Larenz t.a.p.*, p. 429, Franz Bydlinski, *Juristenzeitung* 1985, p. 152, Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, zweite Auflage, Frankfurt a.M. 1991, p. 335 e.v. en Zippelius t.a.p., p. 74 e.v.

23 H.U. Jessurun d'Oliveira verwerpt Drions onderbouwing van de precedentwerking met — wat d'Oliveira noemt — 'rijkelijk abstracte en formele beginselen' in *De meerwaarde van rechterlijke uitspraken, preadvies NVVR nr. 10*, Deventer 1973, p. 35. d'Oliveira's kritiek duidt erop dat hij de samenhang met de functies van on-

ze rechtspleging onvoldoende onderkent. Waarmee niet gezegd is dat zijn eigen benadering — kijken naar de sociale werkelijkheid — niet ook een zinvolle kan zijn (al denk ik gezien mijn bevindingen in deze oratie, die voor een belangrijk deel ook uit de sociale werkelijkheid zijn geput, dat het resultaat van zijn analyse anno 1994 nog gunstiger voor voorwaardelijke precedentwerking was uitgevallen dan het uitviel in zijn tijd).

24 Zie voor een nadere functie-analyse Sniijders, Ynzonides en Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Zwolle 1993, nr. 14 e.v. met verdere vindplaatsen. Zie voor nog een andere fundering van de precedentwerking d'Oliveira, t.a.p., p. 34 e.v. jis. 40 e.v.

De rechtsverschaffingsfunctie brengt mee dat de rechter justitiabelen subjectief recht in concrete gevallen dient te verschaffen en daarvan kan geen sprake zijn als hij gelijke gevallen ongelijk behandelt. De rechtspleging heeft ook een bedreigingsfunctie in die zin dat zij als stok achter de deur fungeert (iets vriendelijker gezegd: een preventieve functie als ultimum remedium), een functie die zij adequater kan uitoefenen naar gelang de justitiabele beter kan inschatten, welke rechtsopvatting de rechter zal innemen. Voorts heeft de rechtspleging een politionele functie: de rechter die frequent van rechtsopvatting verandert, riskeert een vertrouwensbreuk en daarmee een situatie die aanleiding geeft tot eigenrichting. De rechtseenheid is een van de klassieke functies van appel en cassatie; zij veronderstelt een zekere binding aan precedënten. De cassatie heeft voorts meer en meer een rechtsontwikkelingsfunctie gekregen ten behoeve waarvan het appel als voorsluit fungeert. Heel nadrukkelijk maakt de wetgever tegenwoordig van de rechtsontwikkelingsfunctie van de rechter gebruik, een functie die zonder binding aan precedënten niet goed valt waar te maken, want wat voor een zin heeft ontwikkeling van recht dat in het geheel niet, zelfs niet voorwaardelijk bindt? De cassatiefuncties van rechtseenheid en rechtsontwikkeling staan tegenwoordig zelfs met zo veel woorden in de wet, namelijk in art. 101a RO.

Al die functies vragen dus onmiskenbaar meer dan een slechts empirisch te constateren gezag van precedënten. Het is ook niet zo, dat men een precedent eenvoudigweg kan inruilen voor een andere oplossing als die iets beter voorkomt. Wie zoals Eduard Picker stelt 'Hier gilt nichts anderes als für den technischen Fortschritt, der stets das ältere überholte Produkt zugunsten des neuen entwertet'²⁵, miskent de betekenis van de

²⁵ Juristen Zeitung 1988, p. 1 e.v., m.n.

p. 73.

genoemde rechtsbeginselen in samenhang met deze functies van de rechtspleging. Het was niet zo onder het oude BW, dat de Hoge Raad op het moment dat hij in meerderheid moeite zou krijgen met de fiduciaire eigendom, eenvoudigweg de figuur in strijd met eerdere jurisprudentie aan banden zou kunnen leggen of zelfs zou kunnen afschaffen.²⁶ Het kan zeer wel zijn dat een in het verleden gevonden oplossing op zeker moment niet meer als ideaal wordt beschouwd, maar nog wel als aanvaardbaar en dat de genoemde beginselen en functies met zich kunnen meebrengen dat men dan toch kiest voor de oplossing conform het precedent. Rechters bouwen hun beslissingen niet op vanuit een juridisch niemandsland, maar in het licht van een juridisch verleden, dat zij op zijn aanvaardbaarheid onderzoeken en slechts corrigeren als het onaanvaardbaar is. Met een feitelijke binding ('faktische Bindung') — wat dat dan ook precies moge zijn (in ieder geval geen binding van rechtswege)²⁷ — komen wij er dus niet. De genoemde functies verklaren ook nader waarom een precedent van de Hoge Raad wel (voorwaardelijk) bindt en een opvatting van een auteur niet, hoe gezaghebbend die auteur ook moge zijn.

Dat de hogere rechter (voorwaardelijk) gebonden is aan eigen preceden-ten is voorts een onvermijdelijke eis in het licht van de interne organisatie van de rechtspleging. Het kan niet zo zijn dat indien een uitspraak van een lagere rechter in beroep wordt vernietigd omdat daaraan rechtsopvatting X ten grondslag zou liggen in plaats van rechtsopvatting Y, de lagere

26 Zie ook reeds F.J. de Jong, rede bij afscheid als president van de Hoge Raad, NJB 1971, 578-579.

27 Zie bijv. Kottenhagen t.a.p., p. 160, Franz Bydlinski, Juristenzeitung 1985, p. 149 e.v. en Alexy t.a.p., p. 334 e.v.

met nadere vindplaatsen. Brunner, TvP 1994, p. 2, die van 'feitelijk bindende precedentwerking' spreekt, zou nu juist wel binding van rechtswege kunnen bedoelen.

rechter die vervolgens een soortgelijk geval overeenkomstig rechtsopvatting Y beslist het mag meemaken, dat de hogere rechter andermaal zijn uitspraak vernietigt, nu door zonder meer te opteren voor de eerder verworpen rechtsopvatting X. De lagere rechter moet er behoudens zwaarwegende contra-argumenten op kunnen rekenen dat de hogere rechter zijn eigen jurisprudentie trouw blijft.²⁸ Dat hoogste rechters in beginsel trouw blijven aan eigen rechtspraak is ook voorwaarde voor goede afstemming van de rechtspraak van hoogste rechters onderling. Daarbij doel ik niet alleen op de onderlinge afstemming van de rechtspraak van de Hoge Raad met die van de hoogste colleges voor bestuursrechtelijke rechtspraak, maar ook op de onderlinge afstemming van de rechtspraak van de kamers van de Hoge Raad zelf.

In de rechtspraak wordt die binding (uiteraard) niet met zo veel woorden geponeerd, maar de motivering van menige uitspraak anno 1994 duidt toch zonder twijfel op voorwaardelijke binding en dus op een meer dan slechts argumenterend gezag. Ter illustratie volsta ik met citaten van enige methodologisch relevante zinsneden uit het Gouderakarrest, die duiden op voorwaardelijke binding:

uit r.o. 3.4:

‘(...) dat — naar de Hoge Raad heeft beslist in zijn arrest van (...) — (...) meebrengt dat de rechter moet onderzoeken of (...). Dit laatste heeft de Hoge Raad in zijn arresten van (...) nader gepreciseerd. Voor zover thans van belang komt

²⁸ Anders kennelijk Kottenhagen t.a.p., m.n. p. 186 en 254, die aan precedenzen ongeacht de hiërarchische positie van de rechter waarde toekent, zodat de Hoge Raad voorwaardelijk gebon-

den zou zijn aan een na zijn eigen laatste uitspraak gedane contraire uitspraak van bijv. de kantonrechter te Leiden.

het daar overwogene hierop neer dat (...). In verband daarmee heeft de Hoge Raad zich in r.o. 3.9 van deze laatste arresten uitdrukkelijk zijn oordeel voorbehouden over de vraag of hetgeen hij onder 3.4-3.8 had overwogen evenzo had te gelden “bij (...)”.’

uit r.o. 3.6.2:

‘Het ligt voor de hand om voor wat betreft het relativiteitscriterium zoals dat in het (op alle gevallen van onrechtmatige bodemvervuiling ziende) arrest van 1990 is aangeduid en in de arresten van 1992 ten aanzien van “onzorgvuldig verontreinigen van eigen bedrijfsterrein” nader is gepreciseerd (zie 3.4), dezelfde regel te hanteren voor alle gevallen van bodemvervuiling die zo ernstig is dat de overheid tot sanering moet overgaan. (...) In dit verband herinnert de Hoge Raad eraan dat hij ter wille van rechtszekerheid en rechtseenheid ertoe is overgegaan zelf het desbetreffende tijdstip vast te stellen (voormelde arresten van 1992 onder 3.6) (...)’

uit r.o. 3.8.7:

‘Het vorenoverwogene leidt tot de slotsom dat de argumentatie op grond waarvan de Staat heeft doen betogen dat de Hoge Raad ten aanzien van alle typen van het veroorzaken van bodemvervuiling zou moeten terugkomen van zijn hiervoor in 3.4 samengevatte, door het Hof tot uitgangspunt genomen opvatting, geen steek houdt’.²⁹

Dat de wetgever (voorwaardelijke) binding veronderstelt, blijkt daar waar hij uitdrukkelijk refereert aan ongeschreven recht, waarmee hij met name refereert aan de jurisprudentie. Een bevoegdheid mag niet in strijd met

²⁹ HR 30 september 1994, RvdW 1994, 185, meer i.h.b. bijv. r.o. 3.4, r.o. 3.6.2

en 3.7-8; soortgelijke arresten vindt men in RvdW 1994, 186-187.

regels van ongeschreven publiek recht worden uitgeoefend, zo bepaalt art. 3:14. Het gebruik van de eigendom wordt beperkt door regels van ongeschreven recht, aldus art. 5:1 lid 2. Wat onrechtmatig is, wordt ingevolge art. 6:162 lid 2 mede bepaald door hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Ook in de parlementaire geschiedenis treft men menig verwijzing naar ongeschreven recht aan.³⁰

Wat bindt?

Het tweede onderdeel van de stelling van Drion ziet op de vraag wat dan wel precies (voorwaardelijk) bindt. Volgens Drion is dat dus de rechtsopvatting, ook wel door hem aangeduid als rechtsbeslissing.³¹ Het is interessant om dit antwoord te relateren aan een geruchtmakende precedententheorie die door de Duitser Fikentscher is ontwikkeld, de zogenaamde 'Fallnormtheorie'³². Deze theorie is zowel voor 'common law countries' als voor 'civil law countries' ontwikkeld. Zij komt hier op neer dat noch het 'Gesetzesrecht', noch het 'Richterrecht' zelf de rechter

³⁰ Zie voorts MvA II Boek 6, PG Boek 6, p. 26 e.v. en W. Snijders, NJB 1993, p. 1149.

³¹ Eveneens op p. 23 t.a.p.

³² Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts t.a.p., Kapitel 31-32, p. 129 e.v. (zie m.n. p. 382-383), door hem zelf toegelicht in Eine Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex-

und Fallrecht (code law and case law), Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1980, p. 161 e.v., m.n. p. 166-167. Zie voor een uitvoerige analyse van Fikentschers werk en andere literatuur tot en met 1985 (waaronder eerder genoemd werk van Bydliniski) meer- genoemd dissertatie van Kottenhagen.

rechtstreeks binden; het zijn slechts ‘Entscheidungshilfen’ ook wel aangeduid als ‘Bestätigungshilfen’. ‘Rechtsquellen’ zijn het slechts in de betekenis van kenbronnen met behulp waarvan de rechter de concreet geldende norm, de zogenaamde Fallnorm, kan ontwikkelen. Fikentscher ziet de ‘Fallnorm’ als ‘diejenige Regel des objektiven Rechts, die einem lösungsbedürftigen Sachverhalt eine ihn regelnde Rechtsfolge zuordnet’.³³ Van zo’n Fallnorm kan volgens Fikentscher slechts sprake zijn bij ‘eine Regel des Rechts, die diesen Fall in seiner Besonderheit einer rechtlichen Lösung zuführt’. De norm moet volgens Fikentscher tegelijkertijd zo geformuleerd zijn dat verdere differentiatie zinloos is, omdat nadere gezichtspunten die nog niet in de norm zijn verdisconteerd na weging irrelevant voorkomen.³⁴ De Fallnorm is dus de norm die niet meer en ook niet minder gedetailleerd is dan strikt noodzakelijk voor de oplossing van het voorliggende geval. Het is in essentie (‘Kernbestand’) tel-

³³ Methoden des Rechts t.a.p., p. 202.

³⁴ Zeitschrift für Rechtsvergleichung t.a.p., p. 167. Wie naar het voorbeeld van een Fallnorm van Fikentscher kijkt op p. 230-231 van zijn Methoden des Rechts t.a.p. ontwaart een concretisering die ongeveer overeenkomt met het niveau van de norm in het natronoogarrest HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614, r.o. 4, 2e al. (CJHB): ‘Het is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt vereist met het oog op de veiligheid van al degenen die tussen het moment

van buiten klaarzetten van vuilniszakken en dat van de afvoering ervan door de vuilnisophaaldienst met de inhoud van de zakken in aanraking zouden kunnen komen, om een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afvoer door een vuilnisafvoerdienst neer te zetten, tenzij men ófwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert, ófwel de betref- →

kens de ratio decidendi van de uitspraak.³⁵ Alle bestaande en toekomstige Fallnormen zouden gezamenlijk volgens Fikentscher het objectieve recht vormen; kenbronnen als de wet en de jurisprudentie zouden slechts het positieve recht vormen waaruit de rechter voor de vaststelling van het objectieve recht kan putten.³⁶

Nu laten ook de normen die in de wetgeving en de jurisprudentie zelf te vinden zijn zich tezamen als voorwaardelijk geldend recht aanmerken. Gezien de status van voorwaardelijke gelding is er dan toch alle ruimte voor afwijking door de rechter daar waar de vervulling van de voorwaarde met kracht van argumenten bestreden kan worden. De vraag rijst dan ook dadelijk of de Fallnorm wel een noodzakelijk element van de precedentenleer vormt.

