

STARE DECISIS ET QUIETA NON MOVERE

Rechtszekerheid en de gebondenheid aan precedënten in het Engelse rechtssysteem. Lessen voor ons?

door

Maurice ADAMS
Universiteit Antwerpen (Ufsia)

In dit artikel wordt vooral een overzicht en analyse geboden van de kenmerken van het Engelse systeem van stare decisis, waarbij de nadruk wordt gelegd op de vraag onder welke voorwaarden de hogere Engelse rechtbanken bereid zijn gebleken om van precedënten af te wijken. Het blijkt dat de loutere constatering dat een bepaald precedent niet juist is, geen afdoende reden vormt om van dat precedent af te wijken. Daarvoor moet er immers meer aan de hand zijn. Meer concreet: een overruling moet bovendien leiden tot een netto-verbetering van het recht, en de nieuwe uitspraak moet in principe steunen op andere motieven dan de uitspraak die overruled wordt.

Dit inzicht is ook voor de situatie bij ons van belang. Vandaar dat de vraag rijst: hoe bij ons te bewerkstelligen dat ook hier te lande wordt erkend dat rechterlijke uitspraken zwaartekrachtwerking hebben? In dit artikel wordt een suggestie terzake gedaan die steunt op de methode van de marginale toetsing.

INHOUD

- I. INLEIDING (1-3)
- II. STARE DECISIS IN DE HOUSE OF LORDS (4-24)
- III. STARE DECISIS IN DE COURT OF APPEAL (25-46)
 - A. Gebondenheid aan de *House of Lords* (27-33)
 - B. Gebondenheid aan eigen beslissingen (34-41)
 - C. *Stare decisis* in de *Court of Appeal*: besluit (42-46)
- IV. ZIJN PRECEDENTREGELS PRAKTIJKREGELS OF RECHTSREGELS? (47-50)
- V. TOT SLOT: LESSEN VOOR ONS? (51-54)

I. Inleiding

1. In vrijwel alle *common-law*jurisdicties heeft de precedentenleer een bijzondere, met name formele vorm gekregen. Deze leer staat bekend onder de frase *stare decisis et quieta non movere*(1), soms ook, en wellicht juister, omschreven door de frase *stare rationibus decidendis*. In het dagelijks juridisch taalgebruik heeft men het vooral over *stare decisis*. Vrij vertaald: volharden in datgene wat is besloten, en datgene wat tot rust gekomen is 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 gevolgd *moet* worden *omdat*, en slechts daarom, de eerdere uitspraak werd gedaan(2). Bijzonder is dus dat het gaat om een juridische plicht, en niet alleen om een behoren. In een formeel systeem van *stare decisis* bezit de rechterlijke uitspraak *authoritative formality*(3). *Stare decisis* met andere woorden, genereert *formele* redenen om een bepaalde rechterlijke uitspraak te volgen.

2. In dit artikel wil ik in de eerste plaats een overzicht en analyse bieden van de kenmerken van het Engelse(4) systeem van *stare decisis*, waarbij de nadruk wordt gelegd op de vraag onder welke voorwaarden de hogere Engelse rechtbanken bereid zijn om van precedenten af te wijken. Vervolgens wordt onderzocht wat de status is van precedentregels. Zijn het louter praktijkregels of ook rechtsregels, of is hun status onbepaald? Tenslotte wordt bij wege van

(1) Soms ook, en wellicht juister, omschreven door de frase *stare rationibus decidendis*. In het dagelijks juridisch taalgebruik heeft men het vooral over *stare decisis*.

(2) De term precedent komt van het Latijnse *precedere* en betekent: voorafgaan aan.

(3) P.S. ATIYAH en R.S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1987, 115.

(4) Geografisch gezien heeft dit artikel vooral betrekking op de jurisdicties van Engeland en Wales, en niet op het gehele Verenigd Koninkrijk, aangezien Schotland en Ierland eigen rechtssystemen kennen die onafhankelijk van Engeland en Wales opereren. Alleen voor wat het finale beroep bij de *House of Lords* betreft, is daar tevens Schotland (tenminste voor civiele zaken) en Noord-Ierland (voor civiele én strafrechtelijke zaken) bij betrokken. Voor een vergelijking tussen het Engelse en het Amerikaanse systeem van *stare decisis*, zie P.S. ATIYAH en R.S. SUMMERS, *o.c.*, 115-133 en A. TUNC, „The not so Common Law of England and the United States, or, Precedent in England and the United States, a Field Study by an Outsider”, *The Modern Law Review* 1984, 150-170.

besluit onderzocht welke lessen er voor ons getrokken kunnen worden uit dit Engelse systeem(5).

Het zal blijken dat een aantal van de kwesties die in de Engelse context ter sprake komen ook hier relevant kunnen zijn, zeker nu wat mij betreft ook bij ons rechterlijke uitspraken in principe gevolgd behoren te worden. Ik bedoel dit laatste uiteraard als een normatieve uitspraak, aangezien de rechtspraak bij ons, met uitzondering van de situatie in de context van de dubbele cassatie ex art. 1120 van het Ger.W.(6), in principe geen formeel bindende kracht heeft. Dit ontbreken van enige formele of juridische plicht om rechterlijke uitspraken te volgen, neemt evenwel niet weg dat de zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken eenvoudigweg een kwestie van rationaliteit is en bijgevolg enige vanzelfsprekendheid bezit. Indien immers een rechter een uitspraak doet, dan is het niet meer dan logisch dat diezelfde of een andere rechter, voor zover de eerste uitspraak ten minste goed of juist was, in een in relevante aangelegenheden gelijkaardig geval een zelfde uitspraak doet. Indien dit niet het geval zou zijn, dan zou van enige rationaliteit in het rechtssysteem geen sprake kunnen zijn. Immers, „[t]he notion of a reason brings with it the notion of a rule”(7).

3. Hoe dan ook, in dit artikel concentreer ik me in de eerste plaats en vooral op de wijze waarop in Engeland de twee hoogste rechterlijke instanties, dat zijn met name *House of Lords* en de *Court of Appeal*, met precedënten omgaan. Dit omdat juist in die organen een jarenlange en omstandige discussie terzake heeft plaatsgevonden, en omdat

(5) Aangezien in dit artikel geen expliciete vergelijking wordt aangegaan met de situatie hier of een ander rechtssysteem is er niet echt sprake van rechtsvergelijking. Het betreft echter desondanks wel degelijk een begin van rechtsvergelijking, omdat het uit de doeken doen van een buitenlands rechtssysteem de lezer bijna onvermijdelijk (impliciet) naar het stelsel waarmee hij vertrouwd is zal doen refereren. Juist daarom classificeren sommigen het louter *beschrijven* van buitenlandse rechtssystemen als „impliciete rechtsvergelijking”. Zo bv. G.R. DE GROOT, *Vergelijkt alles en behoudt het goede*, Deventer, Kluwer, 1989, 2-4. Kokkini-Iatridou wenst het bestuderen van een buitenlands rechtssysteem evenwel als „*Auslandsrechtswissenschaft*” te classificeren. D. KOKKINI-IATRIDOU, *Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer, Kluwer, 1988, 12-13.

(6) Maar vgl. tevens de situatie van een pre-judiciële vraag aan respectievelijk het Europese Hof van Justitie, het Benelux-Gerechtshof of het Arbitragehof, waar in zekere zin tevens een dwingende precedentwerking van uitgaat. Of de situatie waarin de door het Arbitragehof gewezen arresten waarbij een beroep tot vernietiging wordt afgewezen, bindend zijn voor alle rechtscolleges voor wat de beslechte rechtspunten betreft.

(7) Aldus de Engelse moraalfilosoof R.M. HARE, *Freedom and Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1963, 21. Zie hierover meer uitgebreid M. ADAMS, „Law is as I’ve told you before. Over de zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken in België”, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1997, 1329-1399.

die organen feitelijk het beleid inzake de omgang met precedënten bepalen. Voor wat de *House of Lords* betreft, is het wellicht nog van belang te vermelden dat dit in de eerste plaats een parlementair orgaan is — meer concreet Hogerhuis van het Britse Parlement — dat tevens een rechterlijke bevoegdheid bezit. Formeel gezien is deze rechterlijke bevoegdheid ondergebracht als een commissie van het Hogerhuis. Feitelijk staat het er echter los van(8).

II. Stare decisis in de House of Lords

4. De krachtlijnen van de binding aan precedënten in Engeland — de „*rules of precedent*” —, kunnen beknopt worden weergegeven in drie punten(9).

- a) In de eerste plaats *moeten* alle rechtbanken de voor de zaak die ter beoordeling voorligt relevante rechtspraak in ogenschouw nemen.
- b) In de tweede plaats *moeten* de lagere rechtbanken de beslissingen volgen van rechtbanken die hoger staan in hiërarchie.
- c) En in de derde plaats zijn de rechtbanken, voor zover ze beroepszaken behandelen (met uitzondering van de *House of Lords*), gebonden aan eigen beslissingen.

5. De beslissingen van de *House of Lords* zijn dus bindend voor alle lagere rechtbanken. Gedurende het belangrijkste deel van de vorige eeuw was de *House of Lords* bovendien gebonden aan eigen beslissingen. Dit volgde uit de zaak *London Tramways v. London County Council* uit 1898. Lord Halsbury schreef het arrest in deze zaak, en zei over het beginsel van *stare decisis*: „*Of course I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such a judgement was erroneous; but what is that occasional interference with what is perhaps*

(8) Voor een historische benadering van het onderwerp dat in dit artikel aan de orde is, zie het nog altijd relevante onderzoek van T. ELLIS LEWIS, „The History of Judicial Precedent”, *The Law Quarterly Review* 1930, 207-224 (I) en 341-360 (II), 1931, 411-427 (III) en 1932, 230-247 (IV). Tevens T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, London, Butterworth, 1956, 342-350 en J. EVANS, „Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century”, in *Precedent in Law*, L. GOLDSTEIN (ed.), Oxford, Oxford University Press, 1987, 35-72.

(9) Zie R. CROSS, „The House of Lords and the Rules of Precedent”, in *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, P.M.S. HACKER en J. RAZ (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1977, 145. Tevens R. CROSS en J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 5-6.

abstract justice, as compared with the inconvenience — the disastrous inconvenience — of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth and in fact there would be no real final court of appeal. My Lords, 'interest rei publicae' is that there should be 'finis litium' sometime and there can be no 'finis litium' if it were possible to suggest in each case that it might be reargued because it is 'not an ordinary case' whatever that may mean.”(10) (11)

Deze speech vormde de officiële doctrine aangaande *stare decisis* in de *House of Lords* tot ver in de 20ste eeuw. Merk op dat impliciet een beroep wordt gedaan op argumenten van utiliteit en algemeen belang, vooral op argumenten van rechtszekerheid(12).

6. Zowel vanuit academische kringen als vanuit de praktijk was er echter belangrijke inhoudelijke kritiek op deze absolute gebondenheid van de *House of Lords* aan eigen beslissingen(13). Lord Wright, opmerkelijk genoeg zelf rechter in de *House of Lords*, publiceerde in 1944 een belangrijk artikel over deze kwestie dat het standpunt van velen kernachtig weergaf. „*Can anyone doubt that on balance of social convenience and public welfare it would have been better to have refused to perpetuate [an] erroneous and unjust rule? An occa-*

(10) [1898] AC 380. In feite werd deze regel reeds een kleine veertig jaar eerder vastgelegd in de zaak *Beamish v. Beamish* (1861) 9 HL Cases 338-9. De *London Tramways*-zaak besliste dit punt echter meer ondubbelzinnig. Zie hierover D. PUGSLEY, „London Tramways (1898)”, *The Journal of Legal History* 1996, 172-184 en LORD WRIGHT, „Precedents”, *The Cambridge Law Journal* 1944, 120-122. Deze zaak wordt in de literatuur trouwens vaak abusievelijk de *London Street Tramways*-zaak genoemd. Cross heeft er echter terecht op gewezen dat de appellant wel degelijk de firma *London Tramways* was. Zie R. CROSS en J.W. HARRIS, *o.c.*, 102 n. 22. Zo tevens W.B. LEACH, „Revisionism in the House of Lords: the Bastion of Rigid Stare Decisis Falls”, *Harvard Law Review* 1967, 800 n. 11. Deze vergissing is vooral verwarrend omdat de firma *London Street Tramways* tevens bestond, en bovendien in 1894 betrokken was bij een vrijwel identieke zaak voor de *House of Lords* tegen de *London County Council*.

