

DE PRECEDENTWERKING VAN RECHTERLIJKE UITSPRAKEN

Dr. Maurice Adams

Het proefschrift “De precedentwerking van rechterlijke uitspraken. Een rechtstheoretische en rechtsvergelijkende studie” werd verdedigd op 23 april 1997. Promotor was Prof. Dr. H. Cousy en co-promotor was Prof. Dr. M. Van Hoecke. Maurice Adams is sinds 1992 werkzaam aan de rechtsfaculteit van U.F.S.I.A. Daarvoor was hij gedurende twee jaren werkzaam aan het Instituut voor Sociaal Recht van de rechtsfaculteit K.U. Leuven.

Het vraagstuk van de precedentwerking van rechterlijke uitspraken werd tot op de dag van vandaag - behalve in de marge van een aantal geschriften over rechtsvinding - nauwelijks ten gronde onderzocht. Dat is een opmerkelijk gegeven, aangezien het rechtsvindings- en argumentatieproces door de rechter, twee thema's waarop voormeld vraagstuk in sterke mate betrekking heeft, het rechtheoretisch debat tot voor kort in vrijwel de gehele westerse wereld in belangrijke mate beheersten. In dit artikel worden een aantal van de krachtlijnen uiteengezet van het onderzoek dat wij terzake hebben verricht.

I. SITUERING VAN DE PROBLEMATIEK

Sinds het codificatie-ideaal in de 18de en 19de eeuw in onze contreien opgang heeft gemaakt, wordt recht geïdentificeerd met *geschreven* recht, meer concreet met wetgeving. In de 19de-eeuwse bronnenleer werd de wet als vrijwel exclusieve bron van recht gezien; de wet moest bovendien de oplossing bevatten voor zo ongeveer alle denkbare situaties. Aan de keuze voor dit “primaat van de wet” ligt een lange ontwikkeling ten grondslag, een ontwikkeling die culmineerde in het gedachtengoed van de Franse Revolutie.

A. DE POLITIEK-FILOSOFISCHE OORSPRONG VAN DE CONTINENTALE BRONNENLEER

Wanneer we het exegetische gedachtengoed plaatsen in de bredere context van de ideeëngeschiedenis omtrent het wetsbegrip, dan blijkt dat het vooral ROUSSEAU is geweest die de ideologische wapens leverde voor de Franse Revolutie en het daaruit voortvloeiende exegetische gedachtengoed. ROUSSEAU schetste in zijn geschriften het model voor een gemeenschap van in

kwalitatief opzicht vrijere mensen, een samenleving waarin de soevereiniteit en de uitoefening van staatsmacht niet noodzakelijk, zoals tijdens het Ancien Régime, despotische onderdrukking impliceerde. Met name in zijn *Du Contrat Social* stelde hij dat in een goede samenleving de macht moest opgaan in het natuurlijke gezag van de gemeenschap. De macht van de staat werd daarom tot de macht van al haar inwoners getransformeerd. Deze macht diende de algemene wil (de wil van het volk) - “la volonté générale” - uit te drukken. Deze algemene wil was, juist omdat hij algemeen was, noodzakelijk gericht op het algemeen welzijn. Alleen de algemene wil zou de krachten van de staat richting kunnen geven overeenkomstig zijn doel. ROUSSEAU drong er daarmee krachtiger dan wie ook op aan dat de soevereiniteit, de wetgevende macht, noodzakelijk zijn oorsprong vond in het volk. Van indirecte of representatieve democratie kon voor ROUSSEAU geen sprake zijn. Iedere wet die het volk niet persoonlijk zou hebben bekrachtigd, was nietig. De vrijheid was volgens ROUSSEAU aldus gelegen in de wet en het wetsbegrip. “*Vanuit deze gedachten is het onmiddellijk duidelijk, dat het overbodig is te vragen, aan wie het toekomt de wetten te maken: het zijn immers daden van de algemene wil; ook of de vorst boven de wetten staat: hij is immers lid van de staat; ook of de wet onrechtvaardig kan zijn: niemand is immers jegens zichzelf onrechtvaardig; ook hoe men vrij is en toch onderworpen aan wat wij willen: zij registreren immers slechts wat wij willen.*” (*Du Contrat Social*, Boek II, hfdst. 6). De wet diende dus zowel wat herkomst als wat inhoud betreft algemeen te zijn. Alleen de wet kon de vrijheid (en daardoor gelijkheid) garanderen, juist omdat ze door haar algemeenheid en onpersoonlijkheid de particuliere belangen uitsloot. Dit wetsbegrip verraadt duidelijk een teleologische dimensie. In deze opvatting was aan de wet, als de onfeilbare reïncarnatie van de werkelijke wil van allen, ook onverkort gehoorzaamheid verschuldigd. Daarmee was *democratie* ook de ultieme essentie van het politieke lichaam geworden.

De revolutionairen verengden, met name onder invloed van Abbé EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, Rousseau's concept van volkssoevereiniteit naar een concept van nationale soevereiniteit. Dat wil zeggen: een concept van representatieve democratie, waarin volksvertegenwoordigers in naam van de natie maar op eigen verantwoordelijkheid besluiten nemen in het algemeen belang. Directe democratie op basis van volkssoevereiniteit was volgens SIEYÈS onmogelijk in een dichtbevolkt land als Frankrijk. Het zou slechts leiden tot een versplintering in vele particuliere belangengroepen. Hoe dan ook, de revolutionairen hebben in Rousseau de legitimatie gevonden om te realiseren wat zij dachten dat Rousseau hen als het ware opdroeg te doen. Zij verengden Rousseau's abstracte gedachtengoed tot de vraag wie er in feite de macht had om het recht - *in casu* de wet - aan het volk op te leggen. Van een conceptuele en metafysische constructie als de algemene wil maakten zij de empirische realiteit van de volkswil, meer bepaald de wil van de derde stand.