Aandacht vraagt de kritiek van de Oostenrijker Bydlinski. Hij stelt bewondering voor de Fallnormtheorie van Fikentscher voorop, maar neemt er ook afstand van.³⁷ Bydlinski stelt vast dat zo gedetailleerde normen als Fallnormen zich nauwelijks lenen voor precedentwerking. Ik denk dat die observatie niet geheel onjuist is, maar toch enige aanvulling vraagt. Het is

→ fende vuilniszak onder controle houdt en degeen die de zak aan wil pakken waarschuwt voor de aanwezigheid daarin van een emmertje met een mogelijk gevaarlijke vloeistof.' Men zou zelfs kunnen zeggen dat de concretisering hier al de vereisten van de Fallnorm overstijgt (zo valt niet in te zien, dat de beoordeling anders was geweest indien niet een plastic maar papieren zak was gebruikt). Een norm die ondanks haar gedetailleerde aard

al te generaal geformuleerd voorkomt om nog als Fallnorm in aanmerking te komen, geeft het Taxusstruikarrest (HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 (CJHB)) in r.o. 3.4.3, 2e al., 3e zin.

35 Methoden des Rechts t.a.p., p. 204-205.

36 Methoden des Rechts t.a.p., p. 217-218.

37 Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff t.a.p., p. 515 e.v.

wenselijk en mogelijk, Fallnormen te categoriseren in Fallgruppen.³⁸ Ik zou zo ver willen gaan dat veel werk in onze, soms te kritisch bejegende losbladige edities daar ook op neer komt en als zodanig uiterst vruchtbaar is. Dat neemt niet weg dat Fallnormen naar hun aard slechts een beperkte precedentwerking hebben, al is dat een understatement.³⁹

Fundamenteler is een ander bezwaar van Bydlinski tegen de leer: zij mist dat recht niet slechts in zo concrete normen is neergelegd als de Fallnormen van Fikentscher.⁴⁰ Men denke bij voorbeeld aan de norm dat men jegens anderen in het maatschappelijk verkeer zorgvuldig moet handelen (thans art. 6:162 BW) en de norm dat crediteur en debiteur zich jegens elkaar overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid dienen te gedragen (thans art. 6:2 BW).

Tevens kan men zich afvragen of de Fallnormtheorie wel voldoende oog heeft voor de 'checklist'-norm, die door Nieuwenhuis⁴¹ 'topische norm' wordt genoemd: de norm die het intreden van een rechtsgevolg afhankelijk maakt van de weging van een aantal topoi (gezichtspunten). Te denken valt hier bij voorbeeld aan de norm van art. 6:233 sub a. Deze bepaling acht een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar, 'indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijzen

38 Zie ook Axel Beater, Generalklauseln und Fallgruppen, Archiv für die civilistische Praxis 1994, p. 82 e.v.

39 Zo schrijft Fikentscher in Methoden des Rechts t.a.p., p. 382: 'Da fast jeder Fall vom anderen abweicht, sind Fallnormen sehr weit in den faktischen Bereich, in den zu subsumierenden Sachverhalt vorgeschoben.' en 'Im Unterschied zum bisherigen Brauch

besteht eine Bindung an Präzedenzien, soweit die Fallnorm des Präzedenzfalls reicht, also nicht weit.' (curs. F.).

40 Zie ook Bydlinski t.a.p., p. 518-519.

41 J.H. Nieuwenhuis in Quod licet (de Kleijnbundel), Deventer 1992, p. 283 e.v. (ook in Confrontatie en compromis, Deventer 1992, p. 109 e.v.).

waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.’ Een ander voorbeeld vormt de enigszins vergelijkbare norm van het nog te bespreken precedent Saladin/HBU. Kenmerkend voor dit soort normen is nu juist dat zij voor meerdere typen gevallen tegelijk gelden.

Ik laat dan nog daar dat de theorie van Fikentscher — zijn Fallnorm ‘ist die ratio decidendi in ihrer Bedeutung für die Lösung gleicher Fälle’ — geen fundering geeft voor de betekenis van obiter dicta, waarover dadelijk meer.⁴² Hetzelfde geldt voor de betekenis van normen voor rechtsvinding die uit precedenter zijn af te leiden. Niet valt in te zien dat dergelijke normen niet eveneens voorwaardelijk bindend zouden zijn. Ook hier kom ik nog op terug.

Is het dan dus toch de uit het precedent blijkende rechtsopvatting of rechtsbeslissing die bindt, zoals Drion stelt? Ja, zou ik willen antwoorden met dien verstande dat dit eigenlijk een verkorte aanduiding is van waar het precies om gaat: de norm die besloten ligt in de rechtsopvatting en rechtsbeslissing. De vaststelling van die norm is de rechtsbeslissing waaruit de rechtsopvatting blijkt. Korthedshalve kan men dan zeggen dat de rechtsopvatting of de rechtsbeslissing die blijkt uit het precedent⁴³ (voor-

42 Volgens Fikentscher is de Fallnorm ‘die ratio decidendi eines entschiedenen oder eines aus dem Gesetz gewonnenen “abstrakten” Falles in ihrer “präskriptiven”, also in ihrer Geltungsfunktion, zuzüglich der durch

Gleichbewertung noch einzubeziehenden Anwendungsmöglichkeiten.’ (Methoden des Rechts t.a.p., p. 205 en Zeitschrift für Rechtsvergleichung t.a.p., p. 168).

43 Zie Larenz t.a.p., p. 429.

waardelijk) bindt.⁴⁴ Nog korter en ook wel zo praktisch blijft de verwijzing naar het precedent, de uitspraak zelf, die (voorwaardelijk) bindt. Hier is niets op tegen, zo lang men zich de precieze betekenis maar realiseert. Zelf zal ik ook wel spreken van de precedentnorm, dat wil zeggen de norm die uit het precedent valt af te leiden.

De vraag blijft dan nog of slechts de precedentnorm die de ratio decidendi (de grondslag van de beslissing) vormt dan wel ook de precedentnorm die uit een obiter dictum (een overweging ten overvloede) blijkt, bindt. Anders dan in Engeland, althans het Engeland in vroegere tijden, toen een uiterst rigide precedentenstelsel gold⁴⁵, hebben wij dunkt mij geen

44 Men hoede zich er wel voor dat het hier gaat om een beslissing over objectief recht, niet om een beslissing tot vaststelling van de rechtsbetrekking in geschil (en daarmee van subjectieve rechten) als bedoeld in art. 67 Rv, die gezag van gewijsde heeft. Welke factoren van uitleg van een overeenkomst een rol mogen spelen wordt bijv. geregeld door het objectieve recht, wat de inhoud van een bepaalde overeenkomst is, dat is een kwestie van vaststelling van subjectieve rechten. Het leerstuk 'Res iudicata' blijft dus ook wat betreft het object van gebondenheid principieel verschillen van het gezag van gewijsde. Zie ook H. Drion, NJB 1983, p. 1220 e.v. en Y.E.M. Beukers, Eenmaal andermaal? diss. Rot-

terdam, Zwolle 1994, p. 98 e.v. Anders Jessurun d'Oliveira t.a.p., p. 34 in zijn bespreking van J. Drion t.a.p., p. 23.

45 Waarover o.m. Kottenhagen t.a.p., p. 247 e.v. met verdere vindplaatsen. Te bedenken valt dat in de Angelsaksische landen het 'statute law' hand over hand toeneemt. Men spreekt zelfs van 'statutorification' (zie bijv. Guido Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes, Cambridge, Massachusetts/London, England 1982). Een historisch belangrijke grond voor de precedentwerking in common law countries — 'An important reason for the existence of this rule is that in a Common Law country, where there is no comprehensive legal code, a con- →

behoefte aan een beperking van de precedentwerking tot de ratio decidendi van de uitspraken. Niet alleen gaat het hier om een buitengewoon moeilijk te maken onderscheid⁴⁶, maar bovendien doet het onvoldoende recht aan de actuele bestaansgronden van de precedentwerking in ons land.⁴⁷ Het beginsel van de rechtsgelijkheid wordt weliswaar niet geschonden, indien van een obiter dictum wordt afgeweken (de daarin besloten norm kan in het eerdere geval dan toch niet van invloed zijn geweest). Ook de (subjectieve-)rechtsverschaffingsfunctie is niet in het geding. Alle overige zojuist besproken beginselen en functies — ik noem slechts het vertrouwensbeginsel en de rechtsontwikkelingsfunctie — kunnen echter ook als argumenten voor precedentwerking van het obiter dictum dienen.

Hier zou ik afstand willen nemen van J. Drion. J. Drion wijst precedentwerking van obiter dicta kennelijk af, omdat het rechtsgelijkheidsbeginsel

→ sistent body of law must be developed.' (Gerald Dworkin, *Stare decisis in the House of Lords*, 25 *Modern Law Review* 1962, p. 163) — raakt hierdoor steeds meer op de achtergrond. De Engelsen blijken overigens ook zelf in de problemen te komen met hun ratio-decidendi-beperking van de precedentwerking daar waar het gaat om precedenter die neerkomen op wetsinterpretatie. De ratio decidendi laat zich vaststellen aan de hand van de beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde feiten en gronden in hun onderlinge verhouding. Voor precedentwerking buiten die ra-

tio decidendi heeft men geen instrumentarium voorhanden. Zie nader bijv. R.W.M. Dias, *Jurisprudence*, London 1985, p. 184 e.v.

⁴⁶ Zie Kottentzen t.a.p., p. 191 e.v. en de daar aangehaalde Engelse literatuur waaronder op p. 204 de anekdote van C.K. Allan, *Law in the making*, Oxford 1975, p. 265. Zie ook Jan F. Glastra van Loon e.a., *Guide to foreign legal materials Belgium-Luxembourg-Netherlands*, New York 1968, p. 143-144.

⁴⁷ Zie ook Jessurun d'Oliveira t.a.p., p. 11. Anders nog J. Drion t.a.p., p. 32 e.v., i.h.b. p. 37-38.

er niet mee gemoeid is.⁴⁸ Dit argument komt juist maar niet doorslaggevend voor gezien de vermelde betekenis van andere beginselen en functies. De Hoge Raad onderkent en benut duidelijk ook die precedentwerking van obiter dicta: hij neemt menigmaal de moeite, in zijn uitspraken regels te formuleren die hij uitdrukkelijk niet op het voorliggende geval zelf, maar uitsluitend op toekomstige gevallen van toepassing acht.⁴⁹ Een sterk voorbeeld van dit verschijnsel vormt het arrest IZA/Vrerink⁵⁰, waarin de Hoge Raad in geval van aansprakelijkheid voor aanrijdingsschade ex art. 31 wvw en eigen schuld van de aangereden fietser of voetganger tenminste 50% van de schade ten laste van het motorvoertuig brengt. Die regel leent zich voor nadere invulling en uitbouw — aldus is ook geschied — maar wie nu zou menen dat bij een volgende gelegenheid de Hoge Raad van 50% wel 40% of 60% zal maken, indien een meerderheid van de burgerlijke kamer daar inmiddels meer in zou zien, vergist zich ongetwijfeld.

Welke uitspraken?

Drions geciteerde stelling zag uitsluitend op uitspraken van de Hoge Raad. De lagere rechter acht hij elders in zijn rede⁵¹ eveneens voorwaardelijk gebonden aan precedenten van zichzelf en precedenten van andere, lagere gerechten van — zo neem ik aan — gelijke of hogere rang.⁵² Ik zou hier twee opmerkingen bij willen plaatsen.

48 P. 37-38 t.a.p. Zie ook Glastra van Loon e.a., t.a.p.

49 Zie ook Brunner, TvP 1994, p. 2.

50 HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566

(CJHB), waarover ook Brunner, TvP t.a.p.

51 P. 34.

52 Zo ook Jessurun d'Oliveira t.a.p., p. →

Primair gaat Drions aandacht natuurlijk uit naar de precedentwerking van de uitspraken van de Hoge Raad. Deze lijkt ook het meest effectief, gelet op de hiërarchische positie van de Hoge Raad en zijn op rechtsontwikkeling gerichte motiveringswijze.⁵³ Afgezien van één uitzondering, die dadelijk aan de orde komt, wil ik mij hiertoe voornamelijk beperken, al zal hetgeen over de precedenten van de Hoge Raad wordt gezegd wel dikwijls van analoge betekenis kunnen zijn voor de precedenten van lagere rechters.

Wat om wille van de tijd slechts aangestipt wordt — maar dat mag ik dan ook anders dan J. Drion in zijn tijd niet negeren — is de toenemende betekenis van supranationale rechtscolleges in dit verband, met name het Benelux-hof, het Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschappen en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Naar gelang hun rechtspraak voor onder meer de Nederlandse rechtspraktijk toeneemt, komt de Hoge Raad steeds meer te verkeren in de positie van de lagere rechter. Zo heeft hij zich in het licht van de EHRM-jurisprudentie al genoopt geacht tot heroverweging.⁵⁴

→ 39. Zie ook mijn Rechtsvinding door de burgerlijke rechter, diss. Leiden, Deventer 1978, p. 26-27. Kottenhagen gaat als gezegd verder. Zie voor arbiters R.P. Cleveringa, AR 1951, p. 740.

53 Zie ook Van Gerven in zijn reeds aangehaalde Theorie en praktijk der rechtsvinding (1977), p. 10 en Larenz t.a.p., p. 429-430.

54 HR 21 juni 1988, NJ 1988, 746, waar-

over J.K. Franx, De Hoge Raad: voor- gaan, doorgaan of omgaan, Deventer 1994, p. 5. Zie voor de verhouding met het EG-hof: T. Koopmans, Stare decisis in European Law in Essays on European Law and Integration, Deventer 1982, p. 11 e.v.; Teun Struycken en Olav Haezen in De rol van de rechten in de moderne westerse samenleving, Universitaire Drukkerij, RU Leiden 1993, p. 111 e.v.

Voorwaarde voor binding

De voorwaarde voor binding laat zich aldus omschrijven dat zich geen grond voor afwijking voordoet. De vraag is dus op welke gronden van precedenteren afgeweken mag worden. Dit is de vraag naar de mogelijkheden voor ‘overruling’ (niet te verwarren met de verwante techniek van ‘distinguishing’, die scherp van ‘overruling’ moet worden onderscheiden en hier op neer komt dat een met het voorliggende geval verwant precedent wordt genterpreteerd als zo zeer feitelijk verschillend van het voorliggende geval dat de precedentnorm niet van toepassing is).

Binnen het bestek van deze rede zou ik mij tot drie observaties willen beperken.

De eerste observatie is deze dat consensus over de gronden voor afwijking uitgesloten voorkomt, tenzij men die gronden zeer globaal formuleert. Toch heeft dat laatste voordelen. Men beschikt dan tenminste over een kader voor de discussie over de vraag of de rechter om moet.