(11) De verwijzing door Lord Halsbury naar het adagium *interest rei publicae ut sit finis litium* kan tot verwarring met het leerstuk van gezag van gewijsde (*res judicata*) leiden. Het doel van beiden is immers om oneindig aanslepende procedures onmogelijk te maken. Desondanks blijkt uit de speech duidelijk waar het Lord Halsbury eigenlijk om te doen is: rechtszekerheid d.m.v. *stare decisis*, wat, i.t.t. *res judicata*, geen betrekking heeft op een en dezelfde zaak maar op gelijkaardige zaken.

(12) In de zaak *Beamish v. Beamish* werd *stare decisis* door Lord Campbell nog gemotiveerd vanuit een louter constitutioneel standpunt. Indien volgens hem dit beginsel namelijk niet van kracht zou zijn, dan zou „*this House (...) be arrogating to itself the right of altering the law and legislating by its own separate authority.*” *Beamish v. Beamish*, (1861) 9 HL Cases 339.

(13) Zie voor deze kritiek uit academische kringen bv. A.L. GOODHART, „Precedent in English and Continental Law”, *The Law Quarterly Review* 1934, 40-65; Id., „Precedents in the Court of Appeal”, *The Cambridge Law Journal* 1947, 349-365; G.L. WILLIAMS, *Salmond on Jurisprudence*, London, Sweet and Maxwell, 1957, 175-188 en 538-539; R. CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, Oxford University Press, 1963 (eerste uitgave), 250 en R.W.M. DIAS, *Jurisprudence*, London, Butterworths, 1964, 75.

sional re-argument of [a] rule is a small matter compared with the persistent operation of injustice.”(14)

7. Lord Wright was vooral van mening dat het rechtszekerheidsargument ten behoeve van een rigide stelsel van *stare decisis* relativisering behoefde: „*There need be no fear that the whole system of precedents would be destroyed if this change were so made. The instinct of inertia is as potent in judges as in other people. (...) No Court will be anxious to repudiate a precedent. It will do so only when it is completely satisfied that the precedent is erroneous. (...) If the Court is so satisfied, it is a humiliation which ought not to be put upon it to reproduce and perpetuate the error. (...) Precedents would still be precedents, though not coercive but merely persuasive. If that were so, it may further be noted that there could not be the same urgency to carry to extremes the process of distinguishing from the then present case erroneous precedents.*”(15) Lord Wright bleek onder zijn collega’s evenwel een roepende in de woestijn. De *House of Lords* zelf was in ieder geval nog niet aan verandering toe.

8. De strikte houding ten aanzien van precedentes in deze periode is ook wel omschreven als „*substantive formalism*”(16). Daaronder werd verstaan dat de rechters in de *House of Lords* er in de eerste plaats de voorkeur aan gaven om zich te laten leiden door precedentes in plaats van door algemene rechtsbeginselen, dat zij in de tweede plaats het recht probeerden te verfijnen (door middel van *distinguishing*) eerder dan het te rationaliseren, en tenslotte dat zij het recht eerder probeerden toe te passen zoals het was in plaats van zoals het zou moeten zijn.

9. De zojuist vermelde kritiek leek na verloop van tijd toch, ondanks aanvankelijke tegenkanting, vruchten af te werpen. In de periode tussen 1957 en 1962 bleken de rechters van de *House of Lords* namelijk een actiever, dat wil zeggen een vrijere opstelling dan voorheen aan te nemen ten aanzien van precedentes die van henzelf

(14) LORD WRIGHT, „Precedents”, *The Cambridge Law Journal* 1944, 122. Voor verdere kritiek van rechters uit de *House of Lords*: LORD EVERSHERD, *The Court of Appeal in England*, London, Athlone Press, 1950, 17-18 en LORD COHEN, „Jurisdiction, Practice and Procedure in the Court of Appeal”, *The Cambridge Law Journal* 1951, 11.

(15) LORD WRIGHT, *l.c.*, 144.

(16) R. STEVENS, *Law and Politics: the House of Lords as a Judicial Body 1300-1976*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1979, 320 en 385. Zie verder R. STEVENS, „The Role of a Final Court of Appeal in a Democracy: the House of Lords Today”, *The Modern Law Review* 1965, 519.

afkomstig waren. In 1963 kon dan ook geschreven worden dat „[t]he-
re seems to be less reluctance than formerly in superior courts either
to overrule previous, and sometimes old, precedents, or else to steri-
lize them by the semi-fictions of 'distinguishing' on tenuous grounds
of fact or law by recourse to the doctrine of *incuria*. With the help of a
certain degree of 'judicial valour', new opportunities seem to be
opening up of escaping from the bondage which carries 'consistency'
or 'loyalty' to unprofitable extremes (...)”(17).

10. Drie concrete factoren lijken aan de basis van deze omslag te hebben gelegen.

In de *eerste plaats* vond in die periode een wisseling van de wacht plaats. Vijf nieuwe, wat meer vooruitstrevende rechters deden hun intrede ter vervanging van vijf wat meer behoudende rechters.

In de *tweede plaats* kregen, onder meer daardoor, met name de reeds zittende rechters Lord Denning en Lord Reid meer invloed in de *House of Lords*. Beiden waren bereid om in een conflict tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid, de voorkeur aan argumenten van rechtvaardigheid te geven(18). Los van de vraag of zij in de praktijk deze voorkeur openlijk wisten door te drukken, bleek er in ieder geval over de inhoudelijke kwaliteit van een rechterlijke uitspraak gediscussieerd te kunnen worden.

In de *derde plaats* publiceerde Lord Radcliffe zijn invloedrijke *Rosenthal Lectures*, waarin hij de creatieve en rechtsscheppende rol van de rechter ronduit erkende en vrijuit bediscussieerde. Desondanks gaf Radcliffe zelf omwille van beleidsargumenten de voorkeur aan het tegenover de justitiabelen ontkennen van de rechtsscheppende functie van de rechter. „*If judges prefer the formula — for that is what it is — that they merely declare the law and do not make it, they do no more than show themselves wise men in practice. Their analysis may be weak, but their perception of the nature of the law is sound. Men's respect for it will be greater, the more imperceptible its development.*”(19)

11. Hoe gingen (en gaan) de rechters in de *House of Lords* nu eigenlijk te werk bij het omzeilen van een precedent dat hun niet welgevallig is? Hoe verhoudt een permanent proces van feitelijke rechts-

(17) C.K. ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, Oxford University Press, 1964, 357. Tevens A. PATERSON, *The Law Lords*, London, MacMillan, 1982, 137.

(18) A. PATERSON, *o.c.*, 137.

(19) LORD RADCLIFFE, *The Law and Its Compass*, London, Faber and Faber, 1960, 39.

verandering zich tot het beginsel van *stare decisis*? Hoe gingen (en gaan) de rechters uit de *House of Lords* met andere woorden om met de strikte gebondenheid aan precedenteren? „[W]hat magic at the heart of the system of *stare decisis* can transform a symbol of immobility into a vehicle of change?”(20)

12. Een aantal technieken staan daartoe ter beschikking. Veruit de belangrijkste betreft het zogenaamde „*distinguishing*” van de *ratio decidendi*(21). Zander omschrijft het als volgt: „*It is the business of drawing lines, or seeing how far to take a particular rule and of expanding or contracting the scope of rules to meet new circumstances. The question is always the same — are there any material differences between the facts of the present case and the facts of the precedents to warrant the rule being different?*”(22) Er lijken met name twee verschillende situaties van *distinguishing* te kunnen worden onderscheiden:

- a. Indien er een verschil bestaat tussen de *ratio decidendi* van zaak A en de toepasbaarheid daarvan op het feitencomplex van zaak A', dan doet het maken van een onderscheid tussen beide zaken natuurlijk geen principiële problemen rijzen. Alhoewel het verschil tussen beide gevallen erg subtiel kan zijn, constitueert in dergelijke omstandigheden geval A *slechts ogenschijnlijk* een precedent voor geval A'. De vereiste om geval A te volgen is echter desondanks niet aanwezig. „*A case is only an authority for what it actually decides.*”(23)
- b. Interessanter is echter de situatie waarin blijkt dat de *ratio decidendi* van een beslissing rationeel niet meer te verantwoorden is (bijvoorbeeld omdat het gaat om een slechte beslissing), maar waarin die desondanks bindend is voor andere in relevante opzichten gelijkwaardige zaken. *Distinguishing* biedt in dergelijke omstandigheden vaak soelaas. Het blijkt een middel om onder een ongewenst precedent (*ratio decidendi*) uit te komen, alhoewel dit natuurlijk wel een principiële spanning oplevert met de precedentdoctrine. Vandaar dat herhaald *distinguishing* een bewijs is voor het feit dat de beslissing in een bepaalde zaak niet wordt goedgekeurd.

(20) J. STONE, „The ratio of the ratio decidendi”, *The Modern Law Review* 1959, 597.

(21) De term *distinguishing* zou het beste vertaald kunnen worden als: het onderscheiden. Omdat de term als dusdanig in de Engelstalige én niet-Engelstalige rechtsleer echter een institutionele rol heeft verworven, geef ik er de voorkeur hier het origineel te gebruiken.

(22) M. ZANDER, *The Law-Making Process*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1989, 257.

(23) *Quinn v. Leatham*, [1901] AC 506.

13. Op welke wijze fungeert dit *distinguishing* nu in concreto? Hoe past men dit proces toe in de praktijk?(24) Een rechter kan door *distinguishing* de draagwijdte van een precedent herformuleren. Daartoe staan drie methodes ter beschikking.

In de *eerste plaats* kan de *prima-facie*veralgemeenbaarheid van de *ratio decidendi* worden gereduceerd. Daarmee wordt een rechterlijke beslissing een propositie voor een meer specifiek feitencomplex. Dit is de meest voorkomende techniek.

In de *tweede plaats* kunnen, in vergelijking met de feiten die *prima facie* relevant leken, aanvullende feiten als dragend voor de eerste beslissing worden geïntroduceerd(25). Daarmee wordt het feitelijk onderscheid tussen beide zaken vergroot. Alhoewel het verschil tussen deze twee benaderingen wat academisch lijkt omdat het resultaat ervan identiek is, bestaat het theoretische verschil erin dat de *ratio decidendi* in de tweede situatie dus wel geaccepteerd wordt, terwijl dat in de eerste situatie slechts ten dele het geval is. In ieder geval moet de rechter natuurlijk altijd de mogelijkheid hebben om uitzonderingen te introduceren, ofwel omdat deze uitzonderingen een vergetelheid betreffen van de eerste rechter, ofwel omdat de betreffende feiten niet waren opgenomen in het precedent aangezien daar in de gegeven omstandigheden geen aanleiding toe was(26).

In de *derde plaats* tenslotte kan het precedent geherinterpreteerd worden door te stellen dat wat de rechter in eerste instantie als *ratio decidendi* leek te introduceren, in werkelijkheid slechts een *dictum* was.

14. Het gebruik van deze laatste techniek leidde een cynicus ertoe te stellen dat „*the rule is quite simple: if you agree with the other bloke you say it's part of the ratio; if you don't you say it's obiter dictum, with the implication that he is a congenital idiot.*”(27) De regelmatige aanwezigheid in de Engelse rechtspraak van zogenaamde „*judicial regrets*” — dat zijn frases waarin expliciet wordt gesteld dat men vanwege de aanwezigheid van een precedent tot een bepaalde beslis-

(24) Vgl. R.W.M. DIAS, *Jurisprudence*, London, Butterworths, 1985, 145-146.

(25) Zoals b.v. gebeurde in *Haley v. London Electricity Board*, [1965] AC 778 en *The Wagon Mound (no 2)*, [1967] 1 AC 617.

(26) A.W.B. SIMPSON, „The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, in GUEST, S. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (first Series)*, 166-167.

(27) LORD ASQUITH, „Aspects of the Court of Appeal”, *The Journal of the Society of Public Teachers of Law* 1950, 359.

sing *moet* komen alhoewel men anders zou willen(28) — doet echter vermoeden dat deze evaluatie in het kader van het Engelse recht wat al te overdreven is. Bovendien is het niet voldoende om zomaar een verschil tussen twee zaken aan te duiden om van de techniek van *distinguishing* gebruik te kunnen maken. Het verschil moet in principe namelijk een afdoende motivering bieden om te kunnen constateren dat het (ogenschijnlijke) precedent niet gevolgd hoeft te worden. De motivering voor *distinguishing* moet met andere woorden overtuigen.