Dat Rousseau zo'n belangrijke invloed heeft kunnen uitoefenen mag trouwens niet verbazen. Reeds DE TOCQUEVILLE wees op de enorm belangrijke rol van

intellectuelen in de voorbereiding van de Franse Revolutie. Deze konden immers, onder meer door het functieverlies van de traditionele maatschappelijke kaders, in moreel en ideologisch opzicht een belangrijke invloed op de volksofinie uitoefenen. De invloed van Rousseau kreeg voor het eerst juridische erkenning in artikel 6 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 26 augustus 1789: “*De wet is de uitdrukking van de algemene wil. Alle burgers hebben het recht, persoonlijk of door middel van hun vertegenwoordigers aan zijn totstandkoming mee te werken. Hij moet voor allen gelijk zijn, ongeacht of hij beschermt of bestraft. Daar alle burgers in de ogen van de wet gelijk zijn, hebben zij op gelijke wijze toegang tot alle waardigheden, posities en ambten al naar gelang hun bekwaamheid, zonder enig ander onderscheid dan dat van hun deugden en hun talenten.*” In ieder geval is het zo dat het sinds de Franse Revolutie, en onder belangrijke invloed van (de verwerking van) een politieke filosofie waaraan Rousseau de meest belangrijke en paradigmatische uiting gaf, niet of nauwelijks bespreekbaar is dat een niet-democratische macht als de rechter invloed mag uitoefenen op de inhoud van het recht. Recht en politiek behoren sindsdien twee afgezonderde sferen te zijn. De rechter dient het recht slechts toe te passen op concrete gevallen. Het is niet zijn taak om het recht te maken. Het vaststellen van regelgeving in een democratie dient immers te gebeuren door democratisch gelegitimeerde wetgevers. Het is in deze optiek ondenkbaar dat het rechterlijk produkt enige normatieve draagwijdte, bijvoorbeeld precedentwerking, zou kunnen toekomen.

B. DE UITWERKING IN HET BELGISCHE CONSTITUTIONELE SYSTEEM NA 1831: DE PRIMAUTEIT VAN DE WET EN DE WETGEVENDE MACHT

Ook de formeel-juridische vormgeving van de Belgische staat heeft in belangrijke mate de invloed ondergaan van het revolutionaire gedachtengoed. Naast de belangrijke formele invloed van de Franse Grondwet van 1791 en 1830 op de Belgische Grondwet, zijn er nog de onmiddellijke en feitelijke invloed op de Belgische revolutie en vooral de materiële en ideologische invloed van de Franse publiekrechtelijke concepten. Daarbij mag men natuurlijk niet uit het oog verliezen dat de Belgische provincies gedurende twintig jaar bij Frankrijk hoorden en dat vanaf 6 december 1796 alle Franse wetten en besluiten in België verbindend waren.

Met betrekking tot de (hiërarchische) verhouding tussen de machten in de staat, bevat de Grondwet van 1831 geen expliciete bepalingen. Desondanks werd reeds in 1832 de juridische voorrang van de wetgevende macht erkend, onder andere door de toenmalige Minister van Justitie Raikem in het kader van de bespreking van wat de *wet van 11 juli 1832 tot instelling van een burgerlijke en militaire orde* zou moeten worden. In positiefrechtelijke zin vloeit de primauteit van de wet vooral voort uit de structuur van de Grondwet. De Grondwet stelt immers dat alle machten dienen uit te gaan van de Natie (artikel 33), vertegenwoordigd in de kamers (artikel 42) die samen met de Koning (artikel 36) de wetgevende macht

uitoefenen. Verder blijkt dit uit nog een aantal andere beginselen van de Grondwet. Als belangrijkste vermelden we hier het feit dat de wetgevende macht sinds 1831 over het zogenaamde residu der bevoegdheden beschikt: alles wat niet uitdrukkelijk aan andere nationale machten of gemeenschappen en gewesten werd toegekend, komt toe aan de federale wetgevende macht. Onze rechtsstaat is daardoor, ten minste toch in concept, in belangrijke mate een wetsstaat.

Wat betreft de hiërarchische positie van de rechtspraak en de rechterlijke macht bevat de Grondwet geen echt scherpe bepalingen. Wel kan men de ondergeschikte positie ervan uit de constitutionele verhoudingen afleiden. Zo moet bijvoorbeeld de rechter de wet op gemotiveerde wijze toepassen (artikel 149 Grondwet) en bepaalt de (grond)wetgever de bevoegdheidssfeer van de rechtbanken (artikelen 144-145 Grondwet). Bovendien draagt de wetgevende macht in sommige gevallen de leden van de rechterlijke macht aan de Koning ter benoeming voor (artikel 151 Grondwet), en bepaalt de wetgevende macht de wedden van de rechters (artikel 154 Grondwet). Ook staat zij in voor de organisatie van de rechterlijke macht (artikel 146 Grondwet). Maar bovenal vloeit de ondergeschikte positie van de rechtspraak en de rechterlijke macht logisch voort uit wat zojuist werd gesteld: indien immers de wetgever duidelijk als hoogste macht en belangrijkste orgaan van de staat werd opgevat, kan die positie niet meer aan een andere macht toekomen.

C. DE 19DE EEUWSE PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSLEER

Anders dan de constitutionele verhoudingen, vertoonde de privaatrechtelijke rechtsleer in België in de vorige eeuw een bonte verscheidenheid aan ideeën en invloeden. Zo had tot na 1850 de doctrine van voor de codificatiebeweging nog invloed, en deed ook de Duitse rechtsleer zich gelden. Geleidelijk aan verbleekte deze invloed echter, om langzaam maar zeker plaats te maken voor een alomvattende invloed van de Franse rechtsleer. Zozeer zelfs dat VAN DIEVOET in 1943, in zijn vergelijkende studie over het Burgerlijk recht in Nederland en België, nog kon schrijven dat *“vele professoren doceerden en enkele doceren thans nog aan de hand van de Fransche handboeken. De Fransche jurisprudentie werd en wordt thans nog veelal met de Belgische door elkaar geciteerd, alsof haar gezag mede voor België gold. De praktijk maakte en maakt thans nog veel gebruik van de Fransche repertoria.”* (p. 97).

