

## DE REDACTIE PRIVAAT

### BELGIË-NEDERLAND, TWEE CULTUREN

1. Met het wereldkampioenschap voetballen in zicht worden de speelstijlen en de tactische concepten van de deelnemende elftallen ongetwijfeld naarstig bestudeerd en vergeleken. Omdat België en Nederland in dezelfde groep zijn ingedeeld en dus tegen elkaar zullen aantreden, geldt dat ook voor de wijze waarop deze beide landen het spel spelen. Niet alleen het voetbal, maar ook het recht van de beide landen wordt al geruime tijd vergeleken, niet omdat overwegingen van competitie dat ingeven, maar omdat het inzicht groeit dat de beide nabuurlanden historisch en cultureel zoveel gemeen hebben, dat die vergelijking voor beide vruchten kan opleveren. Het Tijdschrift voor Privaatrecht wijdt regelmatig in artikelen en boekbesprekingen aandacht aan het Nederlandse recht. Dat is voor Nederlandse lezers leerzaam, soms ook onthullend. Het feilen van het eigen rechtssysteem worden vaak door burenscherper onderkend dan door de juristen uit eigen land.

2. Er is, naar ik meen, een opvallend verschil in rechtscultuur tussen België en Nederland dat verdient in het licht gesteld te worden. Dat verschil vloeit voort uit het verschil in gezag dat in beide landen aan uitspraken van de cassatierechter wordt toegekend.

Het uitgangspunt in beide rechtssystemen is hetzelfde. De regel van art. 5 van de Franse Code Civil — *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* — geldt gelijkelijk in Nederland en België. In Nederland is zij opgenomen in art. 12 Wet Algemene bepalingen van 1827 en in België is zij in 1968 overgebracht van art. 5 B.W. naar art. 6 Gerechtelijk Wetboek.

In de negentiende eeuw werd in Nederland algemeen aanvaard dat de rechter niet gebonden is aan precedentes; niet aan beslissingen die hij zelf in andere zaken had gegeven, niet aan die van andere rechters in andere zaken, ook niet aan die van de Hoge Raad. DIEPHUIS (*Het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, I (1869), 95/96) zei het zo:

*De regter moet volgens de wet regt spreken. Zoo hij daar tegen handelt of haar verkeerd toepast, is zijne uitspraak vatbaar voor vernietiging door den Hoogen Raad. Hij is daarbij aan geene*

*uitlegging gebonden van eenige andere dan de wetgevende magt... Bepaaldelijk is hij ook door geene regtspraak, hoe eenstemmig en gevestigd ook, gebonden, noch van het eigen, noch van een hooger collegie, ook niet den hoogen raad. Wel kan deze zijne uitspraak vernietigen, wegens verkeerde toepassing der wet, en daarbij de zaak weder naar hem verwijzen om haar verder met inachtneming dier uitspraak te behandelen en weder te beslissen, maar in iedere andere zaak is hij daarvan weder onafhankelijk, enkel geroepen om regt te spreken volgens de wet en bevoegd om dat te doen naar zijne opvatting. En zoo hij, door het arrest niet overtuigd, later weder de wet naar zijne opvatting toepast, kan wel zijne uitspraak weder vernietigd worden, maar desniettemin blijft de wet het enig rigtsnoer, waaraan hij is gebonden; en de hooge raad, evenzeer verplicht om volgens de wet regt te spreken en door zijne eigen regtspraak niet verbonden, kan ook zelf van zijne vroegere opvattingen afwijken, hoe lang en hoe dikwijls hij die ook in zijne uitspraken gehuldigd heeft; ook hij kan niet bij wege van algemeene verordening uitspraak doen, art. 12 A.B., en zijne uitspraak in eene bijzondere zaak heeft voor hem zelve zoo min als voor een ander zoodanige kracht.*

Sinds 1869, toen DIEPHUIS dit schreef, is in de Nederlandse opvattingen over de bindende kracht van uitspraken van de Hoge Raad een grote verandering ingetreden. De arresten van de Hoge Raad hebben naar modern inzicht weliswaar informele, maar niet minder feitelijk bindende precedentwerking voor alle rechters. Zij worden dan ook onveranderlijk gevolgd, ook wanneer de rechter de door de Hoge Raad verwoorde opvatting minder juist acht. De Nederlandse rechter volgt de Hoge Raad schijnbaar blindelings, veelal door de termen waarin de Hoge Raad zijn opvatting weergaf, letterlijk te herhalen. Daarmee is in Nederland een precedentenstelsel geschapen — alleen voor arresten van de Hoge Raad — dat vroeger niet bestond en dat verder gaat dan het in de landen van de Common Law geldende stelsel. Heeft daar een uitspraak van de hogere rechter slechts precedentwaarde, voor de *ratio decidendi* van die uitspraak en niet voor hetgeen ten overvloede werd gezegd (*obiter dicta*), in het Nederlandse recht hebben ook *obiter dicta* van de Hoge Raad bindende kracht. Dat blijkt vooral daaruit dat de meest algemene en leerstellige beschouwingen van de Hoge Raad veelal voorkomen in zaken waarin de nieuw ontvouwde regel niet van toepassing wordt geacht. Een goed voorbeeld daarvan is HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/