15. Een aantal andere technieken om met ongewenste precedents om te gaan, of om alleszins de autoriteit ervan te ondermijnen, zijn(29): stellen dat het precedent berust op een foutieve interpretatie van andere zaken; stellen dat het precedent *per incuriam* werd gevormd, dat wil zeggen dat relevante precedents (of wetgeving) over het hoofd werden gezien; stellen dat het precedent in twijfel wordt getrokken door andere rechters, en bijgevolg weinig autoriteit heeft; stellen dat de redenering en dus de *ratio* van de beslissing onduidelijk is; stellen dat het precedent niet te verenigen valt met andere precedents enz. Het betreft hier technieken die direct betrekking hebben op de inhoud van de betreffende precedents zelf. Andere, meer indirecte argumenten zijn: stellen dat de sociale omstandigheden op grond waarvan de zaak werd besloten zijn veranderd; stellen dat het verslag van het precedent niet betrouwbaar is; stellen dat de beslissing werd bekritiseerd in de rechtsleer, enz.

16. In de periode tussen 1962 tot 1966 bleek het eerder vermelde activistische geluid uit de *House of Lords* zich in sterkere mate door te zetten, alhoewel dit nog steeds niet openlijk werd toegegeven. Het lijkt vooral Lord Reid te zijn geweest die in deze als katalysator van een pleitbezorger voor een meer openlijke verandering in attitude heeft gefunctioneerd. Zo lezen we in een *dictum* in de zaak *Nash v. Tamplin* uit 1952 het volgende: „*My Lords, it is very unsatisfactory to have a grope for a decision in this way, but the need to do so arises from the fact that this House has debarred itself from ever reconsidering any of its own decisions. It matters not how difficult it is to find the ratio decidendi of a previous case, that ratio must be found.*”(30) En in de zaak *Chancery Lane v. IRC* uit 1966 bijvoorbeeld, stelt hij dat „[t]his

(28) Zie voor enkele voorbeelden R. CROSS, en J.W. HARRIS, *o.c.*, 36-38.

(29) Zie hierover met name D. MIERS, en W. TWINING, *How to do Things with Rules*, London, Weidenfeld and Nicholson, 301-303. Zie tevens het overzicht door R. CROSS, „Stare Decisis in Contemporary England”, *The Law Quarterly Review* 1966, 203-214.

(30) [1952] AC 250.

House still regards itself as bound by the rule that it must not reverse or depart from a previous decision of the House. But it would in my view be pedantic and unreasonable to apply that rule to the present case (...).”(31) In een bekende publicatie uit de jaren '70 geeft hij de kern van zijn gedachtengoed over deze aangelegenheid helder weer: „*People want two inconsistent things; that the law be certain, and that it shall be just and shall move with the times. It is our business to keep both objectives in view. Rigid adherence to precedent will not do. And paying lip service to precedent while admitting fine distinctions will give us the worst of both worlds. On the other hand too much flexibility leads to intolerable uncertainty (...) Of course we must have a general doctrine of precedent — otherwise we can have no certainty. But we must find a middle way which prevents precedent being our master.*”(32)

17. In 1966 blijkt de *House of Lords* dan ook officieel bereid om een wat meer ontspannen visie op zijn eigen praktijk aangaande *stare decisis* te aanvaarden. Door middel van het zogenaamde *Practice Statement*, voorgelezen op 26 juli door de *Lord Chancellor*(33) — Lord Gardiner — namens hemzelf en alle andere *Lords of Appeal in Ordinary*(34), werd het nieuwe beleid aangekondigd en uiteengezet(35):

„Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of

(31) [1966] AC 111.

(32) LORD REID, „The Judge as Law-Maker”, *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 1972, 25-26.

(33) De „Lord Chancellor” is rechter in en tevens voorzitter van de *House of Lords* in zowel zijn rechterlijke als wetgevende capaciteit. Hij vervult daarnaast tevens de rol van minister van justitie in de regering, en is bovendien nauw betrokken bij de benoeming van nieuwe rechters. Het betreft dus een opmerkelijke combinatie in één en dezelfde persoon van zowel rechterlijke, wetgevende als uitvoerende macht.

(34) Dat is de officiële benaming voor de rechters die zitting hebben in de *House of Lords*. De officieuze benaming is *Law Lords*.

(35) *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 WLR 1234.

this House as normally binding, to depart from a decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.”

18. De verschillende elementen uit deze verklaring dienen in reliëf te worden geplaatst.

In de eerste plaats blijkt uit de eerste alinea duidelijk dat de *House of Lords* het rechtszekerheidsbeginsel nog altijd als primordiale grondslag ziet voor een systeem van *stare decisis*.

Desondanks blijkt uit de tweede alinea een evolutie naar een situatie waarin precedenten niet langer meer bij voorbaat als juist worden beschouwd. Naar een situatie met andere woorden waarin precedenten, althans in de *House of Lords*, slechts een *vermoeden van juistheid* bezitten. Er kan dus van afgeweken worden. In samenhang met de eerste alinea zal in de praktijk een dergelijk vermoeden echter zeer prominent op de voorgrond treden, dat wil zeggen dat het afwijken van eerdere beslissingen slechts zeer uitzonderlijk zal worden geaccepteerd. In de zaak *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Khawaja* maakte Lord Scarman nog een verhelderende glosse bij deze frase: „*This formula indicates that the House must be satisfied not only that adherence to the precedent would involve the risk of injustice and obstruct the proper development of the law, but also that a judicial departure by the House from the precedent is the safe and appropriate way of remedying the injustice and developing the law. The possibility that legislation may be the better course is one which, though not mentioned in the Statement, the House will not overlook.*”⁽³⁶⁾ Uit deze woorden van Lord Scarman blijkt dat de beslissing om tot *overruling*⁽³⁷⁾ van een precedent over te gaan, vooral een beleidsbeslissing is waarbij vele elementen tegen elkaar moeten worden afgewogen. De vraag of, zoals in dit citaat, niet beter de wetgever moet ingrijpen, is er één van.

(36) [1984] AC 106.

(37) Een adequate Nederlandse vertaling bestaat er niet voor dit woord. Vandaar dat ik hier de Engelse term gebruik.

Uit de derde alinea blijkt vervolgens dat de *House of Lords* een onderscheid wil maken tussen financiële, eigendoms- en handelaangelegenheden en strafrechtelijke kwesties enerzijds, en andere gevallen anderzijds, in die zin dat voor wat betreft de eerstvermelde rechtsgebieden een sterkere precedentwerking zou moeten gelden(38). Het tweede deel van deze derde alinea gaat om het beklemtonen van het legaliteitsbeginsel in het strafrecht, zoals dat traditioneel trouwens in vrijwel alle westerse rechtsstelsels een bijzondere nadruk heeft gekregen(39). *Nulla poena sine praevia lege poenali*.

Uit de vierde alinea tenslotte blijkt dat deze verklaring slechts betrekking heeft op de werking van het beginsel van *stare decisis* in de *House of Lords* zelf, en dat bijgevolg de situatie voor alle andere rechtbanken dezelfde blijft.

19. Aan de pers werd tijdens het voorlezen van dit *Practice Statement* een begeleidende tekst overhandigd:

„Since the House of Lords decided the English case of London Street Tramways v. London County Council [sic](40) in 1898, the House [of Lords] have considered themselves bound to follow their own decisions, except where a decision has been given per incuriam in disregard of a statutory provision or another decision binding on them. The statement made is one of great importance, although it should not be supposed that there will frequently be cases in which the House thinks it right not to follow their own precedent. An example of a case in which the House might think it right to depart from a precedent is where they consider that the earlier decision was influenced by the existence of conditions which no longer prevail, and that in modern conditions the law ought to be different.

One consequence of this change is of major importance. The relaxation of the rule of judicial precedent will enable the House of Lords to

(38) Over de betekenis van vooral het eerste deel van deze alinea (dat over financiële, eigendoms- en handelaangelegenheden) bestond en bestaat veel verwarring. Wat mij betreft gaat het hier om een beleidsoptie die het kapitalistische maatschappijmodel (i.c. de vrije handel) wil ondersteunen, althans niet in gevaar wil brengen. Indien er namelijk geen andere verklaring bestaat voor dit verschil, dan wordt de ratio van deze alinea in het *Practice Statement* hoogst dubieus. Vanuit een principieel standpunt lijkt er namelijk weinig reden om precedënten m.b.t. de handel beter te beschermen dan precedënten die op een andere materie betrekking hebben (wellicht m.u.v. van de belangen van een beschuldigde in het strafrecht, omdat het in dat rechtsgebied gaat om het gebruik van gelegitimeerd overheids-geweld t.a.v. de burger). Deze precedënten kunnen immers evenzeer aanleiding zijn voor het handelen van de burger, en het niet inlossen van verwachtingen terzake is daarom even onrechtvaardig als in handelaangelegenheden.

(39) Zie bv. de art. 12 en 14 van de Grondwet en art. 7 lid 1 van het E.V.R.M.

(40) Zie supra voetnoot 10 voor een juiste weergave van deze zaak.

pay greater attention to judicial decisions reached in the superior courts of the Commonwealth, where they differ from earlier decisions of the House of Lords. That could be of great help in the development of our own law. The superior courts of many other countries are not rigidly bound by their own decisions and the change in the practice of the House of Lords will bring us more into line with them."

20. De belangrijkste reden om tevens deze begeleidende verklaring uit te vaardigen lijkt te zijn dat de rechters van de *House of Lords* er nog eens extra de nadruk op wilden leggen dat het gebruik van de mogelijkheid om af te wijken van eerdere eigen beslissingen slechts zeer spaarzaam gebruikt zal worden, en dat met andere woorden het rechtszekerheidsargument als eerste en belangrijkste grondslag voor het Engelse stelsel van *stare decisis* zal blijven functioneren.

21. In de jaren na de afkondiging van het *Practice Statement* blijkt zich een ontwikkeling voor te doen waarin, wederom onder impuls van Lord Reid, wat meer concrete criteria totstandkomen over hoe met de nieuw verworven vrijheid om te gaan. De meeste van deze criteria zijn negatief geformuleerd („er mag *niet* tot *overruling* van een precedent worden overgegaan indien enz.”), en slechts een beperkt aantal positief. Uit een serie zaken na 1966 zijn een tiental dergelijke niet-bindende (en elkaar deels overlappende) richtlijnen of criteria af te leiden(41):

1. De vrijheid die volgt uit het *Practice Statement* dient slechts beperkt te worden gebruikt(42). Deze richtlijn volgde al duidelijk uit het *Practice Statement* zelf en tevens uit de daarbij horende persverklaring, waarin het belang van de rechtszekerheid werd beklemtoond.
2. Een precedent dient *niet* te worden *overruled*, indien dat zou leiden tot het frustreren van de gerechtvaardigde verwachtingen van diegenen die al daadwerkelijk in afdwingbare overeenkomsten of regelingen („*settlements*”) zijn getreden, of die anderszins regelingen hebben getroffen op basis van een precedent(43).

(41) Zie hierover met name het onderzoek van A. PATERSON, *The Law Lords*, London, MacMillan, 1982, 156-157 en J.W. HARRIS, „Towards Principles of Overruling — When Should a Final Court of Appeal Second Guess?”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1990, 135-199. Tevens R. CROSS en J.W. HARRIS, *o.c.*, 135-143.

(42) Zie *Jones v. Secretary of State for Social Services*, [1972] AC 966.

(43) Zie *Ross Smith v. Ross Smith*, [1963] AC 303 en *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 AC 69.

Alhoewel het als dusdanig niet expliciet wordt vermeld in het *Practice Statement*, blijkt uit dit criterium een erkenning van het vertrouwensbeginsel als één van de redenen voor een systeem van *stare decisis*. Dat beginsel heeft immers vooral betrekking op het niet frustreren van de burger die reeds gehandeld heeft op basis van door het recht gewekte verwachtingen. Het hangt nauw samen met de frase uit het *Practice Statement* dat „[their Lordships] will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into (...)”. In de praktijk heeft zich tot op vandaag echter nog geen geval voorgedaan waarin werd gesteld dat deze frase de reden was om een beslissing anders te nemen dan indien de frase niet in het *Practice Statement* zou staan opgenomen. Integendeel, zowel belasting als commerciële gevallen werden reeds *overruled*(44). Het is daarom meer aannemelijk dat het vertrouwensbeginsel als beperkend criterium voor het *overrulen* van precedenten in zijn algemeenheid van kracht is, dus ongeacht het rechtsgebied waar het betrekking op heeft. Ook principieel is een dergelijke visie meer overtuigend. Wanneer een justitiabele voorzieningen heeft getroffen op basis van precedenten die betrekking hebben op andere rechtsgebieden dan de vermelde, is er immers evenzeer, zoals dat ook bij commerciële belangen het geval is, sprake van een belang dat tegen *overruling* pleit.