Het vraagstuk van de exclusiviteit van de wet als rechtsbron kan misschien nog het best onderzocht worden aan de hand van de vraag of iedere rechterlijke beslissing steun moest vinden in een norm die uit een wettekst kan worden afgeleid. Dit vraagstuk spitst zich bij de 19de eeuwse commentatoren bijna automatisch toe op de vraag naar de rol van artikel 4 van de Code Civil over de rechtsweigering: *“Le juge qui refuse de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.”* De ene meenden dat deze bepaling betrekking had op het zonder meer weigeren een uitspraak te doen, en niet zozeer op de weigering een

uitspraak ten gronde te doen. Indien er op een bepaalde casus geen wettelijke bepaling van toepassing bleek, kon de rechter de vordering onontvankelijk verklaren. Anderen meenden daarentegen dat artikel 4 betekende dat een rechter altijd een uitspraak ten gronde moest doen. Indien er geen wettelijke normen voorhanden waren om een casus te beslechten, diende de rechter op basis van niet-wettelijke normen te beslissen. De tegenstanders van deze laatste opvatting zagen in artikel 4 van de Code Civil een onaanvaardbare verwerping van de op volkssoevereiniteit gebaseerde exclusiviteit van de wet. De voorstanders zagen er dan weer een bevestiging in van de (wets)aanvullende taak van de rechter. In de praktijk had deze discussie evenwel slechts een marginaal belang, want achter de verschillen in opvatting school een gezamenlijk geloof in de mogelijkheid van een extensieve interpretatie en in de bijna-volledigheid van de wettelijke orde. Daardoor achtte de rechtsleer een beroep op precedenten ook niet noodzakelijk, want iedere oplossing lag reeds besloten in de wet. In het geval de rechter toch een uitspraak deed op basis van buiten-wettelijke normen, zoals bijvoorbeeld het natuurrecht, dan kon deze geen algemene draagwijdte hebben omdat ze noodzakelijk samenviel met de aard van de zaak en bepaald werd door het subjectieve rechtsgevoel van de individuele rechter.

D. EEN RECHTSTHEORETISCH PERSPECTIEF

De vormgeving van de constitutie en de 19de eeuwse privaatrechtelijke rechtsleer, gingen dus uit van de opvatting dat het recht, *in casu* de wet, zich presenteert als de verwerkelijking van de normativiteit. De rechter kan die normativiteit bovendien gemakkelijk vinden en toepassen. De vooronderstelling bij dit alles was dat de inhoud - de betekenis - van de wet duidelijk kon zijn op basis van de woorden zelf van de wet. *Interpretatio cessat in claris*. De moderne taal- en rechtstheorie heeft deze opvatting echter volledig achterhaald.

Een van de belangrijkste bijdragen in deze eeuw tot het denken over wat "betekenis" en interpretatie van juridische teksten nu eigenlijk inhoudt, werd geleverd door de Engelse filosoof en jurist H.L.A. HART. Alle woorden en begrippen, en daarmee rechtsregels, zijn, aldus HART, "open textured". Dat wil zeggen, zij hebben een harde kern van duidelijkheid, maar daarbuiten ligt een randgebied van onduidelijkheid en vaagheid waarvoor het noodzakelijk is om een beslissing te nemen omtrent de betekenis. Dat de meeste woorden een kern van betekenis en duidelijkheid hebben, lijkt inderdaad een belangrijke ervaringsregel te zijn. Om te begrijpen waar deze duidelijkheid bij de betekenisstoekenning vandaan komt, is het begrip "context" van essentieel belang. De context is de organisatie van de werkelijkheid waarbinnen de communicatie zich situeert. Deze context omvat, naast de woorden die een ander woord vergezellen, de totaalsituatie waarbinnen het taalteken zich situeert, de al dan niet gemeenschappelijke, concrete situatie waarbinnen de communicatiepartners zich bevinden, en de complexe relatie die tussen hen tot stand komt door een taaldaad. Een rechtsnorm heeft daardoor geen betekenis op zich maar krijgt deze pas door interpretatie vanwege de lezer, waarbij een onderscheid moet worden gemaakt

tussen enerzijds de zenderbetekenis en anderzijds de ontvangerbetekenis. Dat wat men meestal verstaat onder de “duidelijke betekenis” van een juridische tekst, blijkt slechts een duidelijke prima-faciebetekenis te zijn: een betekenis op basis van de woorden zelf van een tekst. In een dergelijke situatie vallen zender- en ontvangerbetekenis met elkaar samen. Het is de betekenis die overblijft wanneer niet wordt gelet op de context of bedoeling van de auteur, een restcategorie. Deze betekenis kan echter in strijd zijn met zowel de doelstellingen van de zender (de wetgever), als een actuele en maatschappelijk zinvolle ontvangerbetekenis. FISH drukt dit proces als volgt uit: “*A sentence is never not in a context. We are never not in a situation. A statute is never not read in the light of some purpose. A set of interpretative assumptions is always in force. A sentence that seems to need no interpretation is already the product of one.*” (*Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1980, 284). De conclusie dat een tekst duidelijk is, is dus een keuze binnen een bepaalde context. Het is een uiting van het feit dat in een bepaalde interpretatiegemeenschap een consensus, een conventie, bestaat tussen zender en ontvanger over een bepaalde interpretatie.

