

Tilburg University

Buitenlands recht in nationale rechtspleging

Adams, M.; Mak, E.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2011

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Adams, M., & Mak, E. (2011). Buitenlands recht in nationale rechtspleging. *Nederlands Juristenblad*, 86(43), 2912-2919. Article 2197.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Buitenlands recht in nationale rechtspleging

Onder welke voorwaarden is dat feitelijk nuttig en mogelijk?

Maurice Adams en Elaine Mak, datum 09-12-2011

Datum

09-12-2011

Auteur

Maurice Adams en Elaine Mak^[1]

JCDI

JCDI:ADS994:2

Vakgebied(en)

Rechtswetenschap / Algemeen

Recht algemeen (V)

Heel wat rechters en gerechtshoven gedragen zich de laatste tijd als echte wereldspelers door hun uitspraken onder meer aan de hand van buitenlands recht te onderbouwen. Onder welke voorwaarden een buitenlandse rechtsbron meer of minder geschikt is voor binnenlands gebruik is een vraag die tot nu toe onderbelicht is gebleven. Momenteel lijkt er eerder sprake van incidenteel en toevallig gebruik van buitenlandse inspiratie. Maar in ieder geval Hoge Raad en Parket zouden ook meer structureel en systematisch te werk moeten gaan wanneer ze buitenlands recht hanteren, en daarover communiceren.

In mei van dit jaar verscheen het jaarverslag van de Hoge Raad, over de periode 2009-2010. Het heeft als thema de internationalisering van de rechtspleging. Onderwerpen die aan de orde komen zijn: de toenemende doorwerking van het internationale en EU-recht, verwijzingen naar internationale rechters, prejudiciële vragen, uitlegging van internationale regelingen, de belangstelling in het buitenland voor Nederlandse rechtspraak, enz. Belangrijke kwesties, samengebracht in een lezenswaardig document. Het rapport zoomt aldus in op de wisselwerking tussen nationaal en internationaal recht, 'de beide polen die als een magneet elkaar aantrekken, die soms in tegengestelde richting wijzen of samenhang lijken te ontberen, [maar] die (...) in ieder geval fascinerende beelden opleveren van het werk van de Hoge Raad' ^[2]. Afgaande op de rechtsgeleerde literatuur internationaliseert de rechtspraak echter ook op andere wijze dan in het verslag vermeld; heel wat rechters en gerechtshoven gedragen zich de laatste tijd als echte wereldspelers, en onderbouwen hun uitspraken – vrijwillig! ^[3] – aan de hand van onder meer buitenlands recht. Ze lijken wereldwijd met elkaar in dialoog te treden over de betekenis van het nationale recht, en strikt buitenlandse rechtsbronnen (wetgeving, jurisprudentie en doctrines) worden gehanteerd bij het uitoefenen van hun nationale geschilbeslechtende taak. Ze vormen dan wat je een wereldrechtcollege zou kunnen noemen. De Amerikaanse politicologe en juriste A.M. Slaughter spreekt over een 'active and ongoing dialogue' tussen hoogste gerechtshoven, en over gerechtshoven als 'partners in a common judicial enterprise' ^[4]. Slaughter heeft het overigens niet alleen over het gebruik van buitenlandse rechtsbronnen in de rechtspleging, maar ook over rechters uit verschillende jurisdicties die onderling veelvuldig persoonlijk contact hebben: op congressen en seminars, tijdens sabbaticals, enz. En de reden voor dit alles, 'of course, is globalization. No institution of government can afford now to ignore the rest of the world.' ^[5] Sterke voorbeelden van rechterlijk gebruik van buitenlands recht zijn te vinden in Zuid-Afrika, waar dit in de context van de *Bill of Rights* met grondwettelijke erkenning gebeurt. ^[6] En ook sommige rechters in landen die meer op zichzelf zijn gericht, zoals de Verenigde Staten, citeren zo nu en dan niet-bindend recht van elders. ^[7] In Europa zijn prominente voorbeelden te vinden in onder meer Engeland en Frankrijk. Bekend is de beslissing van de Engelse hoogste rechter in *White & Carter vs. McGregor* (verder: *White vs. Jones*). ^[8] Deze zaak handelde over een sollicitator die (verwijtbaar) niet tijdig was ingegaan op het verzoek van een testator om diens testament te wijzigen, waardoor zijn twee dochters, na het onverwachte overlijden van de testator, niet gerechtigd (b)leken om de voor hen bedoelde erfenis in ontvangst te nemen. Juridisch gezien was de vraag of de feiten het erkennen van een naar Engels recht nieuwe buitencontractuele aansprakelijkheidssituatie zouden kunnen rechtvaardigen, nu de dochters zelf niet hadden vertrouwd op de advocaat (maar de testator wel), deze kwestie normaal gezien bovendien contractueel had moeten worden afgehandeld, en er van de zijde van de advocaat sprake was van een nalaten en niet van een actief handelen. Onder uitdrukkelijke verwijzing door Lord Goff naar, en naar analogie met, Duits recht betreffende *Schutzwirkung für Dritte* en *Drittschadensliquidation* – en na een *tour d'horizon* van recht hierover uit Canada, Duitsland, Frankrijk, Nieuw Zeeland, de Verenigde Staten en verschillende deelstaten in Australië – was een meerderheid van de toenmalige rechterlijke tak van het *House of Lords* (drie tegen twee), ondanks de eerdere expliciete afkeuring van een dergelijke benadering, bereid om een expansieve interpretatie van gevestigde precedents te maken en

