

Nogmaals een naschrift: de binding aan precedenten, concrete zaken en de verdere rechtsontwikkeling

1. De reactie van Den Tonkelaar stelt ten eerste de vraag in hoeverre een rechter gebonden is aan de rechtspraak van een hiërarchisch hoger gerangschikte rechter. Den Tonkelaar schrijft in het eerste deel van zijn reactie, ik paraphraseer, dat wij niet van oudere arresten af zouden willen en dat het zonder tegenbericht als bindend moeten beschouwen van arresten van de Hoge Raad niet bij hem zou opkomen. Daarmee roert hij de interessante kwestie van binding aan precedenten aan, maar dat is wel een kwestie die aan mijn artikel voorbij gaat. Ik heb uitdrukkelijk gesteld dat ik ervan uit ga dat arresten 'een zekere binding naar de toekomst en naar andere (toekomstige) partijen toe bewerkstelligen' (p. 447), zoals Den Tonkelaar ook signaleert. Dat was mijn uitgangspunt. Over de juistheid daarvan zal ongetwijfeld gedebatteerd kunnen worden (al is het een standpunt dat, denk ik, in al zijn voorzichtigheid redelijk gemeengoed is), maar zo'n discussie raakt dan niet de verdere inhoud van mijn artikel dat vanuit dit uitgangspunt een andere richting op gaat, namelijk: indien die precedentenbinding (van lagere rechters en de rechtspraak aan uitspraken van hogere rechters) er is, zoals ik veronderstel, hoe kunnen wij dan van oudere rechtspraak af, indien nodig, zonder een procedure in drie instanties te moeten doorlopen?

2. Dat Den Tonkelaar zichzelf uiteindelijk niet al te zeer gebonden acht aan de overige, oudere rechtspraak (al is ervan afwijken vaak niet raadzaam), komt uiteraard voor zijn rekening. Ik kan mij daarin tot op zekere hoogte ook wel vinden. Dat enkele feit betekent echter niet dat het door mij gesignaleerde probleem niet zou bestaan: anderen dan Den Tonkelaar hebben wellicht een andere opvatting over precedentwerking en voelen zich wellicht wel, of althans eerder, gebonden aan wat de Hoge Raad in het verleden (ook als dat verder weg gelegen is) gedaan heeft en wijken niet zo snel af van wat die oudere rechtspraak zegt. Met andere woorden, ik vraag mij af of de collega's van Den Tonkelaar allemaal dezelfde opvatting hebben over hun binding aan de rechtspraak van de Hoge Raad. Ik betwijfel dat. Bovendien is dan nog de vraag wat de advocatuur en het bedrijfsleven met die oudere rechtspraak moet aanvangen: moeten zij die oudere arresten wel volgen, of mogen en kunnen zij ook hun eigen opvatting over de daarin besliste rechtsvraag aanhangen?

3. Den Tonkelaar zelf wordt overigens in het tweede deel van zijn reactie ook wat voorzichtiger, want in een arrest of vonnis een beslissing geven over andere (algemenere) zaken of over een niet voorgelegd twistpunt, mag van hem weer niet. De concrete zaak is beslissend voor de ruimte die er is om rechtsvormend bezig te zijn. Ik begrijp eerlijk gezegd niet zo goed waar deze terughoudendheid opeens vandaan komt, zeker niet als die terughoudendheid ten aanzien van de binding aan precedenten

nog ontbrak. De rechter is niet gebonden aan wat de Hoge Raad doet, maar wel aan de concrete zaak. Waarom is dat het geval? Waarom zou de rechter zijn expertise op rechtsvormend vlak niet zo goed mogelijk en zo veel en breed mogelijk gebruiken, en dus ook uitstrekken naar algemenere of ten dele andere kwesties? Daar komt nog bij dat mijn voorstel voor een 'preconflictueel aanpassingsverzoek' juist bedoeld is als een alternatief naast rechtsvorming op basis van concrete zaken voor het geval dat die zaken ontbreken. Ik doe daarmee dus niets af aan de (bestaande) rechtsvorming op basis van concrete zaken; ik voeg er alleen iets aan toe, zodat wij minder van het toeval afhankelijk zijn.

4. De waarde van een arrest wordt mede bepaald door de rechtsontwikkeling nadien, zo stelt Den Tonkelaar vervolgens. Daar kan ik in komen. Maar wat nu als er geen rechtsontwikkeling nadien is, omdat er geen vergelijkbare zaken meer tot bij de Hoge Raad zijn gekomen? Dan nog moeten wij oordeelkundig omgaan met verouderde rechtspraak (en er een hoop van leren), wij zijn het hier geheel eens, maar zou dat oordeelkundig handelen niet ook in bepaalde gevallen kunnen inhouden dat we expliciet afstand moeten nemen van een bepaald arrest? Ik sluit het niet uit. En Den Tonkelaar doet dat eigenlijk ook niet, want hij zal een verouderd arrest niet volgen (hij neemt er dan dus afstand van). Hij kan dat ook zo oplossen, want hij heeft een instrument, zijn eigen vonnis, om die oudere rechtspraak niet te hoeven volgen en hij zal ook zijn vrijheid gebruiken om dat te doen. Alleen, de rechtszoekende weet tevoren niet dat Den Tonkelaar zijn zaak zal behandelen (en niet een ander), en dat Den Tonkelaar gelukkig ruimdenkend is in deze. Die rechtszoekende kan daarop zijn beslissing om te procederen of zijn insteek voor de onderhandelingen dus niet afstemmen. Vandaar dat ik geopperd heb een regeling te ontwerpen waarmee hetzelfde bereikt kan worden, maar dan op een meer structurele wijze, zodat het toeval niet steeds allesbepalend is.

*Mr. I. Giesen**

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