Het bepalen van de betekenis van juridische begrippen en regels is slechts één van de aspecten van de rechtsvindingsproblematiek. Een tweede belangrijke aspect heeft betrekking op het selecteren, vaststellen en waarderen van de relevante feiten. De rechter dient een zo volledig mogelijk beeld te hebben van de zaak die ter beoordeling voorligt. De voor een concreet geval relevante feiten zijn te vinden in het spectrum van zowel de procesrechtelijke mogelijkheden als de in eerste instantie toepasselijk geachte rechtsnormen. Deze beide aanknopingspunten zijn echter weer afhankelijk van de feiten waarvan de rechter dient uit te gaan en van de betekenis die hij eraan toekent. De rechter pendelt daardoor op en neer tussen de feiten en de normen: verschuivingen in samenstelling, betekenis en perspectief van het een, werken door in het ander. De twee aspecten van het rechtsvindingsproces - het betekenis geven aan teksten enerzijds en het selecteren, vaststellen en waarderen van de relevante feiten anderzijds - kunnen weliswaar analytisch gescheiden worden, maar zijn in de praktijk nauw met elkaar verweven. Door dit proces van wisselwerking tussen feit en norm krijgt het recht mede vorm. “[D]e regel, aldus SCHOLTEN in zijn befaamde *Algemeen Deel*, vervormt zich, de toepassing is rechtsvorming en dus geschiedt die vervorming mede op grond van het geval.” (p. 122).

Als de implicaties van dit alles consequent worden doorgetrokken, betekent dit dat in principe in iedere rechterlijke uitspraak door middel van keuzes, betekenis aan rechtsnormen wordt toegekend. En bovendien dat de rechter in het licht van de permanente wisselwerking tussen het feit en de norm eveneens recht scheidt. In die optiek is iedere rechterlijke uitspraak mogelijk bron van recht. Precedentenrecht zou zo begrepen de noodzakelijke consequentie van de taak van de rechter kunnen zijn. In de praktijk zal echter vooral die rechtspraak interessant zijn die nieuwe betekeniskeuzes maakt of die feitenconstellaties beoordeelt die nog nooit aan de orde zijn geweest. Dergelijke rechtspraak zou zich uitdrukkelijk

als precedent kunnen manifesteren.

II. DE NORMATIEVE GRONDSLAGEN VAN PRECEDENTWERKING

Hoewel de juridische erkenning van rechterlijke uitspraken als rechtsbron onbestaande is, spreken juristen over rechterlijke uitspraken als zouden zij wel degelijk normatief bindend zijn. Op welke argumenten berust deze normatieve gebondenheid, deze vermeende “zwaartekrachtwerking” van rechterlijke uitspraken (van precedenten) nu eigenlijk?

I. GELIJKHEID, RECHTSZEKERHEID EN PROCES-ECONOMIE

In de literatuur wordt *het gelijkheidsbeginsel* meer dan eens aangehaald voor het feit dat rechterlijke uitspraken precedentwerking zouden moeten hebben. Om dit argument op zijn deugdelijkheid te kunnen onderzoeken, moet eerst een onderscheid worden aangebracht in de verschillende verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel. In de eerste plaats kan het gelijkheidsbeginsel verwijzen naar een concept met een temporele werking, ook wel *consistentie* genoemd. Volgens een aantal auteurs heeft het als dusdanig echter geen enkele waarde. Zo is bijvoorbeeld P. WESTEN van mening dat het gelijkheidsbeginsel een tautologie is (“The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, 1982, 537-595). Het zegt ons gelijke gevallen op gelijke wijze te behandelen, maar indien wordt gevraagd welke gevallen *in concreto* gelijk zijn, leert het enkel dat dit de gevallen zijn die op gelijke wijze behandeld dienen te worden. De onafhankelijke toepassing van het gelijkheidsbeginsel heeft volgens WESTEN dan ook hetzelfde resultaat als het toepassen van een rechtsregel op het geval waarop deze regel betrekking heeft. Dit inzicht leidt Westen tot de conclusie dat “[a] decisionmaker can act consistently over time without regard to precedent” en “[t]he norm of consistency does not originate in the precedent “equals should be treated equally”. It originates entirely in underlying rules whose administration is at issue.” Het gelijkheidsbeginsel valt in deze opvatting (dat wil zeggen: opgevat als consistentie) in zekere zin samen met het precedentbeginsel. Beiden hebben immers een temporele werking, en richten zich op het gelijk toepassen in de tijd van rechtsregels.

De conclusie van WESTEN kan evenwel slechts juist zijn voor zover een bepaalde vorm van formalisme mogelijk zou zijn: namelijk het op een mechanische wijze toepassen in de tijd van geschreven rechtsregels op al die gevallen waarop ze betrekking hebben. Van die idee - illusie - zijn we echter volledig afgestapt. Iedere rechtsregel vooronderstelt immers steeds, zelfs indien een rechtsregel een duidelijke *prima-facie* betekenis heeft, de keuze voor een bepaalde interpretatie ten voordele van andere interpretaties. Het precedent- of gelijkheidsbeginsel (consistentie) kan dan wel degelijk zorgen voor de gelijke toepassing in de tijd - de precedentwerking - van rechterlijke uitspraken waarin

bepaalde interpretaties tot uiting komen. Deze opvatting over het gelijkheidsbeginsel (consistentie) als normatieve grondslag voor de precedentwerking van rechterlijke uitspraken heeft echter ook nadelen: het volgen van preceden ten die naar huidig inzicht als onrechtvaardig of onjuist worden ervaren, kan in termen van individuele of substantiële rechtvaardigheid immers ook minder optimale resultaten hebben. Gelijkheid in de tijd of consistentie kan in een dergelijk geval dus bereikt worden ten koste van de rechtvaardigheid van het individuele geval.

H.L.A. HART meent echter dat het gelijkheidsbeginsel een andere betekenis heeft dan die WESTEN er aan geeft, namelijk een die betrekking heeft op de non-temporele inhoud, de kwaliteit, van rechtsregels als dusdanig. Het gelijkheidsbeginsel is in deze opvatting een containerbegrip waarin vele meer concrete opvattingen over rechtvaardigheid - "conceptions of justice" - vervat liggen. Een van die specifieke opvattingen is bijvoorbeeld de norm die ons leert dat onderscheidingen naar ras niet geoorloofd zijn. In deze betekenis heeft het gelijkheidsbeginsel, om een kritische functie te kunnen vervullen, dan ook nadere invulling nodig.