Als J. Drion schrijft dat de Hoge Raad zeker moet kunnen terugkomen op uitspraken, die hetzij indertijd al niet juist waren, hetzij door de gewijzigde omstandigheden thans minder gelukkig zouden zijn⁵⁵, wil hij daarmee niet zeggen dat de rechter *carte blanche* heeft om van een precedentnorm af te wijken. Hij zal een raamwerk willen scheppen voor geargumenteerde afwijking. Het zijn dan de argumenten die tellen. Hetzelfde geldt voor het criterium van Bydlinski, die de rechter verplicht tot afwijking in geval het precedent ‘nachweislich unrichtig’ is.⁵⁶ De door Lord Reid geformuleerde en door Paterson’s jurisprudentie-onderzoek bevestigde Engelse

55 T.a.p., p. 35.

56 T.a.p., p. 507.

grond voor afwijking van een precedent 'if in relation to some broad issue or principle it is not considered just or in keeping with contemporary social conditions or modern conceptions of public policy' ('the unjust or outmoded criterion')⁵⁷ moge wellicht iets duidelijker zijn, maar vraagt nuancering en uitwerking met name in het licht van de bevindingen van Cross en Harris, die ook niet een communis opinio kunnen rapporteren.⁵⁸ Duidelijk is in ieder geval dat argumenten slechts als grond voor afwijking kunnen gelden, indien zij toepassing van de precedentnorm onaanvaardbaar maken. Duidelijk is ook dat die argumenten ontleend kunnen worden aan de maatschappelijke opvattingen, opvattingen in de rechtspraktijk en de doctrine. Voor een star 'stare decisis' behoeven wij dus niet te vrezen; met name behoeft de Hoge Raad zich werkelijk niet ten eeuwigden dage gebonden te achten aan een vergissing die hij eenmaal gemaakt heeft en dat doet hij ook niet.⁵⁹

57 Zie Alan Paterson, *The Law lords*, London 1983, p. 157 e.v.

58 Zie (naast artikelen van J.W. Harris, *Oxford Journal of Legal Studies* 1990, p. 135 e.v. en 1991, p. 416 e.v.) Rupert Cross en J.W. Harris, *Precedent in English law*, fourth edition, Oxford 1991, p. 99 e.v., 133 e.v. en 195 e.v. Zie ook Kottenhagen p. 253.

59 Zie ook Struycken en Haezen, t.a.p., p. 91 e.v. en De Jong, t.a.p., kennelijk met instemming aangehaald door W. Sniijders, *De rechter als dictator?* t.a.p., p. 141. Jurisprudentie waarbij de Hoge Raad om gaat, vindt men

bijv. — ik citeer in chronologische volgorde — in mijn reeds aangehaalde dissertatie op p. 189 e.v., bij Kottenhagen t.a.p., p. 13 e.v. en 272 e.v., bij Struycken en Haezen, t.a.p., p. 114 e.v. en 122 e.v. en bij Franx t.a.p., die in een bijlage 23 gevallen van uitdrukkelijk omgaan van de burgerlijke kamer van de Hoge Raad over de periode 1980-1993 signaleert. Zie voor een geval waarin de Hoge Raad wel zorgvuldig alle argumenten pro omgaan weegt, maar deze te licht bevindt, meergenoemd Gouderakarrest.

De tweede observatie is deze dat de rechter die van een precedent wil afwijken, de argumentatielast daarvan heeft.⁶⁰ Afwijking vraagt steeds rechtvaardiging; die observatie ligt al in het voorgaande besloten.

De derde observatie is deze dat er aanleiding is om te onderscheiden naar gelang het gaat om de vraag of de Hoge Raad van zijn eigen precedent mag afwijken, of de lagere rechter van de Hoge Raad mag afwijken⁶¹, of de rechter in eerste aanleg van een uitspraak van de appelrechter mag afwijken en of de lagere rechter van een uitspraak van zichzelf of van een ander gerecht van gelijke rang mag afwijken.⁶² Verdedigbaar is dat de lagere rechter in het licht van de vermelde beginselen en functies minder gauw van een uitspraak van de Hoge Raad zal mogen afwijken dan de Hoge Raad zelf. Toen de Hoge Raad de ouderlijke macht na echtscheiding toe liet in het licht van zijn uitleg van art. 8 EVRM⁶³, werd daarmee de rechtseenheid in de lagere rechtspraak hersteld, althans dat was het doel en naar het zich laat aanzien is dat doel ook gerealiseerd. Dit veronder-

⁶⁰ Zie voor de uitwerking van de 'Argumentationslast' ter zake van afwijking van precedenteren bijv. Robert Alexy t.a.p., m.n. p. 216 e.v. en 335 e.v. (voortbouwend met name op het werk van Ch. Perelman), bekritiseerd door A. Kaufmann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, 6. Auflage, München 1994, p. 480 e.v., die ook andere argumentatietheorieën dan die van Alexy behandelt. Zie voor de argumentatie van analogie- en a contrariorede-

ringen voorts bijv. H. Kaptein en H. Kloosterhuis in Juridische argumentatie in analyse o.r.v. F.H. van Eemeren en E.T. Feteris, Groningen 1991. Zie ook Barendrecht t.a.p., p. 230 e.v.

⁶¹ Nog afgezien van de bijzondere binding ex art. 424 Rv, waarover B. Winters, De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken, diss. Rotterdam, Zwolle 1992.

⁶² Zie ook Drion t.a.p., p. 32 e.v.

⁶³ Zie met name HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510.

stelt welhaast absolute gebondenheid aan het precedent.⁶⁴ Een soortgelijke uitspraak vormt het Rivierenlandarrest, waarbij de Hoge Raad de rechtseenheid herstelde ten aanzien van de waardering van de verkorte registratieprocedure van stille pandrechten op vorderingen op naam.⁶⁵

Wet na precedent

Een observatie die afzonderlijk aandacht vraagt naast de voormelde drie observaties is de volgende: een wet die in werking treedt na het precedent prevaleert naar heersende opvatting boven dat precedent, voor zover dat in strijd is met de nieuwe wet.⁶⁶ Deze opvatting werd in de Engelse rechtspraak zelfs reeds ingenomen voordat het daar vigerende precedentenstelsel op basis van de Practice Statement on Precedent van 1966 ver-

⁶⁴ Zie ook Drion t.a.p., p. 33.

⁶⁵ HR 14 oktober 1994, RvdW 1994, 207, waarover G. Snijders, Adv.bl. 1994, p. 897 e.v. en mijn bijdrage in WPNR 1994 (6158), p. 785 e.v. Zie voor de tot dan toe heersende rechtsongelijkheid W.A.K. Rank, Adv.bl. 1994, p. 820-821.

⁶⁶ Zie bijv. W. Snijders in De rechter als dictator? t.a.p., p. 142, Craies on Statute Law, seventh ed. by S.G.G. Edgar, M.A., London 1971, p. 338, Fikentscher, Zeitschrift für Rechtsvergleichung t.a.p., p. 170, Atiyah

t.a.p., p. 1 e.v., Cross en Harris t.a.p., p. 173 e.v. en 226 e.v., Richard A. Posner, The problems of jurisprudence, Cambridge, Massachusetts/London, England 1990, p. 300 e.v. en voor het Zuidafrikaans recht Lourens M. du Plessis, The interpretation of statutes, Durban 1986, p. 3 e.v. Het is interessant om te zien hoe men in de Angelsaksische landen langzaam toegroeit naar de opvatting dat de rechter bevoegd moet zijn 'to overrule obsolete statutes', een opvatting die in Amerika meer gedeeld wordt dan in Enge- →

soepeld werd.⁶⁷ Men kan die opvatting construeren als een grond voor afwijking waardoor de voorwaarde voor precedentwerking niet vervuld wordt.⁶⁸ Het lijkt echter zuiverder haar hiervan te onderscheiden. Men kan het zo zien, zoals tevens verdedigd wordt voor nieuwe precedents die collideren met oude⁶⁹, dat de eventuele binding aan het eerdere precedent door de latere norm eenvoudigweg eindigt. Of de wet inderdaad collideert met de precedentnorm is uiteraard een kwestie van uitleg van de wettelijke norm en de precedentnorm in hun onderlinge verhouding. De opvatting dat precedents bij wet opzij gezet kunnen worden, is ook diep geworteld in de rechtspraktijk. Dat het zo werkt en niet anders, wordt steeds verondersteld, niet slechts door de wetgever maar ook door de rechter.

Zo refereert de Hoge Raad in het meergenoemde Gouderakarrest aan art. 47 van de nieuwe Wet bodembescherming en erkent hij de mogelijkheid dat die bepaling een verder gaande aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging zou kunnen meebrengen dan uit zijn eerdere rechtspraak voortvloeit.⁷⁰

→ land. Vgl. bijv. de discussie tussen Calabresi t.a.p., p. 101 e.v. (pro) en Posner t.a.p., p. 301 e.v. (contra) en de discussie tussen Calabresi, Davies en Gilmore (pro) met Michael Socarras, Yale Law & Policy Review 1985, p. 228 e.v. (contra). Zie voorts William N. Eskridge Jr, Overruling statutory Precedents, The Georgetown Law Journal 1988, p. 1361 e.v., die op p. 1427 e.v. een overzicht geeft van 'Supreme Court Decisions Explicitly

Overruling Statutory Precedents 1961-1987'.

67 Zie Dworkin, t.a.p., p. 163 e.v.

68 Aldus kennelijk Kottenhagen t.a.p., p. 272 e.v.

69 Kottenhagen t.a.p., p. 186.

70 Zie de Wet van 28 april 1994 (Stb. 324, i.w.g. 1 juli 1994). Zie voor precedents met name HR 16 mei 1980, NJ 1981, 99 en HR 4 februari 1994, NJ 1994, 366.

Als wij spreken van het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW, dan bedoelen wij niets meer of minder dan dat de wetgever de door de rechtspraak ontwikkelde figuur van de fiduciaire overdracht heeft afgeschaft. De sale and lease back constructie ligt inmiddels voor een toets aan art. 3:84 lid 3 BW bij de Hoge Raad. Duidelijk is dat zij hetzij nietig geacht zal worden wegens strijd met art. 3:84 lid 3 in welk geval zij een roemloos einde sterft in de armen van de Hoge Raad, hetzij aanvaard zal worden, omdat die constructie (althans in het gegeven geval) niet in strijd is met art. 3:84 lid 3 BW. Uitgesloten komt het voor — en daar gaat het nu om — dat de Hoge Raad de constructie zal aanvaarden met een motivering die er op neerkomt dat art. 3:84 lid 3 BW niet zou binden.⁷¹ In de doctrine staat wel de waardering van⁷² maar niet de binding aan art. 3:84 lid 3 serieus ter discussie.

Duidelijk is ook dat het arrest Quint/Te Poel⁷³ een door art. 6:212 gepasseerd station vormt voor zover daarin een algemene vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking wordt verworpen.

Zowel vanuit de wetenschap als vanuit de praktijk wordt dus erkend, dat de wetgever met vrucht kan ingrijpen door een precedent opzij te zetten. Zelfs is denkbaar dat precedenten het onderspit delven door een analoge toepassing van de nieuwe wet. De redenering per analogiam begint, an-

71 Zie ook F.W. Grosheide, in Rechtsuitgang (de Algra-bundel), Groningen 1992, p. 191.

72 Zie resp. S.C.J.J. Kortmann, WPNR 1994 p. 18, W.M. Kleijn, WPNR 1994

p. 15 en H.W. Heyman, WPNR 1994 p. 1. Zie voor een ander geluid A.F. Salomons, NJB 1994, p. 1261 e.v.

73 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (DJV).

ders dan nog wel geleerd wordt⁷⁴, zelfs in Engeland terrein te winnen.⁷⁵

De verhouding rechter/wetgever

De vraag of de wetgever het primaat bij de rechtsvorming heeft, is bij dit alles niet fundamenteel aan de orde. Wie de wet het primaat geeft, zal de wet zonder meer laten prevaleren boven eerdere precedënten; wie de wet gelijkwaardig aan precedënten acht, zal haar laten prevaleren voor zo ver de wet jonger is dan het precedent.⁷⁶ De voorwaardelijke binding van het

74 Fikentscher, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, t.a.p. p. 166; Lokin, *Interpretatieproblemen na de codificatie*, in *Tekst en uitleg*, Groningen 1994, p. 75.

75 P.S. Atiyah, *The Modern Law Review* 1985, p. 6 e.v. en Cross en Harris t.a.p., p. 175 e.v.

In America komt analoge wetstoepassing al langer voor (de Uniform Commercial Code beveelt analoge toepassing zelfs aan), waarover Hon. Roger J. Traynor, *Catholic University Law Review* 1968, p. 401 e.v.

Dat was vroeger wel anders! Zie bijv. Roscoe Pound, *Common law and legislation*, *Harvard Law Review* 1908, p. 385 e.v. en Maxwell on the interpretation of Statutes, twelfth edition

by P. St. J. Langan, *Bombay* 1969, p. 1 e.v. en 116 e.v. Zie echter ook maar dan vooral voor analoge toepassing van wettelijke termijnen William H. Page, *Statutes as common law principles*, *Wisconsin Law Review* 1944, p. 175.

Kritiek op de analoge wetstoepassing in het geval dat de wet niet in wezen een delegatie inhoudt aan de rechter tot nadere ontwikkeling van common law, geeft Frank H. Easterbrook, *The University of Chicago Law Review* 1983, p. 533 e.v., besproken door Posner t.a.p., p. 288 e.v.

76 Zo laat zich verklaren dat een auteur als Kottenhagen die vindt dat aan wetgeving en jurisprudentie toch in beginsel gelijkwaardige (voorwaardelij- →

precedent vervalt dus bij beide opvattingen voor zover de latere wet er mee collideert.