de sollicitor aansprakelijk te houden.^[9] We komen later in dit artikel terug op deze zaak.

Of neem het zogenoemde arrest *Chapin* van het Franse *Cour de cassation* van 13 maart 2007,^[10] waarin een beslissing van het *Cour d'appel* te Bordeaux dat het huwelijk tussen twee mannen ongeldig verklaarde, in stand werd gehouden. De gehele beslissing van het Cour de Cassation was zoals steeds anoniem en unaniem^[11] en zeer kort. Maar wat dit arrest voor de in dit artikel aan de orde zijnde kwestie belangrijk maakt, is dat het Franse hoogste hof aan het *Institut de Droit Comparé Edouard Lambert* van de *Université Jean Moulin* te Lyon had gevraagd een overzicht te maken van hoe in andere landen met deze kwestie wordt omgegaan. De reden daarvoor was onder meer gelegen in het feit dat de Franse *Code Civil* ter zake eigenlijk nauwelijks enige indicatie gaf. Weliswaar stond *en passant* in art. 75 te lezen dat een huwelijk klaarblijkelijk als een verbond tussen man en vrouw was gedacht,^[12] maar dat kon als niet meer dan indirect bewijs worden genomen voor de juridische ontoelaatbaarheid van een gelijkgeslachtelijk huwelijk. Het Cour voelde zich blijkbaar met minstens onduidelijk, en misschien zelfs maatschappelijk onaangepast recht geconfronteerd. Het vermelde onderzoeksrapport bevatte een gedetailleerd overzicht van rechtspraak en wetgeving in een aantal Amerikaanse staten, België, Denemarken, Duitsland, Engeland, Nederland, Spanje, Zuid-Afrika en Zweden. De in het geding betrokken partijen werden bovendien in de gelegenheid gesteld op het rapport te reageren, alvorens de advocaat-generaal^[13] en het Cour zelf ermee aan de slag gingen.^[14] Naar Franse traditie is er van dit alles in de uiteindelijke uitspraak zelf niets te merken. Hoe zich de discussie in de raadkamer heeft ontplooid, weten we dan ook niet precies, maar wat we dus wel weten is dat het Cour het Franse huwelijksrecht onduidelijk vond – en dit zowel in het licht van de Franse *Code Civil* als ten aanzien van het EVRM – en wellicht zelfs gedateerd. Wat wel eens de doorslag zou hebben kunnen geven voor de uiteindelijke beslissing is de taakopvatting van de Franse rechter: dit is een kwestie voor het parlement, veeleer dan voor een gerechtshof. Daaruit mag echter niet de conclusie worden getrokken dat het buitenlands recht geen invloed heeft gehad of zonder betekenis was. Uit interviews met rechters in het *Cour de cassation*^[15] blijkt namelijk dat de *grands sujets* in de samenleving – zoals het homohuwelijk, de adoptie van een kind door partners van hetzelfde geslacht of de toekenning van schadevergoeding aan asbestslachtoffers – bij uitstek worden beschouwd als terreinen waar inzicht in buitenlands recht kan bijdragen aan de rechterlijke oordeelsvorming. Maar dat buitenlands recht wordt dan geraadpleegd om het eigen nationale recht beter te begrijpen, en niet noodzakelijk als argument om de eigen beslissing te rechtvaardigen. Buitenlands recht heeft dan een spiegelfunctie.