Wat is nu de relatie tussen het precedentbeginsel en het gelijkheidsbeginsel? De eerste opvatting over het gelijkheidsbeginsel (dat is: gelijkheid opgevat als consistentie) is compatibel met het precedentbeginsel. Beide hebben immers als doel het in de tijd op consistente wijze toepassen van rechtsregels in de tijd. De tweede opvatting van het gelijkheidsbeginsel kan het tijdsaspect van het precedentbeginsel echter moeilijk verdragen. Weliswaar heeft het precedentbeginsel intertemporele gelijkheid tot gevolg, maar dit kan ten koste gaan van het niet-temporele rechtvaardigheidsaspect dat in de tweede opvatting over het gelijkheidsbeginsel zit vervat. Een voorbeeld kan dit illustreren: indien men de categorie "alle roodharigen in België" per definitie een ongelijke behandeling geeft ten aanzien van de categorie "alle niet-roodharigen in België", zeg je ook niet dat wanneer een roodharig persoon een job wordt geweigerd omwille van de kleur van zijn haar dat die persoon een gelijke behandeling kreeg in vergelijking met alle andere roodharigen, maar wel dat hij een ongelijke behandeling kreeg in vergelijking met de categorie niet-roodharigen.

Een andere waarde die door het precedentbeginsel kan worden bewerkstelligd is die van *rechtszekerheid*. Rechtspraak moet immers eenvormig en continu zijn om een bepaalde zekerheid te kunnen bieden. Het volgen van rechterlijke uitspraken in de tijd (i.e. het volgen van preceden ten) omwille van de rechtszekerheid, kan echter tevens resultaten teweeg brengen die niet optimaal zijn. Dit zal met name het geval zijn wanneer een precedent naar huidige inzichten niet meer als optimaal of rechtvaardig wordt ervaren. Hetzelfde geldt wanneer preceden ten worden gevolgd omwille van argumenten van *proceseconomie* of *efficiëntie*.

De eerste opvatting over het gelijkheidsbeginsel (consistentie), het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van proceseconomie en efficiëntie, richten zich door hun temporele werking op de stabiele werking van het rechtsstelsel. Het

zijn formele beginselen. Juist omdat deze beginselen formeel zijn, kennen ze ook hun beperkingen. Want behalve naar het realiseren van stabiliteit, moet ieder rechtssysteem tevens op zoek zijn naar het realiseren van rechtvaardigheid in het individuele geval. Dit verklaart ook waarom precedenten opzij geschoven kunnen worden door argumenten die zich richten op de inhoud van dat precedent. Bij iedere rechterlijke uitspraak moeten de formele beginselen die zich richten op de stabiliteit van het rechtssysteem, dan ook worden afgewogen tegen meer substantiële, op de inhoud van het recht gerichte argumenten.

B. HET VERTROUWENSBEGINSEL EN DE RATIONALITEIT VAN HET RECHTERLIJK OORDEEL

Het *vertrouwensbeginsel* vereist dat er niet, zonder een bijzondere rechtvaardigingsgrond, wordt ingegaan tegen bij de burger voorheen gewekte verwachtingen. Het heeft betrekking op het feit dat de juridische gevolgen van een bepaalde handeling niet aan permanente verandering onderhevig mogen zijn (stabiliteit). Vertrouwen op het feit dat precedenten gevolgd worden is echter slechts gerechtvaardigd indien er goede redenen bestaan om te stellen dat precedenten gevolgd gaan worden. Het vertrouwensbeginsel vooronderstelt deze goede redenen dus, eerder dan dat het die redenen zelf biedt. De vraag die dus onderzocht moet worden is welke goede redenen er zijn om erop te mogen vertrouwen dat precedenten gevolgd gaan worden. Het begrip “rationaliteit” kan een antwoord geven op deze vraag.

In zekere zin vloeien de postulaten die tot nog toe werden gepresenteerd als normatieve grondslag voor de precedentwerking van rechterlijke uitspraken, samen in het begrip rationaliteit. Die postulaten hebben immers slechts betekenis indien de rechtsbeoefening een *rationele* activiteit is. Consistentie, rechtszekerheid, proceseconomie en vertrouwen zijn met andere woorden slechts zinvolle postulaten indien we ervan kunnen uitgaan dat rechterlijke uitspraken rationeel zijn, dat ze een zekere kwaliteit bezitten.

Deze rationaliteit kan onder meer gemeten worden aan de mogelijkheid tot veralgemeenbaarheid van de rechterlijke uitspraak. De theorie van de morele redenering van HARE is in dit verband hoogst instructief. HARE stelt dat er een nauwe band bestaat tussen descriptieve en prescriptieve (evaluerende) uitspraken. Uit dit onderscheid komen twee grondslagen van het morele redeneren voort: het principe van de veralgemeenbaarheid en het principe van de prescriptiviteit. Wanneer we in een descriptieve uitspraak beweren: “a is rood”, dan moeten we volgens HARE ook aannemen dat ieder ander object dat in alle relevante aspecten identiek is aan “a” tevens rood is. Het feit dat “a” bepaalde eigenschappen bevat, is immers de *reden* waarom het “rood” wordt genoemd. Indien dit niet het geval is, wordt de kwalificatie “rood” op onjuiste wijze gebruikt. Deze redenering is niet alleen van kracht voor descriptieve uitspraken, maar tevens voor prescriptieve uitspraken, omdat die eveneens descriptieve elementen bevatten. Wanneer iets bijvoorbeeld “goed” wordt genoemd is dat vanwege een aantal feitelijke

eigenschappen of kenmerken ervan. Elk ander object dat deze eigenschappen of kenmerken tevens bevat moet dan eveneens “goed” worden genoemd. Met andere woorden, prescriptieve zowel als descriptieve uitspraken moeten veralgemeenbaar zijn, anders zijn ze niet rationeel. Het veralgemeenbaarheidsprincipe is daarmee een vereiste van iedere rationele redenering, ook voor het juridisch argumentatieproces. “[T]he notion of a reason, aldus Hare, as always, brings it with the notion of a rule (...).” (*Freedom and Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1963, 21). In deze uitspraak zit de essentie van de gebondenheid aan rechterlijke uitspraken vervat: ratio is regel.