Te constateren valt wel, dat degenen die het 'rechtersrecht' hoog in het vaandel hebben al gauw beschuldigd worden van het uitlokken van 'Rechtsprechungspositivimus', althans van onvoldoende respect voor de wet. Illustratief is in dit verband de uitleg die Bydlinski aan het werk van Fikentscher geeft. Volgens Bydlinski miskent Fikentscher het primaat van de wetgever.⁷⁷ Fikentscher zelf zegt echter: 'Soweit der klare und bestimmte Gesetzeswortlaut reicht, gilt er, und er gilt *ohne* Umweg über Richterrecht' (cursivering F.).⁷⁸ Toe te geven valt dat Fikentscher zichzelf ook nog wel eens lijkt tegen te spreken. Zo noemt hij de wet ook 'nur eine Entscheidungshilfe unter mehreren'.⁷⁹

De vraag naar het primaat bij de rechtsvorming is trouwens zo langzamerhand voor een belangrijk deel gedateerd. Tegenwoordig staren wij ons niet meer blind op de vraag wie de belangrijkste rechtsvormer is. Moderne auteurs concentreren zich steeds meer op de vraag welke verdeling van rechtsvormende taken tussen wetgever en rechter het beste voorkomt.⁸⁰

→ ke) binding toekomt (t.a.p., m.n. p. 184 e.v.), meent dat de wetgever kan ingrijpen indien de rechter naar zijn opvatting een (pertinent) onjuiste beslissing heeft gegeven (t.a.p., p. 171). Zie ook Fikentscher t.a.p., p. 170.

77 T.a.p., p. 522.

78 Zeitschrift für Rechtsvergleichung t.a.p., p. 170. Zie bijv. ook zijn Methoden des Rechts t.a.p., p. 236 e.v.

79 Methoden des Rechts t.a.p., p. 382. Zie voor de binding aan de wet bijv.

ook Zeitschrift für Rechtsvergleichung, p. 168 vs. 173.

80 Zie bijv. W. van Gerven in Theorie en praktijk van de rechtsvinding (1981), i.c. p. 7 resp. p. 29 e.v., H. Drion, NJB 1983, p. 1220 e.v., Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, p. 11 e.v., M. Scheltema in De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme, KNAW, Amsterdam/New York/Oxford/Tokio 1989, p. 85 e.v., W. Snijders, NJB →

De discussie over de vraag in hoeverre de rechter als wetgever-plaatsvervanger mag fungeren wordt steeds meer verdrongen door het beeld van complementaire samenwerking. De rechter pleegt zijn rechtsvormende taak ook grotendeels in aansluiting op de wetgeving (intra en extra legem) en slechts bij wijze van uitzondering in afwijking van de wet (contra legem) uit te voeren.⁸¹

De vraag naar het primaat van de wetgever bij de rechtsvorming blijft natuurlijk wel actueel voor die gevallen waarbij de rechter inderdaad de behoefte heeft af te wijken van de wet. Het gaat hier om een vraag van binding aan de wet in het algemeen. Onder de nieuwe codificatie laat die vraag zich niet principieel anders beantwoorden dan onder de oude. Het zal zo zijn, dat de rechter slechts bij wijze van uitzondering afwijkt van de wet zoals die zich laat interpreteren in het licht van het normale spraakgebruik en nog bij grotere uitzondering dat hij afwijkt van de wet zoals die zich zowel naar algemeen spraakgebruik als naar zijn strekking laat interpreteren. Hiermee is niet gezegd dat dit soort uitzonderingen geen aandacht vragen. Een bijzondere betekenis heeft in dit verband de techniek van onverbindendverklaring van wetgeving wegens strijd met hogere wet-

→ 1993, p. 1149 e.v., m.n. p. 1149 met verwijzing naar eerder eigen werk en Fikentscher, *Methoden des Rechts* t.a.p., p. 331 e.v. Aldus ook MvA II Boek 6, PG Boek 6, p. 26 e.v. Zie voor de taakverdeling op een specifiek terrein bijv. W.B. van der Mij, *Rechtsrecht in de gezondheidszorg*, in *Antidorum* (F.B. Keulen-bundel), Zwolle 1990, p. 99 e.v. Ik laat incidentele irritaties van wetgever/bestuur en rechtspraak

over de taakopvatting over en weer dan maar buiten beschouwing. Zie in dit verband bijv. L.G.M. Stevens, *WFR* 1993, p. 1309 over R. Lubbers in *Kabaal in Holland* (de Asscher-bundel), Arnhem 1993, p. 37 e.v.

81 Dat geldt reeds als men de wet naar normaal spraakgebruik van thans interpreteert, zoals ik bij wijze van werksomschrijving deed in mijn dissertatie sub 4.17.

geving met inbegrip van verdragsrecht (die onder invloed van rechtstreeks werkende, internationale verdragen in de afgelopen decennia steeds belangrijker is geworden⁸²).⁸³

Literatuur over de betekenis van oude precedënten

Thans wil ik het zojuist gebodene confronteren met enige uitspraken die in de Nederlandse literatuur zijn gedaan over de resterende betekenis van onder de oude codificatie gevormde precedënten.

Eerst een uitspraak van Lokin⁸⁴, die meent dat het oude burgerlijk recht op 1 januari 1992 allemaal rechtsgeschiedenis is geworden en dat wij ons er geen illusie over hoeven te maken dat ‘na een korte overgangperiode waarin juristen leven die nog in het “oude” wetboek zijn onderwezen, het dan afgeschafte recht en zijn commentaren, handboeken en jurisprudentie alsnog geraadpleegd of gelezen zullen worden’. Ook de juristen opgeleid onder het huidige regime zullen wel moeten, willen zij niet structu-

82 Een wel belangrijke — zie bijv. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, derde druk, Zwolle 1988, p. 64 e.v. — zij het ook niet onbeperkt navolgbare techniek, waarover W. Sniijders in *De rechter als dictator?*, t.a.p., p. 143 e.v.

83 Het komt mij niet zuiver voor om van een afwijking van de wet te spreken daar waar de wet zelf de rechter een correctiemechanisme biedt, zoals in

art. 3:15, 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2, waarover Hartkamp, inaug. rede, p. 26 e.v. Ik vraag mij af of Grosheide t.a.p., p. 191 e.v., in zijn kritiek op Hartkamp voldoende oog heeft voor de omstandigheid dat het hier om wettelijke correctiemechanismen gaat.

84 NJB 1988, p. 667-668, later ook gepubliceerd in *Tekst en uitleg*, Groningen 1994, p. 60-61.

reel wanprestatie plegen, zou ik thans kort en krachtig willen zeggen onder verwijzing naar de uitgevoerde analyse van de betekenis van precedents in het algemeen (al moge het aanvaardbaar zijn dat oude precedents die bevestigd worden door nieuwe op den duur minder belangstelling zullen krijgen).

De andere uitspraak is van Hartkamp in zijn oratie van begin 1992.⁸⁵ Hij geeft het volgende antwoord op de vraag in hoeverre de oude rechtspraak — waaronder de destijds anticiperende rechtspraak — onder de nieuwe wet haar betekenis behoudt. ‘Dit lijkt mij’ — aldus Hartkamp — ‘in beginsel steeds het geval indien *a.* de nieuwe wet bij het oude recht aansluit, *b.* de door de rechter gekozen oplossing met de tekst en het stelsel van de wet te verenigen is, en *c.* er geen gronden zijn om — geheel op dezelfde wijze als onder een ongewijzigde wet — op grond van gewijzigde maatschappelijke verhoudingen of juridische inzichten een andere oplossing te bepleiten.’

Aldus vermeldt Hartkamp dus drie cumulatieve voorwaarden voor voorwaardelijke precedentbinding.

Zijn voorwaarde *c* laat zich zien als een invulling van de algemene voorwaarde voor precedentwerking, die we al besproken hebben.

De voorwaarden *a* en *b* van Hartkamp zien op de specifieke betekenis van een wet, in casu de codificatie, die in werking treedt nadat zich bepaalde rechtspraak heeft gevormd.

Zie ik het goed, dan sluit Hartkamp niet uit dat buiten het geval waarin aan alle drie voorwaarden is voldaan ook precedentwerking mogelijk is. Daaraan bestaat ook dringend behoefte, zoals een korte, nadere analyse van zijn voorwaarden *a* en *b* kan aantonen.

⁸⁵ T.a.p., p. 12.

Voorwaarde a komt te knellend voor. Denkbaar is immers dat de nieuwe wet niets zegt over een bepaalde rechtsvraag. In dat geval behoren de oude precedents toch onverkort te blijven gelden.

Voorwaarde b benauwt nogal gezien het belang van andere uitlegfactoren dan tekst en stelsel van de wet. Uit de verrichte analyse van de betekenis van precedents in het algemeen laat zich afleiden dat de precedentnorm voorwaardelijke binding heeft en dat die beëindigd wordt door een latere wettelijke norm die collideert met de precedentnorm. Betoogd werd dat de vraag of de wettelijke norm collideert met de precedentnorm er één is van uitleg van beide normen op zichzelf en in hun onderlinge verhouding. Het komt niet gewenst voor, ook niet in dit verband, om de wettelijke norm bij uitsluiting te interpreteren met behulp van de door Hartkamp aangegeven uitlegfactoren tekst en stelsel van de nieuwe wet. Verstandiger lijkt het om het complete arsenaal van algemeen geaccepteerde interpretatiemethoden — grofweg de methoden aangeduid in Scholtens Algemeen Deel — ter beschikking te houden voor de oplossing van ons probleem. Zo zal de wetsgeschiedenis ook in dit verband vooralsnog een belangrijke rol spelen⁸⁶, meer in het bijzonder de ratio van de nieuwe, wettelijke norm in verhouding tot de oude precedentnorm. Ook een interpretatie ex post van de wetgever, althans regering en/of parlement, kan hier van belang zijn, al mag deze factor evenmin van doorslaggevende betekenis geacht worden.⁸⁷ Denkbaar is voorts dat een precedent, anders

86 Zo ook voor de betekenis van de wets-historische interpretatie van het huidige BW in het algemeen Hartkamp zelf, inaug. rede, p. 13 e.v. Zie hierover voorts bijv. G.H.A. Schut, *RMTH* 1988, p. 357-358, W.H.M. Reehuis

in *Rechtsvinding* onder het NBW, Deventer 1992, p. 64 e.v. en *VV I*, *MVA I Inv.* en *MO I Inv.* Boek 3, *PG Inv.* Boek 3, p. 1005 e.v.

87 Zie meer in het algemeen hierover de *MVA Inv.* Boek 3, *PG Inv.* Boek 3, p. →

dan een nieuwe wettelijke regel die al weer enige jaren eerder dan het precedent tot stand is gekomen, wel nieuwe inzichten in de eisen van het maatschappelijk verkeer of nieuwe maatschappelijke opvattingen verdisconteert en dat ook de nieuwe wet in het licht van die nieuwe inzichten en maatschappelijke opvattingen wordt geïnterpreteerd waardoor deze ondanks het ogenschijnlijke tegendeel het precedent toch in stand laat. Een en ander neemt niet weg dat tekst en stelsel (met inbegrip van de onderlinge samenhang van regels) van het oude respectievelijk het huidige Burgerlijk Wetboek eveneens een belangrijke rol bij de uitleg horen te spelen, zoals zij dat ook doen en deden bij de bepaling van de vraag of er geanticipeerd mag worden.⁸⁸

Hoe nu verder?

Het wordt nu tijd de mogelijkheden voor retrocipatie nader te onderzoeken, tevens buiten de gevallen waarin aan alle drie door Hartkamp vermelde voorwaarden is voldaan. De resterende tijd wil ik daaraan besteden.

→ 1009-1010, Brunner, NJB 1989, p. 961 en Reehuis, t.a.p., p. 69-70. Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad in het reeds aangehaalde Rivierenland-arrest anders dan zijn A-G en de rechtbank geen enkele aandacht besteedt aan de uitleg van de wet door de Minister van Justitie in de Eerste Kamer ex post, die zijn opvatting — aan-

vaarding van de zogenaamde verkorte registratieprocedure voor de stille verpanding van vorderingen op naam — ondersteunt.

88 Zie m.n. A.M.J. van Buchem-Spans, *Anticipatie*, Mon. Nieuw BW A-23, p. 46 e.v. en Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, p. 14 e.v.

Van belang is het om hierbij een onderscheid te maken naar gelang de vraag of en in welke mate de nieuwe wet collideert met het oude precedent. Dat gebeurt dan ook.

Tevens zal worden geprofitteerd van de lessen die in het verleden ten aanzien van de tegenhanger van de retrocipatie, de anticipatie, zijn getrokken.⁸⁹

Geen nieuwe wettelijke norm, dus geen collisie met precedent

Betoogd werd zojuist al dat oude precedents onverkort behoren te blijven gelden voor zover de nieuwe wet een regeling achterwege heeft gelaten. Securicor, die op grond van een contract met Vlaer & Kol geld voor Makro vervoerde en werd overvallen, zou de exoneratieclausule in haar contract met Vlaer en Kol ook naar huidig BW aan Makro hebben mogen tegenwerpen, al is daarvoor naar huidig BW geen wettelijke grondslag.⁹⁰ Duidelijk is ook dat ondanks het ontbreken van een bepaling als art. 1376 (oud) BW, de hoofdregel nog steeds is dat overeenkomsten niet van kracht zijn tussen andere dan de handelende partijen, al wordt zij door menig precedent zoals het Securicorarrest en ook door menig wetsbepaling zoals art. 6:251-252 en 257 ingeperkt. De hoofdregel berust immers op een nog steeds actueel precedent van 1905, het arrest Blaauboer/Berlips.⁹¹

89 Waarover mede op basis van rechtspraakanalyse m.n. G.J. Scholten, WPNR 1969 (5031) p. 109 e.v. en (5032) p. 121 e.v., Van Buchem t.a.p. en Hartkamp, Aard en opzet van het

nieuwe vermogensrecht, t.a.p.

90 HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (ARB).

91 HR 3 maart 1905, W 8191.

Dat iemand die contractsonderhandelingen afbreekt, onder omstandigheden kan worden veroordeeld tot dooronderhandelen of tot schadevergoeding, laat zich, voor zover al niet op nieuwe normen als art. 6:2 of 6:162 te baseren, eveneens funderen op onder het oude regime tot stand gekomen precedënten als Plas/Valburg⁹² en vSH/Shell.⁹³

Dat het stilzwijgen van de wet zelf hier mag worden uitgelegd als instemming met de onder het oude regime gevormde precedënten met inbegrip van de daarin besloten mogelijkheden voor verdere rechtsontwikkeling, laat zich uit de wetsgeschiedenis afleiden.⁹⁴

Opgemerkt kan worden dat deze grond voor retrocipatie het spiegelbeeld vormt van een grond voor anticipatie onder het oude regime. Anticipatie werd onder het oude regime aanvaardbaar geacht voor zover het positieve recht een leemte bevatte. De voorwaarde die aan anticipatie op onder meer deze grond werd gesteld was wel deze, dat de oplossing van het niet geldende regime niet in strijd was met het stelsel van het geldende recht.⁹⁵ Het gaat hier als gezegd om een factor die ook bij de onderhavige categorie van retrocipatie van groot gewicht voorkomt.