Inmiddels bestaat er een hele literatuur over het gebruik van buitenlands recht in de context van de nationale rechtspleging. In de Verenigde Staten ontplooit de discussie zich aan de hand van een aantal thema's: diegenen die tegenstander van het hanteren van buitenlands recht zijn, steunen veelal op sterke noties van nationale of populaire soevereiniteit (met een daarbij horend wantrouwen ten aanzien van elites, zoals rechters), zijn vaak ook het zogenoemde 'originalisme' toegedaan,^[16] en worden meestal in het eerder conservatieve politieke kamp geplaatst.^[17] De voorstanders van het gebruik van buitenlands recht zijn vrijwel zonder uitzondering het tegenovergestelde gedachtegoed toegedaan. Een gepolariseerd^[18] en gelaagd, en soms zelfs verwarrend debat is het gevolg. Omdat de Amerikaanse rechtsleer zich bovendien vooral richt op het *US Supreme Court*, is het perspectief vrijwel exclusief dat van het constitutionele recht. Het lijkt erop dat in Europa de houding ten aanzien van deze praktijk positiever is, en ook meer gericht is op andere domeinen dan die van het constitutionele. In ieder geval valt er minder kritische literatuur over deze kwestie te lezen. Maar de vraag onder welke voorwaarden een buitenlandse rechtsbron meer of minder geschikt is voor binnenlands gebruik blijft onderbelicht. In dit artikel willen we nader ingaan op deze vraag. Vooraleer daar aan toe te komen, willen we eerst iets zeggen over wat er meer structureel bekend is over de betreffende praktijk.

Wat zeggen rechters zelf?

Omwille van de min of meer 'francofone' motiveringsstijl, wisten we tot voor kort niet veel over de Nederlandse situatie. Wel heeft Hartkamp, destijds A-G bij de Hoge Raad, al eens aangegeven dat volgens hem de Raad wel degelijk buitenlands recht hanteert bij de uitoefening van zijn taak, maar dit zelden of nooit publiek maakt.^[19] Hartkamp zag vooral een initiërende en informerende taak voor de P-G en de A-G's.

Een van de auteurs van dit artikel heeft inmiddels onderzoek verricht naar de feitelijke praktijk van onder meer het gebruik van buitenlands recht in de geschilbeslechtende praktijk door hoogste rechters in respectievelijk Nederland en het Verenigd Koninkrijk.^[20] Uit interviews blijkt dat daar een aantal redenen voor zijn. De Nederlandse en Britse hoogste rechters vinden vergelijking met andere rechtssystemen allereerst veelal nuttig in zaken met een specifiek maatschappelijk belang. Oordelen over maatschappelijk gevoelige kwesties kunnen volgens veel van de geïnterviewden aan gezag winnen door het betrekken van vergelijkbare zaken in aangrenzende landen in de oordeelsvorming. Een bekend voorbeeld is de 'wrongful life'-problematiek die in Nederland aan de orde kwam in de *Baby Kelly*-zaak,^[21] hoewel daarin uiteindelijk anders werd beslist dan in Frankrijk, Duitsland en een groot deel van de Verenigde Staten (landen waarnaar door A-G Hartkamp in zijn uitgebreide conclusie werd verwezen). Vergelijking met andere rechtssystemen wordt ook als nuttig beschouwd om meer kennis te vergaren of om een betere maatstaf te vinden voor de eigen oordeelsvorming. De raadpleging van buitenlands recht zou dan kunnen bijdragen aan het begrip van het eigen rechtssysteem^[22] of aan het inzicht in de mogelijke conceptuele benadering van een voor de zaak relevant juridisch leerstuk.^[23] In de derde plaats geven Nederlandse en Britse

rechters aan dat zij de uitspraken van hun buitenlandse collega's bestuderen om dezelfde kwaliteitsstandaarden te kunnen hanteren als hun 'peers'. Tot slot biedt de raadpleging van buitenlands recht in de ogen van de geïnterviewde rechters de mogelijkheid om op de hoogte te blijven van de rechtsontwikkeling in andere rechtssystemen en om de eigen positie te bepalen in het licht van grensoverschrijdende tendensen. Met die kennis kunnen de nationale hoogste rechters een eigen standpunt bepalen voor de nationale context en bijvoorbeeld concrete invulling geven aan de harmonisatie die op specifieke rechtsgebieden wordt nagestreefd.

Voor wat betreft de Nederlandse context komen verwijzingen naar buitenlands recht in beginsel niet voor in de gepubliceerde uitspraken van de Hoge Raad. Het is daarom lastig om de werkelijke invloed van buitenlands recht op de oordeelsvorming door de Hoge Raad te meten; al te ferme uitspraken daarover zijn niet mogelijk. Maar door aan de oordeelsvorming gerelateerde documenten te bestuderen, ontstaat toch een duidelijker beeld dan tot op heden bekend was. Zo geeft de conclusie van de A-G inzicht in de bronnen en argumenten die diens advies aan de Hoge Raad ondersteunen. Indien daarin wordt verwezen naar buitenlands recht, is duidelijk dat in ieder geval dat materiaal ter kennis is gekomen van de raadsheren. Ook de jaarverslagen van de Hoge Raad geven enig inzicht in de geraadpleegde bronnen. Althans het jaarverslag 2007-2008 besteedt aandacht aan 'internationale dimensies' in de jurisprudentie van de civiele kamer. Rechtsvergelijkend onderzoek wordt daar genoemd als een middel om de betekenis van verdragen met regels van eenvormig privaatrecht uit te leggen. Er worden twee voorbeelden gegeven van zaken waarin buitenlands recht behulpzaam was bij de oordeelsvorming van de civiele kamer.^[24]