3. Een precedent dat betrekking heeft op de betekenis van wetteksten of andere geschreven documenten dient in principe *niet* te worden *overruled*(45). Dit criterium lijkt te zijn gebaseerd op de vooronderstelling dat indien de wetgever op een bepaalde wijze iets heeft gewild, het niet aan niet-democratisch verkozen rechters is om daar op terug te komen. Dit criterium vloeit wellicht voort uit de in ieder geval tot voor kort in de Engelse rechtspraak prominent aanwezige opvatting dat uit de wettekst zelf de betekenis van een bepaling onproblematisch kan worden afgeleid.

(44) Zo betrof de zaak *Vestey v. Inland Revenue Commissioners*, [1980] AC 1148, een belastingzaak. En ondanks dat de *House of Lords* in de zaak *The Hannah Blumenthal*, [1983] 1 AC 854, de nood aan rechtszekerheid in commerciële aangelegenheden nog eens benadrukte, gaf hij in deze zelfde zaak tevens aan dat dergelijke overwegingen alleen niet afdoende waren om niet tot *overruling* over te gaan. En inderdaad, zowel in de zaak *The Johanna Oldendorff*, [1974] AC 479, als in *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.*, [1976] AC 443, ging het om commerciële aangelegenheden.

(45) Zie *Jones v. Secretary of State for Social Services*, [1972] AC 966.

Vandaar ook dat lange tijd de wetsgeschiedenis niet als hulp bij interpretatie mocht fungeren(46).

4. a) Een precedent dient *niet* te worden *overruled* indien het niet mogelijk is de consequenties daarvan te overzien(47). Een rechtscollege is natuurlijk minder dan een wetgevend orgaan in staat om de volle consequenties van een beslissing te overzien, omdat het niet, zoals bijvoorbeeld een parlement dat kan hebben, de uitgebreide onderzoeksfaciliteiten en informatie ter beschikking heeft staan die nodig zijn om beslissingen met verregaande maatschappelijke consequenties te nemen(48).
- b) Een precedent dient *niet* te worden *overruled* indien dat tevens een meeromvattende verandering van het recht met zich mee zou brengen. Dergelijke veranderingen worden beter door het parlement geïnitieerd(49). Zo stelde Lord Scarman in de zaak *Pirelli* dat „*the reform needed is not the substitution of a new principle or rule of law for an existing one but a detailed set of provisions to replace existing statute law. The true way forward is not by departure from precedent but by amending legislation.*”(50) In de zaak *Dick v. Burgh of Falkirk* was het daarentegen duidelijk, aldus Lord Wilberforce, dat „*this particular issue stands by itself, [and] can be dealt with by judicial decision and needs to be so dealt with if justice is to be done to the present appellant.*”(51) Criterium 4a en 4b zijn met elkaar verwant, omdat bij beide criteria veel zal afhangen van het antwoord op de vraag of het precedent dat ter beoordeling voorligt al dan niet geïsoleerd, dat wil zeggen zonder verdere consequenties, kan worden behandeld.
5. Een precedent mag *niet* worden *overruled* louter en alleen omdat de rechters van de *House of Lords* van mening zijn dat het een

(46) Sinds 1992 mag dit echter wel. Zie hierover de zaak *Pepper v. Hart*, [1993] 1 All ER 42, en D. MIERS, „Taxing Perks and Interpreting Statutes: *Pepper v. Hart*”, *The Modern Law Review* 1993, 659-710; J. BATES, „Judicial Application of *Pepper v. Hart*”, *Journal of the Law Society of Scotland* 1993, 251-255; S.C. STYLES, „The Rule of Parliament: Statutory Interpretation after *Pepper v. Hart*”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, 151-158 en J.C. JENKINS, „*Pepper v. Hart*: A Draftman’s Perspective”, *Statute Law Review* 1994, 23-30.

(47) Zie *Steadman v. Steadman*, [1976] AC 542.

(48) Het is desondanks natuurlijk maar de vraag in hoeverre parlementen effectief gebruik maken van deze onderzoeksfaciliteiten.

(49) Zie *DPP v. Meyers*, [1965] AC 1022; *Cassell v. Broome*, [1972] AC 1086 en *Haughton v. Smith*, [1975] AC 500.

(50) [1983] 2 AC 19.

(51) [1976] SLT 24.

intrinsiek onjuist precedent is. Er moeten nog aanvullende redenen zijn om tot *overruling* over te gaan⁽⁵²⁾, en er moet bovendien sprake zijn van een nettoverbetering van het recht. Er bestaat een band tussen dit criterium en de criteria 4a en 4b. Het antwoord op de vraag of de *House of Lords* ervan overtuigd is dat het mogelijk is door *overruling* tot een nettoverbetering van het recht te komen, zal immers mede afhangen van de vraag of de geviseerde rechtsregel op zichzelf staat dan wel of er tevens een meeromvattende verandering van het recht nodig is waarvan de consequenties niet te overzien zijn voor een rechtscollege. Ook de twee elementen uit criterium vijf („aanvullende redenen” en „nettoverbetering”) hebben in die zin op elkaar betrekking. Indien er namelijk een aanvullende reden bestaat om een precedent te *overrulen*, kan deze reden tevens de nettoverbetering inhouden. Hoe dan ook, de *House of Lords* zal in principe dus niet tot *overruling* overgaan indien de redenen die nu naar voren worden geschoven voor de nieuwe beslissing dezelfde zijn als die voorheen gebruikt werden om tot de eerdere beslissing te komen. Dat wil met name zeggen: 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 dezelfde zijn. Zelfs indien de huidige rechters van mening zijn dat de eerste beslissing onjuist was, kan dat immers niet meer dan een bewijs vormen voor de mogelijkheid van twee visies. Indien dat niet het geval zou zijn, zou dat immers tot resultaat kunnen hebben dat de *House of Lords* door middel van beslissing A' afwijkt van beslissing A, en dat vervolgens datzelfde Hof in een nieuwe samenstelling opnieuw beslissing A in ere herstelt. Een zelfde redenering is terug te vinden in de opinie van Lord Wilberforce in de zaak *Fitzleet Estates Ltd. v. Cherry (Inspector of Texas)*, waarin de beslissing niet unaniem werd genomen, maar slechts bij een meerderheid van drie van de vijf rechters: „*Nothing could be more undesirable, in fact, than to permit litigants, after a decision has been given by this House with all appearances of finality, to return to this House in the hope that a differently constituted committee might be persuaded to take the view which its predecessors rejected. True that the earlier decision was by a majority: I say nothing as to its correctness or as to the validity of the reasoning by which it was supported. That there were two eminently possible views is shown by the support for each by at*

(52) Zie *Knulier v. DPP*, [1973] AC 455.

any rate two members of the House. But doubtful issues have to be resolved and the law knows no better way of resolving them than by the considered majority opinion of the ultimate tribunal. It requires much more than doubts as to the correctness of such opinion to justify departing from it."(53) Criterium vijf is dus geen uiting van het feit dat, zoals een Schotse rechter in de *House of Lords* het omschreef, „*some judges are like the old bishop who having begun to eat the asparagus at the wrong end did not choose to alter*”, maar eerder een uiting van het besef dat het gebruik van de bevoegdheid die voortvloeit uit het *Practice Statement* tevens een kwestie is van rechterlijk beleid waarin meerdere aspecten van belang zijn dan alleen maar juridisch-inhoudelijke overwegingen. Overigens stelde Lord Wilberforce dat de beoordeling of een bepaalde zaak al dan niet 'onjuist' was in het licht van de huidige omstandigheden moest plaatsvinden: „*My Lords, even if I were inclined to question some of the arguments used in the speeches, I should find it inappropriate and unnecessary to say that, in the circumstances of the time and on the arguments and authorities presented, the decision was wrong or is open to distinction or explanation. What we can do, and what is our responsibility, is to consider whether this decision, clear and comparatively recent, should be regarded as a binding precedent in today's circumstances. For that purpose, it is permissible to examine the speeches in order to understand the considerations upon which the opinions there reached were based, for the ultimate purpose of seeing whether there have emerged fresh considerations which might have appealed to those who gave those opinions and so may appeal to their successors.*”(54) De eis dat zowel een aanvullende reden als nettoverbetering van het recht moeten voorliggen alvorens tot *overruling* over te gaan, legt duidelijk de nadruk op het rechtszekerheidsbeginsel als een van de belangrijkste beleidsoverwegingen om aan een eerder strikte precedentwerking van rechterlijke uitspraken te houden.

6. Een precedent dient te worden *overruled* indien het in de praktijk een dusdanige rechtsonzekerheid bewerkstelligt dat het onmogelijk blijkt om te zeggen wat de stand van het recht op dat moment

(53) [1977] 3 All ER 999.

(54) *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.*, [1975] AC 460.

is(55). Dit criterium houdt in zekere zin tevens een maatstaf in waarmee een nettoverbetering van het recht, zoals vermeld in het vorige criterium, gemeten kan worden.

7. Een precedent dient te worden *overruled*, indien het vanuit het standpunt van een „*broad issue*” of beginsel niet rechtvaardig of juist blijkt te zijn, of indien het niet langer in overeenstemming blijkt te zijn met sociale omstandigheden of moderne opvattingen van beleid(56). Ook dit criterium kan, evenals het vorige, een maatstaf inhouden die kan instaan voor een invulling van de onder criterium vijf vermelde voorwaarde dat er van een nettoverbetering van het recht sprake moet zijn of dat er aanvullende redenen moeten zijn om tot *overruling* te kunnen overgaan. Dit criterium lijkt overigens niet te verwijzen naar de situatie waarin een bepaalde rechtsregel, die over het algemeen genomen bevredigend functioneert, ten aanzien van een specifieke situatie een bepaalde onrechtvaardigheid impliceert. Het heeft dus eerder betrekking op de situatie waarin een bepaalde rechtsregel ten aanzien van een hele groep verschillende gevallen onrechtvaardigheid inhoudt. Beide elementen uit de eerste alinea van het *Practice Statement* waarin wordt gesteld dat een ongewenst precedent kan leiden tot „*[a] injustice in a particular case and [b] also unduly restrict the proper development of the law*”, lijken dus in samenhang met elkaar te moeten worden gelezen.
8. In het strafrecht dient meer dan in andere rechtstakken een bijzondere nadruk op de rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel te worden gelegd(57). Dit criterium werd eveneens, zoals het tweede criterium, reeds expliciet in het *Practice Statement* geformuleerd. Harris relateert dit criterium enigszins door te stellen dat deze nadruk op het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel (in concreto: het verbod van retroactiviteit) in het strafrecht niet principieel verder zou mogen reiken dan in andere rechtstakken(58). Dat lijkt mij echter een misplaatste evaluatie te zijn. In zijn algemeenheid gaan in het strafrecht de vereisten van vertrouwen („*justified reliance*”) en rechtszekerheid — zoals vorm gegeven door het legaliteitsbeginsel — wel degelijk verder

(55) Zie *Jones v. Secretary of State for Social Services*, [1972] AC 966 en *Oldendorff & Co. v. Tradex Export S.A.*, [1974] AC 533 en 535.

(56) Zie *Jones v. Secretary of State for Social Services*, [1972] AC 966 en *Conway v. Rimmer*, [1968] AC 938.

(57) Desondanks bestaan er strafrechtelijke zaken die werden „*overruled*”. Zo bijvoorbeeld *R. v. Shivpuri*, [1987] AC 1 en *R. v. Howe*, [1987] AC 560.

(58) J.W. HARRIS, „Towards Principles of Overruling”, *l.c.*, 175.

dan in andere rechtstakken. Het mogelijke gebruik door de overheid van gelegitimeerd *geweld* vereist wat mij betreft immers bijzondere bescherming van de justitiabelen(59). Dat wordt als dusdanig trouwens ook erkend door de artikelen 12 en 14 van de Grondwet en artikel 7 lid 1 van het E.V.R.M.

9. Indien het parlement bewust bepaalde wetgeving heeft uitgevaardigd *na* het als onbevredigend ervaren precedent, kan dit, indien het precedent door deze wetgeving niet expliciet werd verworpen, tevens inhouden dat dit precedent volgens het parlement (hoewel impliciet) werd geacht het juiste recht te vertegenwoordigen. Een dergelijk precedent lijkt *niet overruled* te mogen worden(60). Dit argument vloeit voort uit de doctrine van de parlementaire soevereiniteit. Dit criterium is mijns inziens echter wat problematisch omdat het uitgaat van hypothesen over wat het parlement impliciet zou hebben bedoeld.
10. Een precedent dient *niet* te worden *overruled* indien het op basis van de feiten van het voorliggende geval geen verschil zou maken voor de uitkomst ervan. Dit criterium lijkt voort te vloeien uit het feit dat de principiële en primaire taak van een gerechtshof erin bestaat geschillen te beslechten, en niet, hoewel onvermijdelijk en inherent aan deze taak verbonden, recht te vormen. Dit impliceert een bepaalde terughoudendheid.