C. COHERENTIE

Tot nog toe hebben we gezocht naar verklaringen voor het feit waarom rechterlijke uitspraken precedentwerking zouden moeten hebben naar in hun feitelijke constellaties gelijkaardige gevallen toe. Het ideaal van een samenhangend of coherent recht vereist echter dat rechterlijke uitspraken tevens een bredere werking hebben. De eis van coherentie gaat immers verder dan die van consistentie alleen. Rechtsnormen zouden niet alleen onderling niet-tegenstrijdig mogen zijn, ze moeten elkaar tevens ondersteunen. In onderling verband moeten ze een hechter en steviger geheel opleveren dan wanneer ze afzonderlijk beschouwd worden. Coherentie duidt, zo begrepen, eerder op een cluster van eigenschappen, en heeft in sterke mate ook betrekking op de verhouding tussen rechtsnormen en (rechts)beginselen. Dat is tevens de visie van DWORKIN (in *Law's Empire*), die stelt dat indien een rechter een oordeel velt, hij ervan uit dient te gaan, “so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards.” (p. 243). Hoe verhoudt dit ideaal van coherentie zich tot de precedentwerking van rechterlijke uitspraken?

Een rechter moet zich bij zijn werk volgens DWORKIN altijd beroepen op de beginselen die deel uitmaken van het “network of political structures and decisions of his community.” (p. 245). De handelingen die bij uitstek uitdrukking geven aan dit netwerk, zijn de handelingen van de wetgever, rechter en bestuur. De rechter moet zich, zoals een van de vele auteurs van een kettingroman, steeds afvragen of zijn interpretatie van dit netwerk “could form part of a coherent theory justifying the network as a whole. No actual judge could compose of anything approaching a full interpretation of all of his community's law at once. But an actual judge can allow the scope of his interpretation to fan out from the cases immediately in point to cases in the same general area or department of law, and then still farther, so far as this seems promising.” (p. 245).

DWORKIN noemt dit het streven naar het ideaal van “recht als integriteit”. Daarmee wil hij zeggen dat de morele beginselen die de achtergrond van wetgeving en rechtspraak uitmaken, het recht als geheel zouden moeten kunnen rechtvaardigen. In elk concreet geval waarover een beslissing wordt geveld, moet

daarom worden gestreefd naar coherentie met de beginselen die vroegere beslissingen - in de vorm van wetgeving en precedentes - schragen. Dit interpretatieve ideaal ligt steeds besloten in iedere moderne rechtsorde, omdat de interpretatie die de burgers van zo'n samenleving geven aan de politieke en juridische beslissingen die op hen van toepassing zijn, in principe altijd gericht is op de verdere explicitering en versterking het "zelfbegrip" - de morele strekking die men aan het recht toekent - van de moderne rechtsgemeenschap. Het recht ontwikkelt zich daardoor niet willekeurig, maar als de uitdrukking van een onderliggend streven naar de vorming en explicitering van een coherent rechtsbewustzijn van de rechtsgemeenschap. Interpretatie in het recht, onder meer aan de hand van precedentes, moet aldus de zelfopvatting van een gemeenschap naar voren laten komen. Zo begrepen heeft het recht in belangrijke mate een historisch karakter omdat in het verleden noodzakelijk het normatieve zelfbegrip van de gemeenschap besloten ligt. In dat gegeven situeert zich mede het belang van precedentes.

III. DE ENGELSE SITUATIE

In vrijwel alle *common-law* jurisdicties, zoals bijvoorbeeld in Engeland, heeft de precedentenleer een bijzondere, met name formele vorm gekregen. Deze leer staat bekend onder de frase *stare decisis et quia non movere*. Vrij vertaald: volharden in datgene wat is besloten, en datgene wat tot rust is gekomen niet meer bewegen. Deze precedentenleer vereist dat onder bepaalde omstandigheden de *ratio decidendi*, en niet meer dan dat, die vervat ligt in een rechterlijke uitspraak in alle andere, in relevante opzichten gelijkaardige gevallen moet worden gevolgd *omdat*, en slechts omdat, de eerdere uitspraak werd gedaan.

De krachtlijnen van de binding aan precedentes in Engeland, die nauw met de hiërarchische positie van rechtbanken samenhangt, kunnen beknopt worden weergegeven in drie punten. In de eerste plaats moeten alle rechtbanken de voor de zaak die ter beoordeling voorligt relevante rechtspraak in ogenschouw nemen. In de tweede plaats moeten de lagere rechtbanken de beslissingen volgen van rechtbanken die hoger staan in hiërarchie. En in de derde plaats zijn de rechtbanken, voor zover ze beroepszaken behandelen (met uitzondering van de hoogste rechtbank: de *House of Lords*), gebonden aan eigen beslissingen. Het blijkt dat vooral uit de praktijk van de *House of Lords* ten aanzien van precedentes een aantal interessante lessen voor ons kunnen worden getrokken.

Gedurende het belangrijkste deel van deze eeuw was de *House of Lords* gebonden aan eigen beslissingen. Zowel vanuit academische kringen als vanuit de praktijk was er echter belangrijke kritiek op deze situatie. Het zou leiden tot verstarring van het rechtssysteem. Vanaf het einde van de jaren vijftig was er ten aanzien van dit aspect echter een zekere ontspanning zichtbaar bij de *House of Lords*. Een aantal rechters veroorloofden zich een vrijere opstelling dan voorheen ten aanzien van precedentes van de *House of Lords* zelf. In de periode tussen 1962 en 1966

zette deze houding zich door, en in 1966 bleek de *House of Lords* ook officieel bereid om een wat meer ontspannen visie op zijn eigen praktijk ten aanzien van *stare decisis* te aanvaarden. Door middel van een zogenaamd *Practice Statement* werd het nieuwe beleid aangekondigd en uiteengezet: de *House of Lords* verklaarde zich niet meer absoluut gebonden te achten door uitspraken van zichzelf, en was bereid om in uitzonderlijke gevallen van eerdere uitspraken af te wijken (door middel van *overruling*).