92 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (CJHB).

93 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (CJHB).

94 Zie m.n. Asser/Mijnssen (1992), nr. 44 en vv II jo. MvA II, PG Boek 6, p. 916 e.v. resp. Asser/Hartkamp II, nr. 160 e.v. en de wetsgeschiedenis op het aangenomen amendement tot verval van de invoeging van een nieuw art.

6.5.2.8a, PG Inv Boek 6, p. 1443 e.v. Opgemerkt zij wel dat het arrest vSH/Shell eerst na aanvaarding van het amendement is gewezen en nu juist de tekst van art. 6.5.2.8a heeft aanvaard als destijds reeds geldend recht.

95 Van Buchem t.a.p., p. 52 e.v. en Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, p. 15.

Precedentwerking van methodologisch relevante beslissingen in het bijzonder

Een bijzondere variant van deze categorie van precedënten over onderwerpen, waaromtrent een nieuwe wettelijke norm ontbreekt, zijn de precedënten die implicaties hebben voor de methodologie van de rechtsvinding. Vooral op dit terrein is de wetgever teruggetreden. Zonder dat wij de betekenis van regels als art. 6:2 en 248 uit het oog mogen verliezen, laat zich vaststellen dat de wetgever door de oorspronkelijke, inleidende titel, met name art. 1-6, te laten vervallen, de volledige ruimte heeft gegeven aan hetgeen de rechtspraak zelf aan normen voor de rechtsvinding heeft ontwikkeld en ontwikkelt. 'Uitleg en toepassing van de wet is een taak die (...) beter geheel aan de rechter kan worden overgelaten, daarin voorgelicht door de doctrine', aldus de Memorie van Toelichting op de Invoeringswet van Boek 3.⁹⁶

Het zou natuurlijk ook te gek zijn, als de rechter ter gelegenheid van een nieuwe codificatie substantieel nieuwe normen voor de rechtsvinding zou moeten hanteren. Toch is het niet oninteressant om op dit fenomeen van de voorwaardelijk bindende, onder het oude regime gevormde normen voor rechtsvinding te wijzen. Enige voorbeelden mogen dit verduidelijken.

In twee van de Maassluisarresten⁹⁷ is de vraag aan de orde of de vordering tot schadevergoeding wegens verkoop van verontreinigde grond verjaard is. De gemeente Maassluis meende dat dit het geval was omdat de wet destijds bepaalde dat geldvorderingen op gemeenten in elk geval verjaren vijf jaar na de 31e december van het jaar waarin de schuld opvorderbaar is

96 PG Inv. Boek 3, p. 1020. Zie ook Eindverslag I, PG Boek 6, p. 31.

97 HR 9 oktober 1994, NJ 1994, 286-287 m.nt. CJHB onder NJ 1994, 289.

geworden. Volgens de gemeente deed het niet ter zake dat de verontreiniging eerst later aan gelaedeerden bekend was. De Hoge Raad daarentegen oordeelt in één van de zaken — de beslissing in de andere zaak is nagenoeg identiek — anders: een redelijke wetsuitleg brengt met zich mee ‘dat de daarin voorziene verjaringstermijn van vijf jaren in gevallen als de onderhavige, waarbij eerst na verloop van tijd schade als gevolg van bodemverontreiniging aan de dag treedt, niet geacht kan worden eerder te zijn aangevangen dan na de dag volgende op de 31^e december van het jaar waarin aan de benadeelde bekend is geworden dat de grond onder en bij zijn woning verontreinigd is.’ Deze uitspraak houdt niet slechts een norm in voor ‘gevallen als de onderhavige’ — ik laat de nadere omlijning nu daar — maar impliceert tevens verder strekkende normen waaraan de Hoge Raad in toekomstige gevallen voorwaardelijk gebonden is. Stel nu dat de Hoge Raad na deze Maassluisarresten zou oordelen dat het ingangstijdstip van verjaringstermijnen gelet op de behoefte aan rechtszekerheid nimmer anders dan grammaticaal zou mogen worden geïnterpreteerd, dan zou ik willen beweren dat hij in strijd oordeelde met zijn eigen methodologische precedentnorm. Die norm zou mogelijk als volgt kunnen luiden: een termijn voor extinctieve verjaring van een *ius agendi* verstrijkt ongeacht de formulering niet eerder dan nadat de subjectief gerechtigde een redelijke tijd heeft gehad voor beoordeling van de vraag of hij al dan niet een rechtsvordering zal instellen. Het gaat mij nu echter niet zo zeer om de exacte omschrijving van de norm als wel om de conclusie dat een norm van dergelijke aard uit de genoemde Maassluisarresten valt af te leiden en dat de rechter daar in toekomstige gevallen voorwaardelijk aan gebonden is. Een veel abstractere norm voor de rechtsvinding, namelijk een norm onafhankelijk van het onderwerp, die men ook uit het arrest zou kunnen afleiden is deze, dat de rechter genoopt is bij de

uitleg van de wet niet slechts te letten op hetgeen de tekst van de wet hem taalkundig gezien lijkt voor te schrijven, maar ook op hetgeen de redelijkheid vraagt.

Een ander voorbeeld vormt het HIV-arrest van 1992⁹⁸ over de schade van een patiënt die onder verantwoordelijkheid van het ziekenhuis een injectie heeft gekregen met een door het HIV-virus besmette spuit. De Hoge Raad oordeelt onder meer: 'Het ligt in de rede dat de rechter bij zijn begroting let op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen. Geen rechtsregel belet de rechter mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen, zij het dat deze ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.' Zou de Hoge Raad in een volgend geval de bedragen in vergelijkbare gevallen zonder meer irrelevant achten of zou hij doorslaggevende betekenis verlenen aan de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot deze bedragen dan zou hij afbreuk doen aan zijn eigen precedent.

Dit alles pleit eigenlijk voor een handboek waarin gaandeweg (van druk tot druk) de normen voor de rechtsvinding, die de rechter zelf hanteert, in kaart gebracht worden, dit waar nodig ook kritisch. Op deze wijze zou de door de rechter gehanteerde althans veronderstelde methodologie transparanter worden. Dit zou de continuïteit van de rechterlijke methodologie bevorderen. Tegelijkertijd zou het forum gemakkelijker in staat zijn, kritiek op de gehanteerde methodologie te leveren. Die kritiek zou de rechter dan weer aanleiding kunnen geven tot verantwoorde discontinuïteit. Bedacht zij wel, dat het niet eenvoudig is om op grote schaal uit de recht-

⁹⁸ HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714.

spraak de door de rechter gehanteerde normen voor de rechtsvinding te destilleren. De rechter pleegt deze nog impliciet te hanteren dan ongeschreven normen van objectief recht in het algemeen.⁹⁹

Wel nieuwe wettelijke norm, geen collisie met precedent

Is er wel een norm naar huidig BW voor het door het precedent bestreken geval dan gaat het er als gezegd om of de nieuwe norm met de precedentnorm collideert. Is dat niet het geval, dan blijft de precedentnorm staan. Nu zou men kunnen betogen dat een precedent na bevestiging door een nieuwe wettelijke norm nog slechts van zuiver rechtshistorische betekenis is en dat het dus geen zin heeft om er afgezien van die betekenis nog een beroep op te doen. Aldus zou men echter het verschil in aard tussen een precedentnorm en een wettelijke norm miskennen. Een wettelijke norm is zelden zo concreet, dat het precedent geen enkele surplusbetekenis overhoudt. Of anders gezegd: de 'Fallnorm' van het oude precedent en ook een eventueel iets minder concrete, uit het precedent af te leiden norm houden steeds betekenis naast de abstractere wettelijke norm.

99 In mijn dissertatie, die primair gebaseerd is op een kwantitatieve analyse van de rechtsvinding, is slechts een eerste aanzet te vinden voor zo'n systematische, kwalitatieve analyse en presentatie van de in de praktijk gehanteerde rechtsvindingsnormen.

Van willekeur, zoals Thom Holterman (Argumentatieve willekeur en de beoefening van de staasrechtwetenschap, Zwolle 1988) ons wil doen geloven is, dunkt mij, geen sprake. Zie ook mijn dissertatie sub 3.11.

Ter illustratie zij verwezen naar het arrest Gielkens/Gielkens, dat mogelijk de geschiedenis in gaat als het arrest van Zus Nes, een van de weinige, uit methodologisch oogpunt vermeldenswaardige arresten die de Hoge Raad tot dusverre reeds onder het nieuwe regime heeft gewezen.¹⁰⁰ Mevrouw Nes Gielkens heeft geen rijbewijs. In oktober 1987, kort na het overlijden van haar man, spreekt zij met haar broer Peter Gielkens af, dat deze haar rijdt, met name ook naar Heerlen waar haar zoon wordt verpleegd. In dezelfde maand koopt zij een Opel Kadett, die zij in januari 1988 met bijbetaling inruilt tegen een Opel Corsa. Zij stelt de Corsa vervolgens ter beschikking aan haar broer. In maart of april 1988 krijgen broer en zus onmin. Begin mei 1988 zegt Nes de rij-afsprake op en verzoekt haar broer Peter de auto aan haar af te geven. Peter weigert afgifte, Nes vordert vervolgens afgifte in rechte. Zus Nes meent dat er slechts sprake was van terbeschikkingstelling in bruikleen. Broer Peter meent dat de auto hem is geschonken en overgedragen. Het hof oordeelt dat de broer het bewijs van zijn eigendomsverkrijging zal moeten leveren. Tegen dat oordeel wordt een cassatiemiddel gericht, waarin de broer, die houder is van de zaak, zich met name beroept op art. 3:109 en 3:119 BW, bepalende dat de houder vermoed wordt bezitter te zijn respectievelijk dat de bezitter vermoed wordt rechthebbende te zijn. Ook de Hoge Raad kiest deze bepalingen, die overeenkomen met soortgelijke bepalingen in het oude BW (art. 590 resp. 2014 lid 1), tot uitgangspunt van zijn beslissing. ‘Het staat de rechter die over de feiten oordeelt echter vrij’, aldus de Hoge Raad, ‘om op grond van hetgeen over en weer is gesteld en de verdere omstandigheden van het geval te oordelen dat het vermoeden dat de bezitter eigenaar is, zodanig is weerlegd dat de bezitter zijn gepreten-

¹⁰⁰ HR 17 juni 1994, NJ 1994, 671.

deerde eigendomsrecht nader zal hebben te bewijzen (...)' . Tussen haakjes en kennelijk ter motivering wordt uitdrukkelijk verwezen naar de arresten Geurts/Lijesen¹⁰¹ en Küthe/Artz¹⁰², arresten die een soortgelijke beslissing bevatten op basis van art. 2014 van het oude BW. Op deze motivering valt niets af te dingen: de nieuwe wettelijke norm collideert immers in het geheel niet met de oude precedentnorm, nu die berust op een regeling uit het oude BW die zakelijk overeenkomt met die naar huidig BW.

Ter illustratie kan ook verwezen worden naar het beroemde arrest Pos/Van den Bosch, dat reeds onder een andere familienaam de geschiedenis in is gegaan, het arrest van tante Neeltje.¹⁰³ Tante Neeltje zat vast aan een koopoptie die Van den Bosch met betrekking tot haar boerderij had gekregen. Haar lievelingsachterneef Pos wist dat ook, maar niettemin stemde hij er ten koste van Van den Bosch maar al te graag mee in, dat tante de boerderij aan hem schonk. Zijn handelen werd onder de omstandigheden van het geval onrechtmatig geoordeeld jegens Van den Bosch, waar ik thans niet nader op inga. Van den Bosch vordert op grond van die onrechtmatige daad schadevergoeding van Pos en wel in die voege dat Pos hem de boerderij doorlevert. De Hoge Raad beslist dat schadevergoeding wegens onrechtmatige daad op vordering van de benadeelde ook in andere vorm dan geld kan worden toegewezen. Die beslissing laat zich zien als de hoofdnorm van het arrest. Deze hoofdnorm vindt men (overigens niet slechts voor de onrechtmatige daad) terug in art. 6:103, tweede zin BW. Toch hebben de hoofdrolspelers in dit drama zich door hun gedrag

101 HR 8 mei 1987, NJ 1988, 700 (WMK).

102 HR 26 februari 1988, NJ 1989, 488 (WMK).

103 HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (GJS).

er van verzekerd dat de zaak ook onder het nieuwe regime haar belang houdt. De toepassing van de hoofdnorm in het arrest van tante Neeltje blijft gezag houden. Die toepassing laat zich formuleren als een subnorm, die tevens kan worden beschouwd als een uitleg 'avant la lettre' van art. 6:103. Hoe men die subnorm exact formuleert, is vatbaar voor discussie (een klassiek probleem bij menig precedent, zo ook in dit geval). De Hoge Raad beperkt zich namelijk tot de niet ongebruikelijke, min of meer marginale toetsing van 's hofs toepassing van de hoofdnorm, hierop neerkomende dat het hof geen regel van Nederlands recht heeft geschonden. Men kan subnormen echter niet ontkennen door de eenvoudige mededeling dat hun exacte inhoud moeilijk vast te stellen valt. Bovendien zijn wij — en dan bedoel ik met name de vertegenwoordigers van de doctrine — mans en vrouws genoeg om subnormen uit precedenten af te leiden, die vervolgens ook, eventueel na enige bijstelling in de discussie, (vrijwel) algemeen als zodanig aanvaard worden. Zo kan men uit Pos/Van den Bosch de subnorm afleiden dat een laedens verplicht is tot schadevergoeding in natura in de vorm van overdracht van een goed aan de gelaedeerde, indien deze gevorderd wordt en de onrechtmatig toegebrachte schade aldus op een naar het oordeel van de rechter in de omstandigheden van het geval passende wijze wordt weggenomen.¹⁰⁴

Het zojuist gegeven voorbeeld demonstreert tevens het nauwelijks te overschatten belang van oude precedentnormen daar waar het huidige Burgerlijk Wetboek een open norm kent die niet collideert met de oude precedentnorm, maar haar juist mede omvat. Dit verschijnsel doet zich op grote schaal voor, vooral in die zin dat de nieuwe wet een open norm

104 Asser/Hartkamp I (1992), nr. 411 en 642.

kent, die de oude ook al bevatte, althans op basis van een oud precedent ook al in de oude wet werd gelezen.