Vrerink) waarin algemene regels over de begroting van schade bij eigen schuld van voetgangers of fietsers bij verkeersongelukken werden geformuleerd, die in de zaak zelf niet van toepassing waren.

De vraag is gesteld of het voorschrift van art. 12 AB aldus niet geschonden wordt.

3. Ik laat hier korthedshalve onbesproken hoe de opvattingen in Nederland zich zo radicaal hebben kunnen wijzigen. Ik volsta met de vermelding dat MEDERS daarin een grote rol heeft gespeeld. Van de overige schrijvers die die omslag hebben beïnvloed vermeld ik alleen de namen van Paul SCHOLTEN en Jan DRION.

De grote precedentwaarde van arresten van de Hoge Raad wordt verklaard met een, ook door de wetgever gedeelde, opvatting over taak en positie van het instituut van de cassatie. Dat instituut — en vooral het instituut van de cassatie in het belang der wet — zou zijn doel missen indien arresten van de Hoge Raad alleen van doorslaggevende betekenis zouden zijn voor de besliste zaak. De wetgever heeft op indirecte wijze die taak beschreven door recent in de Wet op de rechterlijke organisatie een artikel 101a in te voegen, luidende: „Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, dan kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn uitspraak te dier zake beperken tot dit oordeel”. Omdat de Hoge Raad in laatste instantie de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling bewaakt, behoren zijn uitspraken door andere rechters in andere zaken te worden gevolgd, zo is de gedachte. De enige die daarop terug kan komen is de Hoge Raad zelf.

4. De beschreven omslag heeft grote gevolgen gehad voor de wijze waarop het Nederlandse burgerlijk recht in hand- en studieboeken en in artikelen beschreven wordt. Door er van uit te gaan, dat het recht inhoudt wat de Hoge Raad zegt dat het inhoudt, is een beschrijving van het recht die niet de laatste arresten van de Hoge Raad vermeldt, per definitie verouderd en onbetrouwbaar. Dat verklaart dat hand- en studieboeken elke paar jaren moeten worden herzien om nog bruikbaar te zijn. Een praktisch gevolg is ook, dat rechtspraak en literatuur voorafgaande aan de laatste uitspraak van de Hoge Raad voor de kennis van ons huidige recht nauwelijks meer van belang zijn. Die hebben alleen nog historische of curiositeitswaarde. Latere rechtspraak waarin van een andere opvatting dan die van de Hoge Raad

wordt uitgegaan, wordt niet vermeld om de eenvoudige reden dat die er niet is. De student in de rechten bestudeert dan ook, naast de wet, vooral arresten van de Hoge Raad.

5. Mijn indruk is, dat in België aan arresten van het Hof van verbreking niet een vergelijkbaar grote betekenis wordt toegekend en mag worden toegekend. De Belgische rechter die zijn oordeel zonder meer doet steunen op de rechtspraak van het hof van verbreking, zonder te zeggen waarom hij zich daarbij aansluit, geeft aan die rechtspraak een algemene en als regel geldende draagwijdte en schendt derhalve art. 6 Ger.W. (Cass., 13 februari 1984, Arr. Cass., 1983-84, 716, *J.T.T.*, 1985, 422).

De Belgische rechter blijft vrij om zich al dan niet bij precedentes, ook die vervat in uitspraken in cassatie, aan te sluiten. Hij volgt die niet altijd. Dat verklaart enerzijds dat rechtsliteratuur in België minder snel verouderd dan in Nederland, anderzijds dat vragen betwist kunnen blijven, ook nadat zij door het hof van verbreking in een bepaalde zin zijn beantwoord.

Eén wettekst, geheel verschillende uitleg. Een mogelijke verklaring is dat de Nederlandse jurist de zekerheid van recht vindt in het gezag van arresten van de Hoge Raad, nadat hij de regel van de wet sterk heeft gerelativeerd.

14 januari 1994

Chris BRUNNER