22. Al deze criteria, gelezen in samenhang en tegen elkaar afgewogen, geven onder meer uiting aan het gevoel dat rechters een bepaalde terughoudendheid dienen in acht te nemen bij het eventueel *overrulen* van precedents, enerzijds om het belang van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel niet te schaden, en anderzijds om niet al te zeer in de plaats van democratisch verkozen wetgevers te treden. Met dit besef in het achterhoofd zal in concreto een precedent slechts opzij gezet mogen worden indien een verbetering van het recht er het gevolg van is, en indien er geen andere redenen zijn om het precedent desondanks in stand te houden. Vanuit deze optiek zal met name criterium vijf het uitgangspunt vormen voor de beoordeling om al dan niet tot *overruling* over te gaan. Het simpele feit dat een precedent als intrinsiek onjuist wordt ervaren vormt daar alleszins *geen* afdoende reden voor. Indien dat wel het geval zou zijn, zou dit

(59) Zie reeds *supra* voetnoot 38.

(60) Zie b.v. *British Railways Board v. Herrington*, [1972] AC 897, 904 en 921; *President of India v. La Pintada Compania Navigacion SA*, [1985] AC 130 en *Knüller Ltd. v. DPP*, [1973] AC 465-466, 489 en 496.

inderdaad de afwezigheid van enige vorm van formele precedentwerking tot gevolg hebben en bijgevolg leiden tot een loutere billijkheids- en rationaliteitstoetsing.

23. Paterson kwam tot de conclusie dat tussen 1966 en 1980 de *House of Lords* 29 maal werd uitgenodigd om een van zijn precedentes te *overrulen*. Acht van deze verzoeken werden daadwerkelijk ingewilligd en in een tiental andere gevallen bleek in ieder geval minstens één van de rechters bereid om tot *overruling* over te gaan.

Harris komt tot een ander resultaat. Hij meent dat er in 1990 slechts sprake is van acht gevallen van *overruling*. Het verschil kan worden verklaard door het feit dat Harris slechts die gevallen in zijn beschouwing betreft waarin *expliciet* sprake is van *overruling*. Paterson daarentegen rekende tevens de gevallen mee waarin de rechters van de *House of Lords* weliswaar niet expliciet in hun opinies hebben gezegd dat er sprake was van *overruling*, maar waarvan ze in persoonlijke interviews met hem hebben toegegeven dat er desondanks wel sprake van was⁽⁶¹⁾.

Er bestaat natuurlijk een belangrijk verschil tussen het expliciet of impliciet opzij zetten van rechtspraak. Zaken die expliciet worden *overruled*, kunnen niet meer als precedent worden ingeroepen, hetgeen bij zaken waarbij dit slechts impliciet gebeurt wel nog het geval is. Om verwarring te voorkomen, geniet expliciete *overruling* daarom de voorkeur. Hoe dan ook, Paterson toonde tevens aan dat in een ruim aantal andere gevallen de rechters uit de *House of Lords* er de voorkeur aan leken te geven om door middel van *distinguishing* het gewenste resultaat te bereiken.

24. In de literatuur bestaat er overigens nogal wat verschil van mening met betrekking tot de kwalitatieve waardering van de ontwikkelingen na 1966.

Zo kan men in de editie uit 1977 van de monografie *Precedent in English Law* lezen dat „*it does seem that a jurisprudence of overruling is developing at the highest level and, for this reason alone, the 1966 Statement must be regarded as a legal event of considerable significance.*”⁽⁶²⁾

In 1985 daarentegen staat in een ander handboek te lezen dat „*[n]ot until 1974 did the House of Lords refuse to follow an earlier decision*

(61) J.W. HARRIS, „Towards Principles of Overruling”, *l.c.*, 140 n. 27 en J.W. HARRIS, „Murphy makes it Eight — Overruling comes to Negligence”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1991, 416-430.

(62) R. CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, 135.

of its own, and only once since has the new power been invoked. Dogma has changed: little else.”(63)

Hoewel deze laatste evaluatie door Lloyd of Hampstead en Freeman cijfermatig weliswaar niet helemaal correct is(64), blijkt dat de praktische relevantie van het *Practice Statement* door verschillende auteurs totaal anders wordt gepercipieerd. Het onderzoek van Paterson en het onderzoek van Harris tonen duidelijk aan dat in vergelijking met de jaren vóór 1960, toen zelfs het spreken over de mogelijkheid tot *overruling* taboe bleek, er minstens van een belangrijke mentaliteitswijziging sprake is. Het is inmiddels duidelijk dat er na 1966 weliswaar geen vloedgolf van *overruling* is ontstaan, maar dat er desondanks genoeg bewijs bestaat om te kunnen stellen dat de verandering verder gaat dan loutere retoriek.

III. Stare decisis in de Court of Appeal

25. Een onderzoek naar de werking van *stare decisis* in de *Court of Appeal* moet worden opgesplitst in twee deelvragen: a) is de *Court of Appeal* gebonden aan beslissingen van de *House of Lords*? en b) is de *Court of Appeal* gebonden aan eigen beslissingen? Deze vragen worden hier afzonderlijk en achtereenvolgens behandeld(65).

(63) LORD LLOYD OF HAMPSTEAD en M.D.A. FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London, Stevens and Sons, 1985, 1104. Tevens sceptisch over de praktische relevantie van het *Practice Statement* waren L.V. PROT, „When Will a Superior Court Overrule Its Own Decision”, *Australian Law Journal* 1978, 304; R. STEVENS, *Law and Politics: the House of Lords as a Judicial Body 1300-1976*, London, Weidenfeld and Nicholson, 1979, 617-621 en J. STONE, *Precedent and Law: Dynamics of Common Law Growth*, Sydney, Butterworths, 1985, 172-218.

(64) Harris maakt er namelijk terecht gewag van dat er in 1985 reeds vijf gevallen van expliciete 'overruling' bekend waren. J.W. HARRIS, „Towards Principles of Overruling”, *l.c.*, 136.

(65) Zie over dit onderwerp A.L. GOODHART, „Precedents in the Court of Appeal”, *The Cambridge Law Journal* 1947, 349-365; R.N. GOODERSON, „The Rule in *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd.*”, *The Cambridge Law Journal* 1950, 432-445; J. STONE, „On the Liberation of Appellate Judges. How not to do it”, *The Modern Law Review* 1972, 449-477; R. CROSS, „The House of Lords and the Rules of Precedent”, in P.M.S. HACKER en J. RAZ (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A.Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, 145-160; C.E.F. RICKETT, „Precedent in the Court of Appeal”, *The Modern Law Review* 1980, 136-158; H. CARTY, „Precedent and the Court of Appeal: Lord Denning's views explored”, *Legal Studies* 1981, 68-76; P. WATCHMAN, „Palm Tree Justice and the Lord Chancellor's Foot”, in *Justice, Lord Denning and the Constitution*, P. WATCHMAN en P. ROBSON (eds.), Westmead, Gower, 1981, 1-44; P. ALDRIDGE, „Precedent in the Court of Appeal — Another View”, *The Modern Law Review* 1984, 187-200; D. VONG, „Binding precedent and English judicial law-making”, *Jura Falconis* 1984-85, 318-346; M. ZANDER, *o.c.*, 188-208 en R. CROSS en J.W. HARRIS, *o.c.*, 108-116 en 143-154.

Alvorens dat te doen is het echter van belang te vermelden dat de *Court of Appeal* een centrale rol speelt bij de supervisie van de lagere rechtbanken, gezien het zeer beperkt aantal zaken dat van de *Court of Appeal* doorstroomt naar de *House of Lords* en het grote aantal gevallen dat de *Court of Appeal* zelf in behandeling neemt. Zij speelt daardoor ook een centrale rol bij het instandhouden of afbreken van de werking van *stare decisis* zoals in het vorige onderdeel beschreven.

26. Uitgangspunt van een begin van antwoord op de beide vragen die in dit onderdeel aan de orde zijn, moet natuurlijk de vierde alinea van het hiervoor geciteerde *Practice Statement* uit 1966 zijn: „*This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.*” Dit betekent dat de *House of Lords* van mening is dat de *Court of Appeal* de plicht heeft om ieder precedent van de *House of Lords* of *Court of Appeal* zelf te volgen(66), en bijgevolg niet zelf de bevoegdheid dient te hebben om tot *overruling* over te gaan.

A. GEBONDENHEID AAN DE HOUSE OF LORDS

27. Wat deelvraag a) betreft is men in de *Court of Appeal* zelf niet altijd even gelukkig geweest met een aan de *House of Lords* ondergeschikte rol. Het is vooral Lord Denning geweest die, in zijn functie van *Master of the Rolls*(67), door middel van wat wel eens werd beschreven als een „*one man crusade*”(68), de *Court of Appeal* heeft willen bevrijden van de ketenen van gebondenheid aan beslissingen van de *House of Lords*.

28. In 1972 deed zich een eerste gelegenheid voor waarin deze kwestie expliciet aan de orde kwam. In de zaak *Broome v. Cassel Co. Ltd.*(69) ging het concreet om de vraag of de *Court of Appeal* gebonden was door de eerdere uitspraak uit 1964 van de *House of Lords* in *Rookes v. Barnard*(70). De *Court of Appeal*, onder voorzitt-

(66) C.E.F. RICKETT, „Precedent in the Court of Appeal”, *The Modern Law Review* 1980, 137.

(67) De *Master of the Rolls* is lid en voorzitter van de burgerlijke afdeling van de *Court of Appeal*. Eerder was Lord Denning lid van de *House of Lords*. Omdat hij echter van mening was dat hij meer invloed op de ontwikkeling van het recht kon uitoefenen in de *Court of Appeal*, maakte hij een overstap.

(68) Door Lord Diplock in *Davis v. Johnson*, [1979] AC 325.

(69) [1971] 2 QB 354.

(70) [1964] AC 1129.

terschap van Lord Denning, kwam unaniem tot de conclusie dat dit niet het geval was, en wel om twee redenen.

In de *eerste plaats* omdat de *House of Lords* in 1964 zelf nog gebonden was aan eigen uitspraken. Deze had daarom destijds niet de bevoegdheid om door hemzelf gevestigde beginselen van *common law* opzij te zetten, zoals hij volgens de *Court of Appeal* in *Rookes* wel degelijk had gedaan. De beslissing was vanuit dat standpunt dus niet terecht genomen en kon dan ook niet, aldus nog de *Court of Appeal*, bindend zijn.

In de *tweede plaats* werd, opnieuw volgens de *Court of Appeal*, de beslissing in *Rookes* gedaan *per incuriam* geweest. Dat wil zeggen dat relevante precedentes (óf wetgeving) over het hoofd werden gezien bij het vellen van het arrest. De beslissing was daardoor „*hopelessly illogical and inconsistent*”(71) en „*in conflict with the basic rules governing the law in this country and (...) unworkable in practice.*”(72)

29. De zaak ging in beroep bij de *House of Lords*, en dit Hof bleek ondubbelzinnig over dit standpunt van de *Court of Appeal*. Lord Hailsham of St. Marylebone, de *Lord Chancellor*, was van mening dat „*[i]t is necessary to say something of the direction [of Lord Denning] to judges of first instance to ignore Rookes v. Barnard as 'unworkable'. As will be seen when I come to examine Rookes v. Barnard in the latter part of this opinion, I am driven to the conclusion that when the Court of Appeal described the decision in Rookes v. Barnard as decided 'per incuriam' or 'unworkable' they really only meant that they did not agree with it. But, in my view, even if this were not so, it is not open to the Court of Appeal to give gratuitous advice to judges of first instance to ignore decisions of the House of Lords in this way (...) and I hope it will never be necessary to say so again, that, in the hierarchical system of courts which exists in this country, it is necessary for each lower tier, including the Court of Appeal, to accept loyally the decisions of the higher tiers.*”(73) Alle andere rechters in de *House of Lords* sloten zich bij deze visie aan. Opmerkelijk genoeg was de *House of Lords* echter met de *Court of Appeal* van mening dat de beslissing in *Rookes* inderdaad gedateerd was, en de uiteindelijke beslissing in de *House* zelf was daarom dezelfde als die van de *Court of Appeal*.

(71) [1971] 2 QB 381.

(72) *Ibid.*, 397.