Men denke bij voorbeeld aan de aanvullende respectievelijk beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zoals die thans uit art. 6:2 en 248, vroeger uit art. 1374-1375 afgeleid werden. Zo blijft het afhankelijk van de ‘checklist’-norm¹⁰⁵ van de Hoge Raad in het arrest Saladin/HBU of een beroep op een exoneratieclausule nu wel of niet faalt wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. De vordering tot schadevergoeding van Saladin, die was afgegaan op een onjuist advies van HBU voor de aankoop van aandelen, zou dus ook naar huidig Burgerlijk Wetboek gestrand zijn, omdat het beroep op de exoneratieclausule ook naar huidig Burgerlijk Wetboek niet in strijd zou zijn geweest met de redelijkheid en billijkheid. Voor zover de exoneratieclausule een algemene voorwaarde is — een aspect dat niet tot de ratio decidendi van Saladin/HBU behoort; het gaat mij thans ook slechts om de norm ongeacht dat aspect — zijn de speciale regels van afdeling 6.5.3 BW thans van toepassing. Deze regels collideren gedeeltelijk met de precedentnorm van Saladin/HBU, waarover dadelijk nog iets meer bij de behandeling van de gevallen van gedeeltelijke collisie. Vooralsnog beperk ik mij tot de categorie gevallen waarbij collisie geheel ontbreekt.

Een voorbeeld in de onderhavige categorie vormt ook de jurisprudentie die de leer van de toerekening naar redelijkheid vorm gaf onder het oude regime, zoals die thans in abstracto in art. 6:98 BW is neergelegd. Dat de wets-systematische plaats van die regel (afdeling 6.1.10 over de inhoud en de omvang van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding) een andere is

105 Anders dan Nieuwenhuis, t.a.p.,
meen ik dat de topische norm met

respect voor haar bijzondere aard
— als gezegd kan zij met name nooit →

dan de context waarin de jurisprudentie haar plaatste, namelijk als criterium voor de grondslag van de aansprakelijkheid, doet hieraan niet af. Andere voorbeelden komen nog ter sprake.

Het is ook bij deze categorie weer interessant om te vergelijken met de anticipatie. Reeds in 1969 stelde G.J. Scholten vast dat (impliciete) anticipatie op regels uit het huidig BW onder meer geschiedt daar waar zij dieper doordringen in een bepaald rechtsgebied en dat dan nader regelen.¹⁰⁶ Dit is in spiegelbeeld een zelfde grond als wij zojuist zagen voor retrocipatie. Het spiegelbeeld zal vaker voorkomen dan het origineel. Jurisprudentie is nu eenmaal naar haar aard veelal gedetailleerder dan ontwerpwetgeving. Bovendien — en dat is een principiële verklaring — is het gezag van de ontwerpwetgeving mede afhankelijk van de vraag of zij een goede kans maakt om ingevoerd te worden, terwijl een precedent naar zijn aard al ‘ingevoerd’ is op het moment dat men er aan refereert.

Vaststelling van afwezigheid van collisie

Hoe stelt men nu precies vast dat de nieuwe norm niet met de precedent-norm collideert?

→ een Fallnorm zijn — toch wel als een variant van de klassieke norm, die bestaat uit voorwaarden (vereisten) en rechtsgevolgen, kan worden beschouwd. De topoi zelf zijn geen voorwaarden voor het intreden van het rechtsgevolg, maar voorwaarde

voor dat intreden is wel dat de resultante van de topoi-analyse het rechtsgevolg rechtvaardigt.

¹⁰⁶ Zie voorts Van Buchem t.a.p., p. 50-51 en Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, p. 15.

Eerder heb ik bepleit dat dit een kwestie is van uitleg van beide normen op zichzelf en in hun onderlinge verhouding. Betoogd werd ook reeds dat het aanbeveling verdient om alle algemeen geaccepteerde interpretatiemethoden in aanmerking te doen komen. Voor de vaststelling van de precedentnorm zullen deels andere methoden beproefd moeten worden, gezien het verschil in het object van uitleg. Hier zullen met name de uitspraak a quo, het cassatiemiddel en de conclusie om een belangrijke rol spelen.

Interessant is het om vast te stellen dat ook uit die normen zelf — en dat geldt zowel voor de oude precedentnorm als voor de nieuwe wettelijke norm — kan voortvloeien dat de nieuwe norm niet van de oude norm afwijkt. Ik zou menen dat daar waar een norm dit zelf aangeeft, de norm in zoverre ook bindt op dezelfde voorwaarde als die waaronder zij meer in het algemeen bindt. Het gaat hier dus om twee typen gevallen.

Eerst aandacht voor het geval dat het oude precedent zelf aangeeft, in welke bewoordingen dan ook, dat de beslissing naar huidig BW niet anders luidt, dan volgens het nog toepasselijke oude BW. Deze techniek is inmiddels geheel ingeburgerd bij de Hoge Raad en komt zeker in zaken die behandeld worden na 1 januari 1992, maar nog onder het regime van het oude BW vallen, met de regelmaat van de klok voor. Het gebruik zal ook nog niet dadelijk afnemen, nu er op grond van het overgangsrecht als gezegd nog steeds veel zaken behandeld worden die ressorteren onder het oude wettelijk regime. Het heeft geen enkele zin al die toepassingen hier te releveren. Ik geef slechts één voorbeeld: het DES-arrest van 9 oktober 1992, waarbij de Hoge Raad art. 6:99 reeds onder het oude regime uitdrukkelijk als geldend recht aanvaardde, zodat de DES-dochters de fabrikanten van DES ieder aansprakelijk konden stellen voor hun volledi-

ge schade ongeacht de vraag wie het schade veroorzakende produkt op de markt had gebracht, behoudens voor zover een fabrikant bewees dat de schade onmogelijk door zijn produkt kon zijn veroorzaakt. Van belang voor de toekomst is de uitleg die de Hoge Raad in dit arrest aan art. 6:99 geeft, onder meer in die zin dat niet alle potentiële daders gedagvaard of aangewezen behoeven te zijn om tot aansprakelijkheid van de wel gedagvaarde potentiële daders te beslissen.¹⁰⁷

Meer in het algemeen kan gezegd worden dat een arrest waarin de onderhavige techniek, die enigszins vergelijkbaar is met die van de anti-kiesregel in het internationaal privaatrecht¹⁰⁸, beproefd wordt, reeds kan gelden als een precedent op basis van, in plaats van voorafgaande aan het huidige BW. De techniek laat zich beschouwen als een uiterst effectief en niet gekunsteld spel met de tijd, waardoor het precedent ondanks de omstandigheid dat het nieuwe Burgerlijk Wetboek voor de desbetreffende zaak nog niet geldt, toch rang neemt als een beslissing in aansluiting op dat nieuwe Burgerlijk Wetboek.

Men zij in dit verband ook bedacht op precedënten uit de tijd dat de rechter nog niet uitdrukkelijk, maar wel impliciet (met name door aan te sluiten bij de formulering van de ontwerp tekst) anticipeerde op het huidige Burgerlijke Wetboek. Met behulp van dergelijke precedënten kan men evenzeer, zij het met meer moeite, aantonen, dat de nieuwe wet niet colli-deert met de oude precedentnorm.¹⁰⁹

107 NJ 1994, 535 (CJHB). Enige voorbeelden van andere formuleringen van dezelfde techniek vormen HR 28 oktober 1994, RvdW 1994, 219 en HR 11 november 1994, RvdW 1994, 244.

108 H.U. Jessurun d'Oliveira, De anti-kiesregel, diss. GU Amsterdam, Deventer 1971.

109 Zie voor de impliciete, anticiperende interpretatie m.n. Van Zeben t.a.p., G.J. Scholten, WPNR 1969 (5031), p. →

Dan aandacht voor het geval dat de nieuwe wet zelf nadrukkelijk het oude precedent in stand laat. Ik noemde van die categorie al pregnante voorbeelden, zoals art. 6:162 lid 2, dat als onrechtmatig onder meer een doen of nalaten aanmerkt dat in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Er is haast geen duidelijker manier om te zeggen dat de nieuwe wettelijke norm niet collideert met de oude precedents (het kan natuurlijk nòg duidelijker omdat het ongeschreven recht niet uitsluitend uit jurisprudentie bestaat). Die oude precedents bevatten subnormen, die gebruikt worden ter invulling van de wettelijke norm, in casu de zorgvuldigheidnorm van art. 6:162, destijds Lindenbaum/Cohen.

Of bij voorbeeld het storten van afvalzout in een rivier als de Rijn onrechtmatig is jegens benedenstroomse gebruikers blijft afhankelijk van de subnorm die de Hoge Raad daarvoor gegeven heeft in de Kalimijnenzaak. Deze subnorm komt hierop neer dat de onrechtmatigheidsvraag beoordeeld moet worden aan de hand van een checklist tegen de achtergrond van onder meer de belangen van de benedenstroomse gebruikers en de belangen bij lozing van de bovenstroomse bedrijven.

Zo kon de Hoge Raad ook zonder enige moeite op 18 november j.l.¹¹⁰ de vraag of een uitzetting van een vreemdeling onrechtmatig was, naar huidig Burgerlijk Wetboek — dat was in deze zaak toepasselijk — uitdrukkelijk nader onderwerpen aan een criterium dat hij reeds in een arrest van 1963 had bepaald.¹¹¹ Meer in het algemeen kan men stellen dat nog

→ 109 e.v. en mijn diss., nr. 2.3. Of het NBW daarbij uitsluitend heuristische of ook legitimerende waarde had (waarover ook Van Buchem t.a.p., p. 13 e.v.) kan thans in het midden blijven.

110 RvdW 1994, 250 C.

111 HR 13 september 1963, NJ 1963, 509.

steeds de duizenden onder het oude regime gevormde precedentes die voor specifieke soorten van gedragingen, ook gedragingen van de overheid, aangeven of deze als onrechtmatig in de zin van onzorgvuldig aan te merken zijn, uitzonderingen daargelaten, onverkort hun gezag behouden. De subnormen, die deze precedentes hebben opgeleverd, blijven ook onder de nieuwe wet voorwaardelijk binden.

Een stap verder doet men als men aanneemt dat de nieuwe wettelijke norm niet collideert met de precedentnorm omdat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever het oude precedent heeft willen handhaven. Deze stap komt bepaald niet ongeoorloofd voor, zolang andere uitlegfactoren ook maar een kans krijgen.

Een toepassing van deze techniek vormt het recente, reeds aangehaalde Rivierenlandarrest. De Hoge Raad overweegt dat in het wettelijk stelsel voor overdracht van en vestiging van pand op vorderingen op naam ligt besloten dat de vordering ten tijde van de levering of verpanding in voldoende mate door de in art. 3:94 lid 1 resp. 3:239 lid 1 bedoelde akte moet worden bepaald. Die bepaaldheidseis wordt naar het oordeel van de Hoge Raad vervuld door de zogenaamde verkorte registratieprocedure volgens het model van de Nederlandse Vereniging van Banken. Niet nodig wordt geacht dat de vorderingen waarover beschikt wordt, alle in de akte worden gespecificeerd. 'Ook onder vigeur van het voor 1 januari 1992 geldende recht', aldus de Hoge Raad 'werd met betrekking tot akten van cessie van vorderingen op naam niet de eis gesteld dat de vordering in de akte zelf wordt gespecificeerd'. Ons hoogste rechtscollege argumenteert die beslissing uitdrukkelijk met een beroep op het arrest Curatoren

Solleveld-Bouwman¹¹² en voegt daaraan toe dat de in de conclusie OM aangehaalde wetsgeschiedenis 'geen grond geeft voor de veronderstelling dat men op dit punt strengere eisen aan de akten van levering of verpanding heeft willen stellen'.

Wel nieuwe wettelijke norm, gedeeltelijke collisie met precedent

Zeker zo interessant, omdat zij mogelijk eerder dreigen in het vergeetboekje te geraken, zijn de precedenteren waarmee de nieuwe wet slechts gedeeltelijk collideert.

Een vruchtbaar gezichtspunt bij de analyse van deze categorie vormt de omstandigheid dat een volledige norm zich laat ontleden in voorwaarden en rechtsgevolgen.

Het kan zo zijn dat de nieuwe wettelijke norm ten aanzien van de voorwaarden collideert, maar het rechtsgevolg in stand laat, zodat de precedentnorm nog betekenis kan houden bij de bepaling van de rechtsgevolgen. Het kan omgekeerd zo zijn dat de nieuwe wettelijke norm ten aanzien van de rechtsgevolgen collideert, maar de voorwaarden in stand laat, zodat de precedentnorm nog betekenis kan houden bij de bepaling van die voorwaarden.

Of die conclusies getrokken mogen worden, laat zich wederom beschouwen als een kwestie van uitleg van precedentnorm en wettelijke norm op zichzelf en in hun onderlinge verhouding. Hiervoor geldt dus hetgeen zojuist voor de vaststelling van algehele afwezigheid van collisie werd ge-

¹¹² HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 (WMK).

zegt. Daarbij zal natuurlijk wel van geval tot geval nauwlettend geanalyseerd moeten worden of de collisie ten aanzien van de voorwaarden toch niet hoort door te werken in de rechtsgevolgen en andersom. Ter illustratie van de betekenis van deze categorie mogen enige voorbeelden dienen van beide varianten.