In de jaren na de afkondiging van het *Practice Statement* blijkt zich een ontwikkeling te hebben voorgedaan waarin wat meer concrete criteria werden ontwikkeld over hoe met de nieuw verworven vrijheid dient te worden omgegaan. Veruit het belangrijkste daarvan is het criterium dat stelt dat een precedent niet mag worden *overruled* louter en alleen omdat de rechters uit de *House of Lords* van mening zijn dat het om een onjuist precedent gaat. Er moeten nog aanvullende redenen zijn om tot *overruling* over te gaan, en de *overruling* moet bovendien een nettoverbetering van het recht tot gevolg hebben. De *House of Lords* zal in principe dus niet tot *overruling* overgaan indien de redenen die naar voren worden geschoven voor de nieuwe beslissing dezelfde zijn als die voorheen werden gebruikt om tot de eerdere beslissing te komen. Dat is het geval wanneer er in de eerdere beslissing niets van betekenis over het hoofd werd gezien en wanneer de context, de maatschappelijke omstandigheden, waaronder het precedent vorm heeft gekregen, nog steeds dezelfde zijn. Zelfs indien de huidige rechters van de *House of Lords* van mening zijn dat de eerste beslissing onjuist was, is dat volgens dit criterium niet meer dan een bewijs van de mogelijkheid van twee visies. Indien dat niet het geval zou zijn, dan zou dat immers tot resultaat kunnen hebben dat de *House of Lords* door middel van beslissing A' afwijkt van beslissing A, en dat vervolgens een nieuw samengestelde rechtbank beslissing A weer in ere herstelt.

Uit dit criterium blijkt duidelijk het belang van zowel het rechtszekerheids- als het vertrouwensbeginsel als grondslag voor de precedentwerking van rechterlijke uitspraken. Deze criteria geven bij uitstek uiting aan het gevoel dat rechters een bepaalde terughoudendheid in acht dienen te nemen bij het uitoefenen van hun taak, en bovendien dat zij niet al te zeer in de plaats van democratisch verkozen wetgevers dienen te treden. Het is immers niet omdat rechters onvermijdelijk ook recht maken, dat ze zich eenzelfde rol als de wetgever dienen aan te meten. De afwezigheid van een dergelijke terughoudende positie zou trouwens ook kunnen leiden tot een loutere billijkheidstoetsing, en dit terwijl de essentie van de werking van precedenten nu juist is dat ze tot op zekere hoogte ook gelden als ze niet helemaal optimaal zijn. De stabiliteit van de rechtsorde vereist immers dat niet ieder precedent zomaar opzij gezet kan worden; dat de kwalitatieve beoordeling van het precedent dus meer inhoudt dan een loutere billijkheids- of rationaliteitstoetsing. Want ondanks het feit dat de zwaartekrachtwerking van precedenten in belangrijke mate gebonden is aan de rationaliteit (kwaliteit) van de uitspraak, staat ze er gelijktijdig ook in zekere mate los van. Juist daarom moeten bij de beoordeling van een precedent formele postulaten als consistentie,

rechtszekerheid en proceseconomie, postulaten die zich richten op de stabiele werking van het rechtssysteem, steeds worden afgewogen tegen materiële argumenten die zich richten op de concrete inhoud (rationaliteit) van een enkel precedent.

IV. DE WERKING VAN PRECEDENTEN IN DE PRAKTIJK VAN HET ENGELSE EN BELGISCHE RECHT

Het onderzoek dat wij hebben verricht naar de praktische werking van precedenten in het Engelse en Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, leerde dat rechterlijke uitspraken in beide landen niet noodzakelijk een rol als precedent vervullen. Voor wat Engeland betreft, leidt dat tot de conclusie dat een systeem van *stare decisis* niet noodzakelijk een garantie biedt voor het bereiken van de normatieve doeleinden van een systeem van precedentwerking. In zekere zin is dit ook logisch, aangezien het uiteindelijk de rationaliteit (de kwaliteit) van het rechterlijk oordeel is die in belangrijke mate (maar, zoals bleek, niet alleen) zal bepalen in hoeverre rechterlijke uitspraken daadwerkelijk zwaartekrachtwerking hebben. En het is een feit dat nu eenmaal niet alle uitspraken van een even hoge kwaliteit zijn. Toch is dit niet het hele verhaal. De oorzaak voor het probleem van de gebrekkige precedentwerking ligt volgens ons namelijk ook voor een belangrijk deel besloten in de wijze van motiveren. Deze problemen zouden althans ten dele opgelost kunnen worden door in de motivering meer duidelijkheid te verschaffen over de meer principiële dimensie van een rechterlijke uitspraak. Zowel in Engeland als in België blijkt wat dit aspect betreft de situatie nog altijd niet ideaal.

V. NAAR EEN OPLOSSING VOOR HET PROBLEEM

Nu precedenten bij ons niet noodzakelijk hun “natuurlijke” rol vervullen, impliceert dit minstens dat er maatregelen worden getroffen waardoor dat eventueel wel het geval kan zijn. Verschillende opties staan open.

A. DE MOTIVERINGSVEREISTEN

Er zou gepleit kunnen worden voor een stelsel zoals dat in Engeland fungeert. *Stare decisis* dus. Dit lijkt echter niet wenselijk, vooral omdat zo'n systeem niet garandeert dat precedenten gevolgd zullen worden. Bovendien draagt een stelsel van *stare decisis* ook nadelen in zich. *Overdistinguishing* kan bijvoorbeeld het resultaat zijn. Een systeem van *stare decisis* kan in de context van het Engelse recht weliswaar noodzakelijk zijn, in een gecodificeerd rechtssysteem als het onze lijkt dit niet noodzakelijk het geval. Om dezelfde reden willen we niet pleiten voor een formele alles-of-niets binding. Het precedent vormt weliswaar, hier en in Engeland, een temporeel paradigma, maar dat betekent niet dat we in een gecodificeerd rechtssysteem noodzakelijk eveneens moeten opteren voor *stare*

decisis.