(73) [1972] AC 1054 (cursivering toegevoegd).

30. Cross heeft er overigens terecht op gewezen dat het woord „*necessary*” in de zojuist aangehaalde frase niet slechts imperatief gebruikt wordt, maar ook in de betekenis van essentieel voor het functioneren van het Engelse rechtssysteem. Wanneer één enkele beslissing kan bepalen wat het recht in een bepaalde aangelegenheid is, dan moet de hoogste rechter noodzakelijk het laatste woord hebben, en alle andere rechtbanken dienen de beslissing van deze hoogste rechter dan ook in alle opzichten te volgen. Hoezeer zij ook van mening zijn dat de betreffende uitspraak niet juist is(74). Er is met andere woorden dus niet slechts sprake van een '*sein*', maar tevens van een '*sollen*'.

31. Ondanks de duidelijke terechtwijzing door de *House of Lords* bleef men in de *Court of Appeal*, op instigatie van opnieuw Lord Denning, verder strijden voor een meer vrije en zelfstandige positie ten opzichte van de *House of Lords*. De twee zaken waarin deze kwestie opnieuw aan de orde kwam, waren *Schorsch Meier GmbH v. Hennin*(75) en *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd*(76).

Concreet had de eerste zaak betrekking op de vraag of de *Court of Appeal* een beslissing van de *House of Lords* moest volgen waarin werd gesteld dat Engelse rechtbanken geen vonnis mochten vellen in buitenlandse valuta(77). Omdat een schuldeiser volgens deze regel slechts voldoening kon vinden op de datum van het vonnis in het equivalent van Pond Sterling zoals overeengekomen in het contract, kon dit in tijden van inflatie buitengewoon nadelig uitpakken. Aangezien de *per-incuriam*redenering in *Broome v. Cassel* had gefaald, gooide de *Court* het in *Schors Meier* over een andere boeg. Hij erkende in de eerste plaats dat de betreffende regel inderdaad een regel van Engels recht was. Desondanks stelde hij dat op grond van het toenmalige artikel 106 van het EEG-Verdrag(78) de regel kon worden

(74) R. CROSS, „The House of Lords and the Rules of Precedent”, in *Law, Morality and Society, o.c.*, 147.

(75) [1975] 1 QB 416.

(76) [1975] 1 QB 487 en [1976] AC 443.

(77) Zie *Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd*. [1961] AC 1007.

(78) „Elke Lid-Staat verbindt zich, om in de valuta van de Lid-Staat waarin de schuldeiser of de begunstigde verblijf houdt, de betalingen welke betrekking hebben op het goederen-, diensten- en kapitaalverkeer, evenals de overmaking van kapitaal en loon, toe te staan, voor zover het goederen-, diensten-, kapitaal- en personenverkeer tussen de Lid-Staten met toepassing van dit Verdrag is vrijgemaakt.

De Lid-Staten verklaren zich bereid hun betalingen in een ruimere mate vrij te maken dan in de voorgaande alinea is bepaald, voor zover hun economische toestand in het algemeen en de toestand van hun betalingsbalans in het bijzonder zulks toelaten.”

opzij gezet, aangezien dat artikel „*by statute part [is] of the law of England*” (79).

Lord Denning ging echter veel verder dan dat. Hij was van mening dat aangezien de redenen die hadden geleid tot het inroepen van de betreffende regel niet meer aanwezig waren, de regel verouderd was en daardoor ook geen geldige rechtsregel meer kon zijn. „*Why have we in England insisted on a judgement in sterling and nothing else? It is, I think, because of our faith in sterling. It was a stable currency which had no equal. Things are different now. Sterling floats in the wind. It changes like a weathercock with every gust that blows. So do other currencies. This change compels us to think again on our rules. (...) [The] reasons for the rule have now ceased to exist (...) Seeing that the reasons no longer exist, we are at liberty to discard the rule itself. Cessante razione legis cessat ipsa lex.*” (80)

Lawton LJ kon zich bij deze redenering evenwel niet aansluiten en achtte zich gebonden aan de *House of Lords*. „*It is disturbing to find that a rule which does injustice to a foreign trader is founded on archaic legal nonsense. (...) It is, however, my duty to apply the law, not to reform it. I have reluctantly been driven to the conclusion that (...) this must be deemed to have been approved and followed by the House of Lords in Re United Railways of the Havana and Regla Warehouse Ltd.*” (81)

32. Slechts enkele dagen later, in de zaak *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.* voor de *High Court*, vond Bristow LJ zich met een gelijkaardige zaak geconfronteerd.

Bristow was van mening dat „*[the] speeches in the House of Lords in Broome’s case constrain me in the circumstances to hold that the rule of law that my judgement can only be expressed in sterling is still of full force and effect, since Parliament has not altered it, nor has the House of Lords itself under its 1966 declaration. (...) Whether I think the rule to be good, bad or indifferent, I am bound to apply it, and for the purposes of this judgement there is no point in expressing my view of the merit or otherwise of the rule.*” (82)

(79) *Schors Meier GmbH v. Hennin*, [1975] 1 QB 426.

(80) *Ibid.*, 425.

(81) *Ibid.*, 430.

(82) [1975] 1 QB 492.

In beroep bij de *Court of Appeal* werd de beslissing evenwel omgekeerd en werd vonnis gegeven in Zwitserse Francs op grond van het feit dat de *Court* was gebonden aan de eigen beslissing in *Schors Meier*(83).

33. Opnieuw ging de zaak naar de *House of Lords*. Vier van de vijf *Law Lords* stelden inderdaad dat de regel uit de *United-Railways*zaak was verouderd, en de beslissing van de *Court of Appeal* werd bijgevolg bevestigd. Tevens werd er echter felle kritiek geleverd op de *cessante*-redenering die de *Court of Appeal* had gehanteerd in *Schors Meier*. Lord Simon bijvoorbeeld, stelde dat „[s]ince the *Court of Appeal* is absolutely bound by a decision of the *House of Lords* (...) it would be surprising if the meaning and application of the maxim „*cessante razione*” were really that accepted by the majority of the *Court of Appeal* in *Schors Meier* (...) For as such it would enable any court in the land to disclaim any authority of any higher court on the ground that the reason which had led to such higher court’s formulation of the rule of law was no longer relevant. A rule rooted in history could be rebunked because history is the bunk of the past.”(84) Merk op dat Lord Simon zich in deze redenering slechts richt op de betekenis van het *cessante*beginsel zoals dat door de *Court of Appeal* werd begrepen. Lord Cross was echter stilliger en verwierp de redenering van de *Court of Appeal*, ongeacht de betekenis van het *cessante*beginsel: „It is not for any inferior court — be it a county court or a division of the *Court of Appeal* presided over by Lord Denning — to review decisions of this House. Such a review can only be undertaken by this House itself under the declaration of 1966. I think it was wrong for the *Court of Appeal* to follow the *Schors Meier* decision.”(85) En Lord Wilberforce, waar alle andere *Law Lords* zich bij aansloten, stelde dat „[i]t has to be reaffirmed that the only judicial means by which decisions of this House can be reviewed is under the declaration of 1966.”(86)

(83) [1976] AC 443.

(84) *Ibid.*, 472.

(85) *Ibid.*, 496.

(86) *Ibid.*, 459. Een opmerkelijke echo van deze discussie, met name van Lord Dennings benadering, dook op in 1989, toen de *Court of Appeal* besliste dat het een arrest uit 1891 van de *House of Lords* niet hoefde te volgen omdat dat verouderd was: „[W]e hold that the rule in *Smith v. Baker & Sons* ought no longer be applied. We are conscious that it may seem a strong thing for this court to hold thus of a rule established by the *House of Lords*, albeit one enfeebled by exceptions, the statutory support which gave it life at last turned off. But, where it can see that the decision of the higher court has become obsolete, the lower court, if it is not to deny justice to the parties in the suit, is bound to say and to act accordingly.” *Pittalis v. Grant*, [1989] 2 All ER 622. Daarenboven weigerde de *Court of Appeal* de verliezende partij beroep bij de *House of Lords*.

B. GEBONDENHEID AAN EIGEN BESLISSINGEN

34. De geschiedenis met betrekking tot deelvraag b) begint met de zaak *Young v. Bristol Aeroplane Co.* uit 1944(87). Daarin werd bevestigd, door de *Court of Appeal* zelf, dat deze inderdaad gebonden was aan eigen beslissingen(88). Daarop werden door Lord Greene evenwel drie uitzonderingen geformuleerd:

„(1) *The court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow;* (2) *The court is bound to refuse to follow a decision of its own which, though not expressly overruled, cannot, in its opinion, stand with a decision of the House of Lords;* (3) *The court is not bound to follow a decision of its own if it is satisfied that the decision was given per incuriam, e.g., where a statute or a rule having statutory effect which would have affected the decision was not brought to the attention of the earlier court.*”(89)

35. Het is opnieuw Lord Denning die heeft geprobeerd om de *Court of Appeal* te verlossen van deze gebondenheid aan beslissingen van zichzelf. Zijn redenering ten voordele van een dergelijke positie vond onder meer een aanknopng in de status van het *Practice Statement* zelf: indien de *House of Lords* door een eenvoudige verklaring zichzelf van gebondenheid aan eigen beslissingen kan verlossen, dan kan de *Court of Appeal* dat ook. „*The House of Lords have done it. So why should we not do likewise?*”(90) en „*[the 1966 Practice Statement] shows conclusively that a rule as to precedent (which any court lays down for itself) is not a rule of law at all. It is simply a practice or usage laid down by the court itself for its own guidance, and, as such, the successors of that court can alter that practice or amend it or set up other guide lines, just as the House of Lords did in 1966.*”(91)

(87) [1944] KB 718.

(88) Voor 1944 was de situatie wat onduidelijk vanwege een aantal conflicterende visies op deze kwestie. Zie hierover met name *Kelly and Co v. Kellond* [1888] 20 QBD 569 en *Wynne-Finch v. Chaytor* [1903] 2 Ch 475.

(89) [1944] KB 725. Deze uitzonderingen werden bevestigd door Lord Simon tijdens het beroep van deze zaak bij de *House of Lords*. Zie [1946] AC 169.

(90) *Gallie v. Lee*, [1969] 2 Ch 37. Zie verder mededelingen van een dergelijke strekking in *Conway v. Rimmer*, [1967] 1 WLR 1031; *Boys v. Chaplin*, [1968] 1 QB 1; *W. & J.B. Eastwood v. Herrod*, [1968] 2 QB 923; *Hanning v. Maitland (no. 2)* [1970] 1 QB 587; *Barrington v. Lee* [1972] 1 QB 338; *Farrell v. Alexander* [1976] QB 359 en *Dyson Holdings Ltd. v. Fox* [1976] QB 509.

(91) [1979] AC 281.

36. De houding tegenover deze visie van Lord Denning was in de *Court of Appeal* terughoudend, maar leidde desondanks in 1979 tot een bescheiden succes in de zaak *Davis v. Johnson*(92). Denning stelde daarin dat „*whilst this court should regard itself as normally bound by a previous decision of the court, nevertheless it should be at liberty to depart from it if it is convinced that the previous decision was wrong.*”(93) De belangrijkste reden daarvoor was gelegen in het feit dat „*the House of Lords may never have an opportunity to correct the error; and thus it may be perpetuated indefinitely, perhaps for ever. (...) [A] person of moderate means may be outside the legal aid scheme, and not be able to take his case higher, especially with the risk of failure attaching to it.*”(94) Behalve deze overweging van sociale aard, waren er nog andere redenen die Denning naar voren schoof om te pleiten voor een meer vrije positie van de *Court of Appeal*: „*[T]here have been many instances where cases have been settled pending an appeal to the House of Lords; or for one reason or another, not taken there, especially with claims against insurance companies or big employers. When such a body has obtained a decision of this court in favour, it will buy off an appeal to the House of Lords by paying ample compensation to the appellant. By so doing it will have a legal precedent on its side which it can use with effect in later cases.*”(95) Op basis van deze overwegingen kwam Lord Denning tot de conclusie dat „*[w]henever it appears to this court that a previous decision [of it] was wrong, we should be at liberty to depart from it if we think it right to do so. Normally — in nearly every case of course — we would adhere to it. But in an exceptional case we are at liberty to depart from it.*”(96)

In de praktijk hield dit een uitbreiding van de uitzonderingen in die in *Young v. Bristol Aeroplane Co.* werden geformuleerd. Eerder, in 1968, stelde Denning reeds dat het verplicht voortzetten van een als onrechtvaardig ervaren precedent, zou leiden tot verwarring vanwege „*[the] endless task of distinguishing the indistinguishable and reconciling the irreconcilable*” die er het gevolg van was. Daarom was het

(92) [1979] AC 264.