Eerst de variant die hierop neerkomt dat de wettelijke norm uitsluitend ten aanzien van de voorwaarden collideert met de precedentnorm. Menig rechtsgevolg zoals schadevergoeding heeft een inhoud die voor een deel thans uit de nieuwe wet blijkt en voor een deel op basis van oude precedents vast te stellen valt, ook al zijn de voorwaarden voor het intreden van dat rechtsgevolg inmiddels enigszins veranderd (dat die voorwaarden zijn veranderd, blijkt bij voorbeeld uit de art. 6:162 e.v.). Zo zullen precedents over de vraag of concrete dan wel abstracte vermogensschadeberekening geïndiceerd is, van belang blijven bij de toepassing en ter invulling van art. 6:97, dat de rechter toelaat, de schade te berekenen op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Naast dit soort voor de hand liggende voorbeelden waarbij afzonderlijke regels bestaan voor het rechtsgevolg op zichzelf, zijn andere minder in het oog springende illustraties te geven. Ik noem er een. Als rechtsgevolg van onder meer de hypotheek bepaalt art. 3:229 thans dat deze van rechtswege een recht van pand behelst op alle vorderingen tot vergoeding die in de plaats van het verbonden goed treden. Dit betekent met name dat de hypotheekhouder in geval van gehele of gedeeltelijke verbranding van het verhypothekerde goed pandhouder wordt van de vordering op de brandverzekeraar. Onder het oude recht trad dit rechtsgevolg slechts in indien een zogenaamd assurantiebeding als bedoeld in art. 297 K was gemaakt. De voorwaarden voor het rechtsgevolg substitutie

onder het oude regime verschillen dus van die onder het nieuwe. Toch zou het niet wijs zijn, te beweren dat de jurisprudentie die onder art. 297 werd gevormd in het geheel niet meer bindt naar huidig BW. Ten aanzien van het rechtsgevolg behoeft immers geen verschil te bestaan. Zo laat zich betogen dat het arrest Westland-Utrecht/Union Atlantique¹¹³, waarbij onder het regime van art. 297 K werd beslist dat de substitutie zich ook uitstrekt tot vorderingen die hun grondslag vinden in ten tijde van de hypotheekvestiging nog te sluiten verzekeringsovereenkomsten ook van belang blijft voor de bepaling van de omvang van de substitutie op basis van art. 3:229 BW.¹¹⁴ Wie zou menen dat de substitutie, die in casu de vorm van een stil pandrecht aanneemt, op grond van art. 3:239 lid 1 slechts bestaande vorderingen en toekomstige uit een bestaande rechtsverhouding te verkrijgen vorderingen kan omvatten, krijgt dit arrest terecht tegengeworpen.

Dan de variant waarbij de wettelijke norm uitsluitend ten aanzien van de rechtsgevolgen collideert met de precedentnorm.

Onder het oude regime werden eisen gesteld aan de aard van toekomstige vorderingen, wilden zij vatbaar zijn voor overdracht. Het rechtsgevolg overdracht kon sedert het eerder genoemde arrest Curatoren Solleveld/

113 HR 8 december 1989, NJ 1990, 747 (WMK).

114 Dat de Hoge Raad zich mede baseert op de bewoordingen van art. 297 K, dat uitdrukkelijk mede ziet op schade aan het 'te verzekeren bezwaard perceel' behoeft hieraan niet af te doen. De Hoge Raad spreekt van een eigen recht van de hypotheekhouder dat

niet op één lijn is te stellen met de rechten die voortvloeien uit de overdracht van vorderingen in het algemeen. Het textuele argument wordt tussen gedachtenstreepjes weergegeven en laat zich op zichzelf als een argument ten overvloede beschouwen.

Bouwman slechts gerealiseerd worden indien de vorderingen hun grondslag vonden in een bestaande rechtsverhouding. Het rechtsgevolg stil pand kan thans op grond van art. 3:239 eveneens slechts gerealiseerd worden indien de toekomstige vorderingen hun grondslag vinden in een bestaande rechtsverhouding. Het is evident, niet uiteraard alleen op grond van de verwantschap in formulering maar ook gezien de verwantschap in functies van de fiduciaire cessie en het stille pand op vorderingen op naam, dat de jurisprudentie die onder oud BW gevormd is ter beantwoording van de vraag of een toekomstige vordering inderdaad haar grondslag vindt in een bestaande rechtsverhouding, zoals bij voorbeeld het Visserijfondsarrest¹¹⁵, haar betekenis blijft behouden onder het huidige BW, maar dan nu in de context van de eisen voor stille verpanding van toekomstige vorderingen.

Onder het oude regime was het een rechtsgevolg van een algemene voorwaarde die onredelijk bezwarend werd geacht dat een beroep daarop werd afgewezen wegens strijd met de goede trouw. Zie bij voorbeeld het Smilde-arrest¹¹⁶ en het arrest Hooijen/Tilburgsche Hypotheekbank.¹¹⁷ Het beding werd in zo'n geval onverbindend geacht, zoals ook uit het arrest Botman/Van Haaster¹¹⁸ blijkt. Onder het huidige BW is het rechtsgevolg voor de door art. 6:233 bestreken gevallen een ander, namelijk

115 HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (WMK).

116 HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (G).

117 HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (G).

118 HR 23 maart 1990, NJ 1991, 214 (HJS). Zie m.n. r.o. 3.3, 2e alinea, waaruit blijkt dat die onverbindend-

verklaring (welke het inroepen van het beding definitief afsluit) wel moet worden onderscheiden van de hierboven onbesproken gelaten niet-inroepbaarheid in een concreet geval sec (die niet uitsluit dat het beding alsnog wordt ingeroepen in een ander geval).

vernietigbaarheid. Voor de vraag of een algemene voorwaarde onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233 blijft de oude jurisprudentie echter van betekenis, zij het dat er rekening mee moet worden gehouden dat onder het oude regime nog geen doorslaggevende betekenis kon toekomen aan de plaatsing van een beding op de zwarte lijst van art. 6:236 BW of de grijze lijst van art. 6:237 BW.¹¹⁹

Vergelijkbaar, maar wetstechnisch nog iets gecompliceerder is de precedentwerking van de jurisprudentie over de vraag of een bindend advies in verband met zijn inhoud of wijze van totstandkoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Was dit onder het oude BW het geval, dan viel het a prima vista bindend advies onder het juk van art. 1374 lid 3 BW en was het toch onverbindend, een toepassing van de beperkende werking van de goede trouw. Van 1 januari 1992 tot 1 september 1993 was de constructie hetzelfde, maar toen gebaseerd op art. 6:248 lid 2. Sedert 1 september 1993, de datum van inwerkingtreding van titel 7.15 BW is de sanctie ex art. 7:904 lid 1 vernietigbaarheid. Het rechtsgevolg is dus weer enigszins veranderd, de voorwaarden waaronder het rechtsgevolg intreedt, zijn wezenlijk dezelfde gebleven (de formulering verschilt wel van tijd tot tijd). De onder het regime van het oude BW en boek 6 van het nieuwe BW gevormde precedents blijven dus hun betekenis houden onder het regime van titel 7.15.

Ten slotte refereer ik nog aan de jurisprudentie over de vraag of er sprake is van misbruik van omstandigheden¹²⁰, jurisprudentie die gezag behoudt,

¹¹⁹ Zie r.o. 3.4 van het Smilde-arrest en Jac. Hijma, Verkort verklaard, p. 131.

¹²⁰ Waaronder bijv. HR 29 mei 1964

(Van Elmbt/Feierabend), NJ 1965, 104 en HR 13 juni 1975 (Bluyssen q.q./Kolhorn), NJ 1976, 98.

ook al was de sanctie op misbruik van omstandigheden vroeger nietigheid (ex art. 1371 en 1373 BW) en is die sanctie thans vernietigbaarheid (ex art. 3:44).

Niet alle gedeeltelijke collisies laten zich vruchtbaar vanuit het gezichtspunt van de tweedeling voorwaarden/rechtsgevolgen bespreken. Het kan ook heel goed zijn dat voor een of meer elementen in de norm, al dan niet deel uitmakend van de voorwaarden en/of rechtsgevolgen, een zodanig beperkte collisie optreedt, dat de precedentnorm voor het overige, zowel ten aanzien van haar voorwaarden als ten aanzien van haar rechtsgevolgen, in stand blijft.

Een meerzijdige rechtshandeling bij voorbeeld, die in strijd is met een dwingende wetsbepaling, die niet uitsluitend strekt tot bescherming van één der partijen is nietig, zo laat zich uit art. 3:40 lid 2 BW afleiden. In minstens twee opzichten wijkt deze bepaling af van het recht onder het oude regime: het rechtsgevolg nietigheid treedt slechts op in geval van strijd met de wet in formele zin; het rechtsgevolg nietigheid treedt niet op, indien de geschonden wetsbepaling slechts een der partijen beschermt (in welk geval de rechtshandeling slechts vernietigbaar is). Intussen blijft echter onverkort het precedent van kracht, dat aangeeft dat overtreding van een wettelijke bepaling tot nietigheid leidt ongeacht de vraag of partijen zich van de schending van de bepaling bewust waren en tevens dat die sanctie niet geldt indien dit uit de bepaling zelf voortvloeit. Flora, die spijt had van een door haar gesloten koop van ijzeren platen, zou daarom ook in 1994 succes hebben gehad met haar tegen verkoper Van der Kamp ingestelde vordering tot nietigverklaring van de koop wegens strijd met de Prijsopdrivings- en Hamsterwet 1939, ook al waren niet beide partijen

zich bij het aangaan van de overeenkomst van die schending bewust.¹²¹ Daarbij ga ik er gemakshalve even van uit dat die Prijsofdrijvings- en Hamsterwet 1939 nog gegolden zou hebben in 1994. Dit is overigens thans niet van wezenlijk belang, want de precedentnorm — en daar gaat het om — ziet natuurlijk ook op andere wetten.¹²²

Onder het regime van art. 1279 e.v. BW werd door de jurisprudentie aangenomen dat recht op schadevergoeding wegens wanprestatie slechts bestond zodra de schuldenaar in verzuim verkeerde. Art. 6:74 verleent dat recht op schadevergoeding wegens wanprestatie ook buiten het geval van verzuim van de schuldenaar indien de overeengekomen prestatie blijvend onmogelijk is. Hier kan men twee kanten op. Verdedigbaar is de opvatting dat de nieuwe norm niet collideert met de oude, zoals die in de jurisprudentie werd uitgelegd, omdat het er om gaat of al dan niet een ingebrekestelling nodig is om het recht op schadevergoeding te doen ontstaan. In zoverre verschillen oude en nieuwe norm niet. Onder het oude regime besliste de Hoge Raad dat in geval van een onherstelbaar ondeugdelijke prestatie verzuim van rechtswege, dus zonder ingebrekestelling, intrad zodat het recht op schadevergoeding onmiddellijk kon ontstaan op het moment van de wanprestatie. Onder het nieuwe regime bepalen art. 6:74 lid 1 jis. art. 6:81 e.v. BW dat in dit geval verzuim en ingebrekestelling niet nodig zijn om het recht op schadevergoeding te doen ontstaan. Men kan echter ook zeggen dat de nieuwe norm wel collideert met de oude, omdat de redenering verschilt: verzuim was in geval van een onherstelbaar ondeugdelijke prestatie wel een voorwaarde voor schadevergoeding onder het oude regime en is dat niet onder het nieuwe regime. Hiervan

121 Zie HR 11 mei 1951, NJ 1952, 127.

122 Waarover nader m.n. Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van

rechtshandelingen, diss. Leiden, Deventer 1988, p. 84 e.v.

uitgaande is het arrest Van der Gun/Farmex van 1981¹²³ een goed voorbeeld van de onderhavige categorie en variant. Bovendien blijft dit arrest van de Hoge Raad relevant voor de beoordeling van de vraag onder welke omstandigheden een prestatie onherstelbaar ondeugdelijk is, zodat een prestatie conform het overeengekomene blijvend onmogelijk moet worden geacht. De Hoge Raad overweegt immers dat aan die kwalificatie bij een aannemingsovereenkomst als de onderhavige (een overeenkomst tot de bouw van een mestlo) niet in de weg staat dat herstel nog mogelijk is door het hele werk ongedaan te maken en het opnieuw, maar nu deugdelijk, tot stand te brengen.

Vos, die rijdende over de autoweg van Meppel naar Eursinge geconfronteerd wordt met een plotseling overstekende ree, prompt zijn stuur omgooit en met een snelheid van 80 km per uur frontaal botst op tegenligger Lanting, heeft volgens de Hoge Raad naar oud recht schuld aan de aanrijding in die zin dat deze hem te verwijten valt.¹²⁴ Denkbaar is dat naar huidig recht met toepassing van art. 6:162 lid 3 geen schuld in de zin van verwijtbaarheid wordt aangenomen, maar toerekening op grond van de in het verkeer geldende opvattingen sec. Daarvan uitgaande¹²⁵ colli-deert de norm van art. 6:162 lid 3 met het arrest over de Meppelse ree. Wie in de (eventueel nog wat nader te abstraheren) omstandigheden van Vos een aanrijding veroorzaakt, trof volgens het oude regime schuld en treft dat naar huidig Burgerlijk Wetboek niet meer. Het rechtsgevolg blijft echter hetzelfde omdat in beide regimes de aanrijding wel aan de dader wordt toegerekend. Aldus blijft het precedent toch relevant als in-

123 HR 22 mei 1981, NJ 1982, 59 (CJHB).

124 HR 11 november 1983, NJ 1984, 331.

125 Zie ook Asser/Hartkamp III (1994),

nr. 80 en 91-92 en M.E. Franke, Verkort verklaard, Arnhem 1993, p. 124.

vulling van de voorwaarden voor aansprakelijkheid, meer in het bijzonder de voorwaarde van toerekening (op welke grond dan ook).

Afronding

Ter afronding van deze rede wil ik enige vruchten van ons samenzijn met u oogsten.

Verheugd hebben wij kunnen vaststellen dat onze nieuwe codificatie niet slechts in de binnenlandse rechtspraktijk maar ook in het buitenland goed is ontvangen. Gelukkig zijn wij Nederlanders nuchter genoeg om de euforie niet om te laten slaan in 'Gezetzespositivismus'.

Onverminderd het respect voor onze nieuwe codificatie past ook respect voor de precedënten die onder het oude regime zijn gevormd. Precedentnormen hebben voorwaardelijke binding, die niet valt te ontzenuwen door de observatie, dat zij niet altijd eenduidig uit de rechterlijke uitspraken af te leiden zijn. Dat geldt ook voor methodologische normen en obiter dicta van de rechter.

Retrocipatie is bepaald lonend. Retrocipatie zal vermoedelijk gezien het erkende gezag van precedënten nog frequenter voorkomen dan de anticipatie, waarmee de retrocipatie verwant is.¹²⁶ Zij bevordert evenals de

126 Wie de vuistregels van Van Buchem t.a.p., p. 41 e.v. doorloopt en die vergelijkt met mijn bevindingen, kan vaststellen dat menige vuistregel die zich tegen anticipatie verzet niet geldt voor de retrocipatie. Het voerde te ver, dit vuistregel voor vuistregel te verklaren in deze rede, nog

daargelaten dat niet iedere vermelde vuistregel onderschreven behoeft te worden. Afgezien van incidentele vergelijkingen in deze rede zij verwezen naar de bovenstaande, algemene opmerkingen over de verhouding tussen retrocipatie en anticipatie.

anticipatie de noodzakelijke continuïteit van het recht. Dat de overgang van oud naar nieuw Burgerlijk Wetboek zo harmonieus verloopt, is ongetwijfeld mede te danken aan het gebruik van de anticipatiemethode en de retrocipatiemethode in de praktijk der rechtsvinding met name door de Hoge Raad.