Beter lijkt het om aan te sluiten bij het probleem zelf. Als immers een gebrekkige motivering een belangrijke reden is voor het feit dat sommige precedentes hun rol als precedent niet naar behoren kunnen vervullen, dan lijkt het ook logisch om aan die motivering zelf nadere eisen te stellen. Een op alle onderdelen goed gemotiveerde rechterlijke uitspraak kan de precedentwerking zonder twijfel ten goede komen. De rechterlijke uitspraak zal dan ook minstens duidelijkheid moeten verschaffen over hoe en waarom de rechter tot zijn beslissing is gekomen, op basis van welke gezichtspunten en afwegingen. De motivering zou eveneens een meer expliciete discussie mogelijk moeten maken over de rol die precedentes in een te beslechten geschil spelen, nu en naar de toekomst toe. Hoe dan ook, de rechter dient in de context van het specifieke geval de rationaliteit van zijn uitspraak zo goed mogelijk te garanderen. Daarbij is het overigens een misverstand te stellen dat iedere rechterlijke uitspraak aan dezelfde motiveringsvereisten dient te voldoen. Er zijn, afhankelijk van de feitelijke omstandigheden en de aard van de beslissing, wel degelijk verschillen mogelijk. Zo lijkt er in het zakenrecht wat statischer geredeneerd te kunnen worden dan bijvoorbeeld in het verbintenissenrecht. Ook zal een beslissing die handelt over primaire levensbehoeften uitvoeriger moeten worden gemotiveerd dan een geschil over bijvoorbeeld zekerheidsrechten. En zo mag van het Hof van Cassatie ook meer verwacht worden dan van een vrederechter, omdat het Hof van Cassatie immers meer dan welke rechter ook zal bijdragen aan de rechtsvorming.

Hoe kan een inhoudelijk betere motivering worden bereikt? Op dit moment wordt door het Hof van Cassatie de motiveringsplicht nogal restrictief, als een formele vereiste opgevat. Een wetgevend initiatief terzake zou daarvoor een oplossing kunnen zijn. Toch willen we daar niet voor kiezen. Kwalitatieve begrippen als overtuigingskracht, begrijpelijkheid en aanvaardbaarheid kunnen niet worden afgedwongen aan de hand van een aantal op voorhand vastliggende abstracte of theoretische vereisten. Vooruitgang in deze aangelegenheid is vooral een kwestie van cultuur en inzicht. We beperken ons daarom tot een oproep aan met name het Hof van Cassatie om ook daadwerkelijk - feitelijk - meer aandacht te besteden aan een deugdelijke motivering. Zowel ten aanzien van de motivering in het algemeen als ten aanzien van precedentes.

Is de oproep aan met name het Hof van Cassatie om ook daadwerkelijk - feitelijk - meer aandacht te besteden aan een deugdelijke motivering, algemeen zowel als ten aanzien van precedentes, niet in strijd met artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek? Deze bepaling leert ons dat rechters geen uitspraak mogen doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking. De hedendaagse interpretatie van artikel 6 Ger.W. heeft vooral indirecte betekenis: de rechter mag zich formeel-juridisch niet gebonden achten door vroegere rechtspraak, aangezien hij dan aan de rechtspraak een algemene en als regel geldende draagwijdte toekent. Voorzover de rechter zich echter de zienswijze van een precedent gemotiveerd eigen maakt, dat wil zeggen zolang hij tevens de reden geeft waarom

hij een precedent wenst te volgen, is er geen probleem. Deze reden mag dus niet inhouden dat hij zo besluit omdat een eerdere rechter op dezelfde wijze heeft besloten. Een rechter mag dus wel degelijk verwijzen naar precedents, maar hij moet desondanks het nog te beslissen geval gemotiveerd beslechten. Bovendien mag hij slechts in casu een uitspraak doen.

B. WANNEER IS EEN AFWIJING VAN HET PRECEDENT TOEGESTAAN?

Ondanks dat we niet willen pleiten voor een formele binding aan precedents, blijft de vraag wanneer van een precedent mag worden afgeweken relevant. Want ook indien het niet wenselijk is de gebondenheid aan het precedent juridisch af te dwingen, blijft de gebondenheid aan het precedent een normatief behoren. De stabiliteit van de rechtsorde vereist immers dat niet van ieder precedent dat als niet meer rationeel wordt ervaren mag worden afgeweken; dat dus wordt verdisconteerd dat het precedent een temporeel paradigma vormt. De kwalitatieve beoordeling ervan zal dus meer moeten inhouden dan een loutere rationaliteitstoetsing.

De methode van de marginale toetsing zou een belangrijk hulpmiddel kunnen zijn bij de kwalitatieve beoordeling van precedents. Door middel van een dergelijke toetsing wordt slechts beoordeeld of de rechter in redelijkheid en met afweging van alle betrokken belangen tot een bepaalde beslissing had kunnen komen. Slechts indien op basis daarvan het precedent kennelijk onredelijk *lijkt* te zijn, zou een inhoudelijk onderzoek naar de kwaliteit, de rationaliteit, van een rechterlijke uitspraak ten gronde moeten volgen. Een dergelijke toets levert dus geen indeplaatsstelling op van de concrete opvatting van de individuele rechter die nu oordeelt ten opzichte van de rechter die het precedent uitspraak. Een marginaal onderzoek houdt er immers rekening mee dat er verschillende opvattingen (“conceptions”) over een bepaalde rechtspropositie of precedent kunnen bestaan, die alle onder eenzelfde begrip (“concept”) kunnen worden geplaatst. In deze procedure moet uiteraard tevens een toetsing van de postulaten die de stabiliteit van ons rechtssysteem beogen te bewerkstelligen worden betrokken. Slechts indien ook daar rekening mee wordt gehouden, kan eventueel tot de conclusie worden gekomen dat tot *overruling* van een precedent moet worden overgegaan.