(93) *Ibid.*, 278.

(94) *Ibid.*, 278.

(95) *Ibid.*, 278.

(96) *Ibid.*, 282.

volgens hem beter „*to make a clean cut and to depart from prior precedent if we are satisfied that it is wrong.*”(97)

37. Het mag duidelijk zijn dat deze stellingen uiteindelijk de centrale positie van de *Court of Appeal* in de Engelse gerechtelijke organisatie als uitgangspunt nemen. Lord Denning werd in zijn redenering in de zaak *Davis v. Johnson* in zoverre gevolgd door nog twee van de vijf rechters, dat men van mening was dat de uitzonderingen die werden neergelegd in *Young v. Bristol Aeroplane Co.* in ieder geval moesten kunnen worden gemodificeerd of uitgebreid.

38. Resumerend werden er dus drie argumenten door Lord Denning naar voren geschoven om aan te tonen waarom de *Court of Appeal* zou moeten kunnen afwijken van eerdere beslissingen van zichzelf.

In de *eerste plaats* zou het wel eens mogelijk zijn dat, indien er geen beroep zou worden ingesteld, een bepaalde rechtsvraag nooit meer ter beoordeling aan de *House of Lords* zou worden voorgelegd. De onrechtvaardigheid zou bijgevolg oneindig blijven voortbestaan. Dit is een argument dat primair wordt gemotiveerd door structurele aspecten die betrekking hebben op de organisatie van het rechtssysteem.

In de *tweede plaats* zou een zaak wel eens nooit gecorrigeerd kunnen worden omdat de appellant niet de middelen of de wil heeft om in beroep te gaan. Beide argumenten nemen als uitgangspunt de visie dat de *Court of Appeal* in de *praktijk* vaak rechtbank van laatste aanleg is.

In de *derde plaats* zou een strikt stelsel van *stare decisis* tot verwarring kunnen leiden omdat rechters in de *praktijk* een door hen als ongewenst geacht precedent door middel van andere technieken — met name door middel van *distinguishing* — toch zouden omzeilen.

39. Het succes dat Lord Denning in de zaak *Davis v. Johnson* boekte, was echter van korte duur. In beroep bij de *House of Lords* werd de *Court of Appeal* onder meer bij monde van Lord Diplock ondubbelzinnig teruggefloten. De regel in *Young v. Bristol Aeroplane* was

(97) *Eastwood Ltd. Herrod* [1968] 2 QB 934. Zie tevens Denning in *Barrington v. Lee* [1978] 3 All ER 1238. Zo ook Keeton die zegt dat „[c]ourts refusing to overrule precedents outright are virtually forced to accomplish reform by devising a labyrinth of rules with dubious and unpredictable implications. Thus, overpowering demands of justice encourage such courts to make casuistic distinctions that produce doubt rather than certainty, irregularity rather than even-handedness and vacillation rather than constancy.” R.E. KEETON, *Venturing to do justice: reforming private law*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 15.

volgens hem nog steeds van kracht. „[T]he law on this question is now clear and unassailable. (...) In my opinion, this House should take this occasion to reaffirm expressly, unequivocally and unanimously that the rule in the *Bristol Aeroplane case* as to *stare decisis* is still binding on the Court of Appeal.”(98) Zoals blijkt uit dit citaat ging Diplock uit van de stelling dat, aangezien precedentregels volgens hem rechtsregels zijn („the law on this question is now clear”), het niet aan de Court of Appeal was om de regels aangaande de werking van *stare decisis* te veranderen.

40. Lord Salmon leek daarentegen van een ander standpunt uit te gaan. „In the nature of things (...) the point [whether the Court of Appeal can change the rules of precedent] could never come for your Lordships’ House for decision or form part of its *ratio decidendi*. This House decides every case that comes before it according to the law. If, as in the instant case, the Court of Appeal decides an appeal contrary to one of its previous decisions, this House, much as it may deprecate the Court of Appeal’s departure from the rule, will nevertheless dismiss the appeal if it comes to the conclusion that the decision appealed against was right in law. (...) I sympathise with the views expressed on this topic by Lord Denning M.R., but until such time, if ever, as all his colleagues in the Court of Appeal agree with those views, *stare decisis* must hold the field. I think this may be no bad thing.”(99)

41. De visie van Salmon leek te zijn dat precedentregels, aangezien deze volgens hem praktijkregels zijn en geen rechtsregels, ook niet ter beoordeling aan een rechtscollege kunnen worden voorgelegd. Deze oordelen immers slechts over de concrete rechtsregels die in een bepaalde zaak aan de orde zijn. Deze suggestie wordt bevestigd door zijn mening dat alleen indien *al* de rechters uit de Court of Appeal een zelfde visie als Denning aanhingen er een verandering in de praktijk van deze praktijk zou kunnen plaatsvinden. Juist dat gegeven leek Salmon overigens niet aantrekkelijk. Hij vervolgde namelijk met de volgende frase: „There are now as many as seventeen Lord Justices in the Court of Appeal, and I fear that if *stare decisis* disappears from that court there is a real risk that there might be a plethora of conflicting decisions which would create a state of irremediable confusion and uncertainty in the law. This would do far more harm than the occasional unjust result which *stare decisis* sometimes pro-

(98) [1979] AC 323 en 328.

(99) *Ibid.*, 344.

duces but which can be remedied by an appeal to your Lordships' House.”(100) Indien de *Court of Appeal* dus niet gebonden zou zijn aan eigen beslissingen, aldus Lord Salmon, zou, vanwege de persoonlijke structuur van de *Court of Appeal*, een gerechtelijke procedure in belangrijke mate een gok worden. Opnieuw wordt daarmee de nadruk gelegd op het belang van de rechtszekerheid. Waar Lord Denning stelt dat vanwege de centrale positie van de *Court of Appeal* het juist deze rechtbank is die voor rechtvaardigheid kan en moet zorgen, stelt Lord Salmon dat deze positie nu juist de reden is waarom de *Court of Appeal* voor de nodige rechtszekerheid moet zorgen.

C. STARE DECISIS IN DE COURT OF APPEAL: BESLUIT

42. Resumerend kwam de strategie van Lord Denning om de *Court of Appeal* te verlossen van gebondenheid aan uitspraken van de *House of Lords* en van zichzelf, op het volgende neer.

In de *eerste plaats* trachtte hij een *per-incuriam* doctrine voor de *Court of Appeal* ten aanzien van beslissingen van de *House of Lords* te ontwikkelen.

Vervolgens probeerde hij het adagium *cessante ratione legis cessat ipsa lex* ingang te doen vinden.

In de *derde plaats* ontwikkelde hij een strategie die neerkwam op het ontwikkelen door de *Court of Appeal* zelf van een *practice statement*. Al deze pogingen faalden, of werden althans door de *House of Lords* veroordeeld.

In de *vierde plaats*, en als dusdanig nog niet expliciet vermeld, ging Denning gedurende zijn gehele carrière op uitzonderlijk vrije wijze om met precedenten(101).

43. Een evaluatie van de in dit onderdeel geboden argumenten voor en tegen *stare decisis* in de *Court of Appeal* is niet gemakkelijk te geven. De twee pijlers waarop de discussie over deze aangelegenheid is gebaseerd, namelijk de twee elkaar afstotende en gelijktijdig aantrekkende waarden van rechtszekerheid en rechtvaardigheid, zijn erg moeilijk te evalueren en tegen elkaar af te wegen. Wanneer is er juist sprake van meer of minder rechtszekerheid of rechtvaardigheid? Deze

(100) *Davis v. Johnson*, [1979] AC 344.

(101) Zie hierover meer uitgebreid P. WATCHMAN, „Palm Tree Justice and the Lord Chancellor's Foot”, in P. WATCHMAN en P. ROBSON (eds.), *Justice, Lord Denning and the Constitution*, Westmead, Gower, 1981, 27-28.

dichotomie — elkaar afstotend *en* gelijktijdig aantrekkend — wordt in dit verband heel bewust gebruikt, omdat de suggestie dat rechtvaardigheid tegenstrijdig is met rechtszekerheid in se onjuist, althans te ongenueanceerd is. Is het bieden van rechtszekerheid immers niet tevens een vereiste van rechtvaardigheid? Het concept „rechtvaardigheid” heeft zo begrepen duidelijk een janushoofd.

44. Hoe dan ook kan worden gesteld dat het schrappen van *stare decisis* ten behoeve van de *Court of Appeal* — en dat is waar de voorstellen van Lord Denning uiteindelijk op neerkomen wanneer hij zegt dat „*whilst this court should regard itself as normally bound by a previous decision of the court, nevertheless it should be at liberty to depart from it if it is convinced that the previous decision was wrong*”(102) — kan leiden tot een billijkheidstoetsing in het hier en nu, waardoor het risico bestaat dat er van enige structuur of systematiek in het recht nog maar weinig overblijft. En maakt juist de aanwezigheid van deze systematiek en structuur (in dit geval op basis van *stare decisis*) niet mede de essentie van het recht uit?

45. De nadelen van een al te strikt stelsel van *stare decisis* — de verplichte voortzetting van intrinsiek onjuiste en daardoor onrechtvaardige precedënten — kunnen daarom beter via andere wegen worden ondervangen. Bijvoorbeeld door constitutionele hervormingen, zoals bijvoorbeeld in het voorstel van Cumming-Bruce L.J., die de *House of Lords* en de *Court of Appeal* een bijzondere bevoegdheid wilde geven: „*The injustice which today is liable to flow from the fact that unsatisfactory old cases are so seldom capable of review in the House of Lords would be mitigated or removed if Parliament decided to give this Court and the House of Lords power to order that costs in the House of Lords should be paid by the Exchequer in those cases in which this Court or the House of Lords on an application for leave to appeal certified that an appeal to the House of Lords was desirable in order to enable that House to review a decision regarded as mistaken but binding on the Court of Appeal. The expenses to the public and any resulting inconvenience would be infinitely less than that which would flow from a relaxation of the present practice in respect of stare decisis as declared in Young’s case.*”(103) Een andere optie zou de inbouwing van een voorziening gelijkaardig aan die van artikel 1089

(102) *Davis v. Johnson* [1979] AC 278.

(103) [1978] 1 All ER 879-881. Zie C.E.F. RICKETT, „Precedent in the Court of Appeal”, *The Modern Law Review* 1980, 156.

Gerechtelijk Wetboek bij ons kunnen zijn (dat is het onterecht in vergetelheid geraakte instituut van de cassatie in het belang van de wet).

46. Tenslotte nog een opmerking over het probleem van *overdistinguishing* dat volgens Denning het gevolg zou zijn van de strikte precedentregels. Daarover dient te worden opgemerkt dat er in het Engelse recht voorbeelden zijn van zogenaamde „*judicial regrets*”, dat zijn frases in vonnissen en arresten waarin expliciet wordt gesteld dat men vanwege de aanwezigheid van een precedent tot een bepaalde beslissing *moet* komen, ook al zou men anders willen(104). Dit is een bewijs voor het feit dat het probleem van *distinguishing* een zekere relativisering behoeft. Dit neemt echter niet weg dat er zeker voorbeelden bestaan van situaties waarin er inderdaad sprake is van *overdistinguishing*, als gevolg waarvan het recht hopeloos verwarrend wordt. Wellicht is dat nu eenmaal de prijs die moet worden betaald voor de optie om de *Court of Appeal* gebonden te laten zijn aan beslissingen van de *House of Lords* of van zichzelf. Het lijkt er in ieder geval op dat de nadelen van de uitvoering van de voorstellen van Lord Denning groter zijn dan de nadelen van het instandhouden van de huidige situatie.

We sluiten daarom aan bij de visie van Lord Reid die de nadelen van *distinguishing* als volgt evalueerde: „*It is notorious that where an existing decision is disapproved but cannot be overruled courts tend to distinguish it on inadequate grounds. I do not think that they act wrongly in so doing: they are adopting the less bad of the only alternatives open to them. But this is bound to lead to uncertainty for no one can say in advance whether in a particular case the court will or will not feel bound to follow the old unsatisfactory decision. On balance it seems to me that overruling such a decision will promote and not impair the certainty of the law.*”(105) Lord Reid doelt hier op *overruling* door de *House of Lords*. De oplossing voor de problematiek bestaat er dus niet zozeer in om ook de *Court of Appeal* het recht te geven om tot *overruling* over te gaan — dat zou, zoals zojuist betoogd, vanwege de centrale positie van de *Court of Appeal* in het Engelse rechtssysteem tot een te grote rechtsonzekerheid leiden — maar eerder in een meer actief gebruik van de techniek van *overruling* door de *House of Lords*.