Het precedentenstelsel dat Nederland in de loop der jaren heeft gekregen is gelukkig niet rigide. Ingebouwd is de mogelijkheid van discontinuïteit, daar waar die noodzakelijk is. Indien en voor zover de nieuwe wettelijke norm collideert met de precedentnorm prevaleert in het algemeen de wet. Voor 'Rechtsprechungspositivisme' behoeven wij dus evenmin bevreesd te zijn.

Wel bestaat het nog niet gesignaleerde gevaar dat wij eerder een oud en vertrouwd precedent inroepen dan dat wij refereren aan een nieuw, onder het huidige regime gevormd precedent, waarbij het oudere werd bevestigd. Zeker in het onderwijs zou ik een dergelijke ontwikkeling betreuren, nu deze de studie voor studenten onder het nieuwe regime onnodig moeilijk maakt. Menig oud precedent laat zich immers aan de moderne student slechts uitleggen met een verkooppraatje als 'kijkt u maar, het was vroeger precies zo, maar dan toch wel even anders' en zo'n constructie vraagt vanuit didactisch oogpunt een voorzichtige dosering.

Of en zoja in hoeverre de NBW-norm collideert met de precedentnorm is een kwestie van uitleg van beide normen op zichzelf en in hun onderlinge verhouding. Vanmiddag heb ik met u getracht, zij het niet en detail, meer duidelijkheid te krijgen ten aanzien van de essentiële vraag naar de gezichtspunten bij die uitleg. Vastgesteld is met name dat de betrokken kenbronnen zelf — rechterlijke uitspraak en Burgerlijk Wetboek (dit laatste met inbegrip van de stukken van totstandkoming) — reeds veel kunnen zeggen over hun onderlinge verhouding. Tevens is een open sys-

teem van relevante uitlegfactoren bepleit, hetzelfde arsenaal als hetgeen meer in het algemeen aan interpretatiemethoden ter beschikking staat. Gezien het voorgaande zal het geen verwondering wekken dat ik mij graag schaar achter degenen die het toejuichen dat de rechter en met name ook de Hoge Raad steeds meer bereid is, precedenten uitdrukkelijk in zijn motivering te betrekken.¹²⁷ Het is meer in het bijzonder verheugend dat de Hoge Raad al herhaaldelijk uitdrukkelijk heeft geretrocipeerd.¹²⁸ Aldus ontstaat duidelijkheid ten aanzien van de betekenis die de Hoge Raad aan eerdere precedenten in het algemeen toekent en ten aanzien van de betekenis die hij meer in het bijzonder toekent aan onder het oude BW gevormde precedenten. Te bepleiten valt dat om gaan altijd uitdrukkelijk en gemotiveerd dient te gebeuren, hetgeen sedert de tachtiger jaren wel in de meerderheid van de gevallen maar toch niet altijd geschiedt.¹²⁹

Ten slotte is het opmerkelijk en verheugend om te constateren dat in common law landen de precedentwerking wat meer is gerelativeerd en

127 Zie eerder bijv. G.J. Scholten in zijn noot onder het arrest dat deze ontwikkeling inluide (het Stierkalfarrest van 7 maart 1980, NJ 1980, 353) en Kottenhagen t.a.p., o.m. p. 25 e.v. De ontwikkeling werd reeds bepleit door J. Drion t.a.p., p. 41. Zie voor de tijd dat de Hoge Raad nog slechts impliciet naar precedenten verwees mijn dissertatie, p. 26 e.v.

128 Dat gebeurt overigens ook op rechtsgebieden buiten het terrein van de

nieuwe vermogensrechtelijke codificatie. Zie bijv.: HR 18 oktober 1991, NJ 1992, 421 (EAAL) waarin wordt geretrocipeerd op een onder het stelsel van boek 1 oud BW gevormd precedent van 1942; HR 20 mei 1994, NJ 1994, 626 (WH-S), waarin wordt geretrocipeerd op een onder het regime van art. 344k onder d (oud) BW gevormd precedent van 1958.

129 Zie nader Franx t.a.p., p. 12-13.

dat omgekeerd in civil law landen die precedentwerking nu juist iets is aangescherpt¹³⁰, een fraai voorbeeld van harmonisatie van rechtsvindingsmethodologie. Deze harmonisatie laat zich ongetwijfeld mede verklaren vanuit het verschijnsel van de 'statutorification'¹³¹ in common law landen en het toenemend besef in civil law countries dat de wetgever ook niet alles vermag.¹³²

Tot zover mijn bijdrage van hedenmiddag aan de bestudering van het ook al steeds meer internationaal aanvaarde model dat Atiyah aanduidde als het 'legislative-judicial partnership'¹³³, meer in het bijzonder het precedentenstelsel in relatie tot het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

130 Opmerkelijk is in dit verband de situatie in Zimbabwe waar de wetgever inmiddels zou hebben bepaald dat de hoogste rechter niet aan enige beslissing van zichzelf gebonden is. Zie Cross en Harris t.a.p., p. 226. Het zou interessant kunnen zijn om vast te stellen, wat er van die gedachte in de praktijk terecht komt.

131 Aldus als gezegd Calabresi t.a.p. Zie ook bijv. Tallon t.a.p., p. 2, die voor de common law countries vaststelt dat 'the traditional suspicion against codification is fading away.

132 De verschillen blijven desondanks groot. Vgl. bijv. P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, London 1987, p. 29, die de wetgeving zo langzamerhand kwantitatief superieur acht, maar niettemin duidelijk maakt dat 'it remains, in many ways, true to say that case law reflects the spirit of English law far more than legislation does.'

133 P.S. Atiyah, *The Modern Law Review* 1985, p. 4.

Epiloog

Geacht College van Bestuur,

Aan het einde van deze rede gekomen, zeg ik u dank voor mijn benoeming aan deze universiteit en breng ik tevens dank aan allen die hun vertrouwen in mij hebben gesteld door aan deze benoeming bij te dragen.

Waarde Bloembergen,

In mijn eerste oratie is al in het openbaar beslist dat en gemotiveerd waarom ik u blijvend veel dank verschuldigd ben voor de scholing en wetenschappelijke begeleiding die ik van u, mijn promotor, mocht ontvangen. Deze beslissing vormt bij wijze van uitzondering een onvoorwaardelijk precedent waarop ik zonder aarzeling retrocipeer.

Waarde Kleijn,

Het is vanzelfsprekend een groot voorrecht voor mij, u te mogen opvolgen in het nog steeds prachtige ambt van hoogleraar burgerlijk recht te Leiden. Ik aanvaard de kwalitatieve inspanningsverplichting althans het kettingbeding, er iets moois van te maken.

Waarde Hijma,

Gistermiddag ontving ik kersvers van de pers Asser-Schut-Hijma, waarvoor mijn dank. Ik zou liegen als ik zeg, dit kloeke boekwerk reeds met belangstelling gelezen te hebben. Toch heb ik er al in gekeken en met ontzag. Uw expertise op het terrein van de koop verbaast mij overigens geenszins. U hebt Leiden correct aan mij verkocht, zoals u ook de aankoop van mij door Leiden correct hebt geregeld. Ik prijs mij gelukkig met een collega als u samen te mogen werken.

Dames en Heren van de universitaire en facultaire gemeenschap te Rotterdam, Dames en Heren van de vakgroepen privaatrecht en bedrijfsrecht en meer in het bijzonder Dames en Heren van de sectie Burgerlijke rechtspleging en goederenrecht te Rotterdam,

De acht jaren die ik temidden van u mocht doorbrengen als hoogleraar privaatrecht waren voor mij een onvergetelijke ervaring, waarvoor ik u blijvend dankbaar ben. Het afscheid dat mijn vrouw en mij geboden werd, heeft ons zeer ontroerd, te meer nu ik toch wel met enige gewetensnood uit Rotterdam vertrokken ben en die nood met haar gedeeld heb. Het stemt ook tot vreugde dat ik nog promovendi aan de Rotterdamse faculteit mag begeleiden en als extern bestuurslid verbonden mag zijn aan het Sandersonderzoekinstituut.

Dames en Heren van de universitaire en facultaire gemeenschap te Leiden,

Tezamen met u hoop ik mij dienstbaar te maken aan het wetenschappelijk onderwijs en onderzoek. Dat was in Rotterdam een hele klus en dat is het in Leiden stellig ook, mede gezien de financieringsproblematiek. Ik was trouwens gewaarschuwd. Hijma hield zich aan de conformiteitseis. Bovendien werd mijn benoemingsbrief bezorgd in een ongefrankeerde enveloppe. Ik hecht er aan in dit verband ook nog iets zinnigs te zeggen. Het valt toe te juichen dat ons onderwijs en onderzoek op gezette tijden door externe commissies geëvalueerd worden. Wel zouden dergelijke evaluaties ongetwijfeld aan waarde winnen, indien ook de instrumenten werden geëvalueerd waarmee die taken worden verricht. Zo vraagt de werking van de Nederlandse, universitaire bestuursstructuur en organisatie in de praktijk, bepaald stelselmatig evaluatie. Hetzelfde laat zich bepleiten voor de effecten van de vele wets- en beleidswijzigingen, die

ons van jaar tot jaar met name vanuit Zoetermeer bereiken. Dat geldt a fortiori voor de regels die primair, expliciet of impliciet, bezuiniging ten doel hebben. Ongetwijfeld zullen dergelijke evaluaties relevante gezichtspunten opleveren voor de bevordering van kwaliteit, synergie, efficiëntie en rendement van onze universiteiten in de komende decennia. Daaraan is dringend behoefte, willen wij ons kunnen meten aan het bedrijfsleven en ook aan alle universiteiten die nu nog in het buitenland liggen.

Weest u ervan verzekerd dat deze voor een oratie wat ongewone openhartigheid mij is ingegeven door de liefde en zorg voor het vak, dat ik nu reeds tien jaar uitoefen, dit in samenhang met ervaringen elders in onze maatschappij.

Voorop staat dat ik mij verheug op onze nadere samenwerking aan en rond de mooiste gracht van Europa.¹³⁴

Dames en Heren leden van de vakgroep civielrechtelijke vakken, Dames en Heren van de afdeling burgerlijk recht,

Wij hebben het voorrecht hier in Leiden te mogen werken in het licht van een rijke traditie van rechtsbeoefening, een traditie die werd gevormd door eminente voorgangers als Meijers en Cleveringa. Het is een voorrecht om die traditie tezamen met u te mogen koesteren en trachten uit te bouwen in het besef dat wij zelf permanent de naam die aan de traditie is verbonden, dienen waar te maken. De goede en intensieve contacten die

¹³⁴ Zo ook Jan Smits, *Een Juridische Wandeling door Leiden*, Leiden 1994, p. 14 (buiten de handel; een handelseditie van dit lezenswaardige

boekje komt binnen afzienbare tijd uit bij Jongbloed, Den Haag/Leiden).

ik met u de afgelopen twee jaren reeds in en rond ons vak mocht onderhouden, geven mij het vertrouwen, deze uitdaging tezamen met u aan te kunnen.

Dames en Heren studenten,

Het is eveneens een uitdaging om in deze tijd van internationalisering, grensvervaging maar ook specialisatie en steeds maar toenemende documentatie nog een enorm omvangrijk rechtsgebied als het burgerlijk recht met al zijn dimensies en grensvlakken, rechtswetenschappelijke en rechtspraktische kanten, te doceren. In deze rede leverde ik slechts een bijdrage aan de bouw van één brug. Ik hoop met u nog menig ander bouwwerk neer te zetten, dit steeds met behoud van de benodigde diepgang.

Intussen verheug ik mij ook telkens weer op de goede, individuele contacten met vele studenten buiten de collegezaal. Met plezier blijf ik mij dienstbaar maken voor de Trias, als beschermheer van Grotius en ook als adviseur van de nieuwe pleitafdeling van dit dispuut. Meer in het algemeen kunt u op mijn steun rekenen bij studentenactiviteiten buiten het curriculum, ook van algemene studentenverenigingen, nu deze van onschatbaar belang voorkomen. Die activiteiten staan thans onmiskenbaar onder externe druk. Maar als ik u spreek en ook als ik op of rond het Rapenburg wandel en af en toe een onbescheiden blik in een studentenhuus of etablissement werp, dan merk ik gelukkig op dat tal van studenten nog steeds het nuttige en het aangename met creativiteit, volharding, elan en 'savoir vivre' gestalte geven.

Dames en Heren,

Regelmatig hebt u mij gevraagd, of de overgang van de stad aan de Maas naar de stad rond het Rapenburg beviel en wat de verschillen waren.

Natuurlijk ervaar ik de mede-verbintenisrechtelijke component in mijn werk als verfrissend en achtte ik die ook na acht jaar Rotterdam wenselijk, gezien de onlosmakelijke band met het goederenrecht. Voor het overige is het natuurlijk zo, dat het Rapenburg iets anders is dan de Maas. Er komt hier niet één behoorlijk schip voorbij.¹³⁵ Troost brengt wel de heldentenor, die langs de gracht Puccini zingt. Bovendien is de stad van het Zadkine-beeld niet ver verwijderd van de stad van de Cleveringa-rede. Beide worden gekenmerkt door moed en daadkracht. Ook de klok van ons academiegebouw verbindt beide steden. Het tikken en luiden van die klok symboliseren de paradoxale dynamiek van wetenschappelijk onderwijs en onderzoek. Het zijn intrinsiek onrustige verschijnselen die toch en wellicht juist daarom alle rust en tijd vragen.

Ten slotte wil ik graag retrociperen op het oeuvre van Jaap Hijma, die zijn oratie¹³⁶ beëindigde met een limerick.

Mijn limerick draag ik op aan mijn lieve vrouw Marijke en zoon Jurian, met dank voor hun steun en begrip:

135 Dat was vroeger (natuurlijk) wel anders. Zo bezocht Tsaar Peter de Grote in 1715 Boerhaave vanuit zijn jacht, dat in het Rapenburg was afgemeerd.

136 Het constitutieve wijzigingsvonnis in het licht van de algemene werking van redelijkheid en billijkheid, inaug. rede Leiden, Deventer 1989, p. 24.

Na afloop van een rede te Leiden
waren er mensen die zeiden:
voordat er werd gereciperd,
werd wel wat veel geretrocipeerd,
maar dat was echt niet te vermijden.

Ik heb gezegd.