(104) Zie voor enkele voorbeelden R. CROSS en J.W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 36-38.

(105) *Jones v. Secretary of State for Social Services*, [1972] AC 966.

IV. Zijn precedentregels praktijkregels of rechtsregels?

47. In de Engelse rechtsleer heeft zich naar aanleiding van het *Practice Statement* uit 1966 een discussie ontwikkeld over de vraag of precedentregels praktijkregels dan wel rechtsregels zijn. Het antwoord op deze vraag is volgens sommigen niet slechts van louter academisch belang, omdat het consequenties heeft voor wie bevoegd is om de inhoud van deze precedentregels — en daarmee ten dele de werking van het rechtssysteem — te bepalen, en op welke wijze verandering ervan kan plaatsvinden.

Onder meer Lord Denning meende dat „[the 1966 Practice Statement] shows conclusively that a rule as to precedent (which any court lays down for itself) is not a rule of law at all. It is simply a practice or usage laid down by the court itself for its own guidance, and, as such, the successors of that court can alter that practice or amend it or set up other guide lines, just as the House of Lords did in 1966.”(106) Kortom, aangezien het om praktijkregels gaat kan ook de *Court of Appeal* zijn eigen praktijk ter zake wijzigen”(107).

48. Een suggestie voor oplossing van dit vraagstuk is dat het gedrag ten aanzien van precedenten niet afhankelijk is van de vraag of ze rechts- of praktijkregels zijn. Het feit dat ze gevolgd worden, is uiteindelijk namelijk niet meer dan een kwestie van feitelijke macht. Deze macht volgt uit de hiërarchische structuur van de rechterlijke organisatie, waarin de *House of Lords*, indien hij dat wenst, altijd het laatste woord heeft. Een aankondiging als het *Practice Statement* is dus slechts een aanwijzing voor wat de *House of Lords* feitelijk zal doen wanneer hij met beslissingen van de *Court of Appeal* wordt geconfronteerd: die waar hij het mee eens is zal hij bevestigen, die waar hij het niet mee eens is, zal hij (eventueel) ontkrachten. De *House of Lords* heeft als beslisser in laatste instantie dus de macht om een beslissing van de *Court of Appeal* opzij te zetten, wanneer hij van mening is dat de beslissing juridisch — dat wil zeggen ten aanzien van de substantieve rechtsregels die in een beslissing aan de orde zijn gekomen — niet juist is.

49. Rechterlijke uitspraken vanwege de *Court of Appeal* zullen door de *House of Lords* uiteindelijk slechts worden getoetst ten aanzien van de

(106) [1979] AC 281.

(107) [1979] AC 323 en 328.

rechtsvragen die erin aan de orde komen. Deze situatie heeft als feitelijke consequentie dat de *Court of Appeal* zich ten aanzien van precedents bijgevolg eveneens kan gedragen zoals hij dat goed acht, maar dat hij op de vingers zal worden getikt indien de *House of Lords* zich juridisch-inhoudelijk niet in een beslissing kan vinden. De enige mogelijkheid die de *Court of Appeal* rest, is een beslissing van zichzelf of de *House of Lords* te *overrulen*, indien hij er zeker van is dat de *House of Lords* het juridisch-inhoudelijk met hem eens is. Dit gebeurde zoals we eerder zagen inderdaad in de *Miliangos*-zaak, waarin de *House of Lords* het oordeel door de *Court of Appeal* dat beslissingen niet in pond sterling dienden te gebeuren slechts kon bevestigen, ook al ging dit in tegen een eerdere beslissing van de *House of Lords* zelf.

50. Precedentregels zijn uiteindelijk de feitelijke consequentie van oordelen over rechtsvragen en de *House of Lords* heeft als laatst oordelende instantie daardoor de feitelijke macht om tot op zekere hoogte over de werking van en omgang met precedents te oordelen. In die zin is de vraag of precedentregels rechtsregels of praktijkregels zijn, inderdaad een wat academische aangelegenheid. Desondanks kunnen we uit dit alles afleiden dat precedentregels waarschijnlijk praktijkregels zijn. Want ook de *Court of Appeal* kan in deze optie zelf bepalen hoe hij met precedents omgaat, evenwel met het risico door de *House of Lords* op de vingers te worden getikt. Slechts indien de *wetgever* de regels met betrekking tot de omgang met en de werking van precedents gaat bepalen, zouden precedentregels ondubbelzinnig rechtsregels zijn. Of dat een goede zaak zou zijn, valt trouwens te betwijfelen.

V. Tot slot: lessen voor ons?

51. Het is boeiend om te zien hoe het Engelse systeem van *stare decisis* in de praktijk wordt ingevuld. Met name de wijze waarop dat systeem een „vermoeden van juistheid” van de rechterlijke uitspraak genereert, is leerrijk. Het blijkt namelijk dat de loutere constatering dat een bepaald precedent niet juist is, geen afdoende reden vormt om van dat precedent af te wijken. Daarvoor moet er in dat Engelse systeem immers meer aan de hand zijn. Meer concreet: een *overruling* moet bovendien leiden tot een netto-verbetering van het recht, en de nieuwe uitspraak moet in principe steunen op andere motieven dan de uitspraak die *overruled* wordt.

En inderdaad, indien deze aanvullende eisen niet gesteld zouden worden, dan zou er sprake zijn, niet zozeer van recht, maar van een loutere billijkheidstoetsing, met als eventueel gevolg dat er uiteindelijk slechts *ad-hoc*beslissingen zouden restereren. De eigenheid van het recht vraagt evenwel juist om een structuur en een systematiek die niet noodzakelijk door een loutere billijkheidstoetsing geboden kan worden. *Dura lex, sed lex*. De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel vereisen dat het pad dat werd ingeslagen niet al te snel verlaten wordt.

52. Dit inzicht lijkt me nu ook voor de situatie bij ons van belang. In de inleiding stelde ik reeds dat ook bij ons precedenten minstens een zekere zwaartekrachtwerking zouden moeten hebben. Hieraan kan nu het volgende worden toegevoegd. In Engeland kan het bestaan van een *bindend* systeem van precedentwerking historisch verklaard worden vanuit het ontbreken van codificatie in centrale takken van het recht(108). Desondanks is de doctrine van *stare decisis* aldaar ook in de context van wetgeving van kracht. Dat is ook logisch, want ook wetgeving moet geïnterpreteerd worden, en altijd blijken er in de context van dat interpretatieproces verschillende paden die betreden kunnen worden. Er moet dan een keuze gemaakt worden. Hetzelfde geldt natuurlijk voor de situatie bij ons. En juist daarom is er dan ook veel voor te zeggen om het inzicht dat voortvloeit uit deze studie van het Engelse systeem van *stare decisis*, ook bij ons aan te houden (zeker nu het met die zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken bij ons *de facto* niet altijd al te best gesteld lijkt te zijn)(109). Dit betekent dat een verandering van rechterlijk beleid zich daarom uitdrukkelijk dient af te spelen in de context van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. De stabiliteit van de rechtsorde vereist dat niet van iedere rechterlijke uitspraak die als niet meer rationeel wordt ervaren zomaar wordt afgeweken, maar dat integendeel wordt verdisconteerd dat een rechterlijke uitspraak tevens een temporeel paradigma vormt.

53. Maar hoe dat bij ons te bewerkstelligen?

In de eerste plaats wens ik te benadrukken dat ik geen pleidooi wil houden voor de invoering van een systeem van bindende precedenten

(108) En ondanks dat ook vandaag de opmars van wetgeving prominent is in de *common law*, blijven belangrijke delen van het recht nog altijd ongecodeerd.

(109) Zie hierover M. ADAMS, „Law is as I've told you before. Over de zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken in België”, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1997, 1329-1399.

bij ons. Het is in eerste instantie slechts een pleidooi voor een *cultuur* van gebondenheid aan rechterlijke uitspraken. Het invoeren van een systeem van bindende precedents zou alleen al daarom niet vanzelfsprekend zijn omdat een dergelijk systeem niet noodzakelijk goed functioneert. In het Engelse recht zijn er talloze voorbeelden te geven van rechtspraak die als precedent niet goed functioneert.

Bovendien is uiteindelijk, zo zouden we uit het voorgaande kunnen concluderen, ook het Engelse systeem slechts *relatief formeel*. Dit blijkt onder meer uit het feit dat er in Engeland, zoals bij ons trouwens, geen expliciete en formele sanctie bestaat voor het niet volgen van een precedent. Het feitelijk sanctioneren van het *niet* volgen van een precedent, is uiteindelijk niet meer dan een kwestie van feitelijke macht. Deze macht volgt uit de hiërarchische structuur van de gerechtelijke organisatie. Dat betekent heel concreet dat wanneer bijvoorbeeld de *House of Lords* wordt geconfronteerd met een uitspraak waarin door de *Court of Appeal* uitdrukkelijk een precedent niet wordt gevolgd, de *House of Lords* hier slechts sanctionerend zal optreden indien hij het inhoudelijk niet met de beslissing van de *Court of Appeal* eens is. Indien echter de *House of Lords* het juridisch-inhoudelijk wel degelijk met de *Court of Appeal* eens is, kan hij niet anders dan de uitspraak van de *Court of Appeal* bevestigen. En dit ongeacht het feit dat een precedent uitdrukkelijk niet gevolgd wordt. Rechterlijke uitspraken worden in beroeps- en cassatieprocedures dus uiteindelijk slechts getoetst ten aanzien van de feitelijke of rechtsvragen die er in aan de orde komen. Dat bleek ook uit het voorgaande waar de zaak *Miliangos* werd besproken⁽¹¹⁰⁾. Een aankondiging zoals het *Practice Statement* uit 1966 is uiteindelijk dan ook niet meer dan een aanwijzing voor wat de *House of Lords* zal gaan doen wanneer hij met beslissingen wordt geconfronteerd waarmee hij het juridisch *niet* eens is, namelijk onkrachten. Hieruit volgt tevens dat ook bij ons de omgang met precedents een kwestie van feitelijke is. De hoven en rechtbanken zouden zelf en op eigen initiatief een praktijk dienaangaande kunnen ontwikkelen.

Tenslotte zijn bovendien een aantal voorwaarden voor het naar behoren kunnen functioneren van een ontwikkeld systeem van precedentwerking bij ons nog niet vervuld. Zo bestaat er bijvoorbeeld nog altijd geen rationeel systeem van selectie en publicatie van rechterlijke uitspraken, wat uiteraard de noodzakelijke kennis van preceden-

(110) Zie *supra* de rns. 31 e.v. en 49.

ten behoorlijk in de weg kan zitten(111). Ook moet een uitspraak op een deugdelijke wijze worden gemotiveerd, want slechts als dat het geval is kunnen we weten waarom een bepaalde beslissing op een bepaalde wijze werd genomen. En slechts dan kan er van enige precedentwerking sprake zijn. Ook wat dat aangaat is de situatie bij ons nog niet bepaald ideaal.

54. Een pleidooi voor een cultuur van gebondenheid aan precedents, impliceert dat ook bij ons precedents in principe gevolgd moeten worden. Het impliceert echter eveneens, en wellicht zelfs vooral, dat ik aangeef wanneer dan bij ons van een precedent zal mogen worden afgeweken. Hoe te verdisconteren dat ook bij ons erkend wordt dat precedents zwaartekrachtwerking zouden behoren te hebben?

De methode van de *marginale toetsing* zou een belangrijk hulpmiddel kunnen zijn bij de kwalitatieve beoordeling van precedents. De rechter onderzoekt door middel van een dergelijke toetsing slechts of het betreffende precedent in redelijkheid en met afweging van alle belangen een kwalitatief goed precedent is. Slechts indien op basis van een dergelijk onderzoek tot de conclusie wordt gekomen dat een precedent kennelijk onredelijk of onjuist is, zou een grondig onderzoek naar de inhoudelijke kwaliteit van een precedent moeten volgen. Een marginale toetsing houdt daarmee dus in dat de deugdelijkheid van de uitspraak wordt voorondersteld (de uitspraak krijgt een „vermoeden van juistheid”), zolang de onredelijkheid of onbillijkheid ervan er niet al te dik bovenop ligt. Het feit dat een specifieke rechter de mening van een andere rechter niet deelt, is op grond van dit voorstel dus nog geen bewijs voor de kennelijke onredelijkheid van een precedent.

(111) Zie hierover meer uitgebreid M. ADAMS, „Publish or perish? Naar een beleid met betrekking tot de selectie en publicatie van rechterlijke uitspraken”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 2000, 684-695.