De geïnterviewde Nederlandse raadsheren geven aan vooral aandacht te besteden aan bronnen uit Frankrijk en Duitsland, en in sommige gevallen ook uit Engeland of de Verenigde Staten. Duits recht is onder meer invloedrijk in zaken op het gebied van de intellectuele eigendom. Als voorbeeld werd onder meer gewezen op de LEGO-zaak, waarin de rechtsvraag was of na het verlopen van het octrooi de namaak van LEGO-speelgoedblokjes gestopt kon worden door middel van een vordering op basis van slaafse nabootsing.^[25] A-G Verkade besprak in zijn conclusie bij deze zaak een relevante uitspraak van het *Bundesgerichtshof*.^[26]

De rechters van het *Supreme Court for the UK*, voorheen de *Appellate Committee of the House of Lords*, beschouwen rechtstraditie als de belangrijkste factor bij de raadpleging van buitenlandse rechtsbronnen. Verwijzingen tussen de *common law*-systemen komen van oudsher veelvuldig voor. De Britse rechters geven aan vooral inspiratie te vinden in de jurisprudentie van de hoogste rechters van Canada, Australië, Nieuw-Zeeland en de Verenigde Staten. De toegankelijkheid van deze bronnen, zowel wat de taal als de beschikbaarheid aangaat, vormt een aanvullende reden voor de rechters om als eerste dit buitenlandse recht te raadplegen. Onderzoek naar de jurisprudentie van andere *common law*-rechters wordt vooral als nuttig ervaren in contracts- en aansprakelijkheidszaken. Beide rechtsgebieden zijn slechts in beperkte mate gecodificeerd en laten daarom volgens de geïnterviewde rechters veel ruimte voor vergelijking van het recht. Een analyse van de uitspraken van het Britse hoogste gerechtshof laat zien dat in de afgelopen jaren onder meer verwijzingen hebben plaatsgevonden naar Australische rechterlijke uitspraken over de vergoeding van economische schade^[27] en over de berekening van rente bij een vordering tot terugbetaling op basis van ongerechtvaardigde verrijking.^[28] Bij onderzoek buiten de *common law*-context wordt ook het prestige van een buitenlands gerechtshof als selectiecriteria genoemd. De Britse rechters geven aan tevens te verwijzen naar Franse, Duitse en Italiaanse jurisprudentie. Ook de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt soms geraadpleegd, indien daarover informatie in het Engels beschikbaar is. Een voorbeeld is de *Fairchild*-zaak, waarin Lord Bingham verwees naar de jurisprudentie van de Hoge Raad over werkgeversaansprakelijkheid voor asbestgerelateerde ziektes.^[29]

De Nederlandse en Britse situatie overziend, lijkt de raadpleging van buitenlandse rechtsbronnen aldus in overwegende mate te worden bepaald door drie factoren: rechtstraditie, taal en het prestige van buitenlandse gerechtshoven. In de praktijk vindt raadpleging van buitenlands recht echter niet op systematische wijze plaats. Verwijzingen in rechterlijke beslissingen zijn schaars en beschrijvingen door rechters van wat zij doen zijn vooral anekdotisch van aard. Wat verder opvalt, is dat tussen individuele rechters verschillen waarneembaar zijn in hun persoonlijke benadering bij het gebruik van buitenlands recht. Die verschillen hebben onder meer betrekking op de interesse voor rechtsvergelijking, de talenkennis en de affiniteit van individuele rechters met specifieke buitenlandse rechtssystemen. Het niet-bindende karakter van buitenlands recht blijkt door de meeste rechters echter niet als een obstakel gezien te worden. De rechters hechten meer belang aan het vinden van behulpzame inzichten en argumenten ten behoeve van de oordeelsvorming in het geval dat voorligt dan aan de herkomst van die inzichten en argumenten. Bij de motivering van de beslissing vormt het bindende nationale recht het uitgangspunt, maar worden soms aanvullende argumenten gebaseerd op buitenlands recht.

Buitenlands recht als *Fundgrube* van beleidsargumenten

Het is één zaak te constateren dat buitenlands recht volgens althans heel wat geïnterviewde rechters feitelijk op een bepaalde wijze wordt gebruikt in een nationale context, het is een andere zaak om dan zicht te krijgen op wanneer en hoe dat optimaal mogelijk is. Deze kwestie heeft minstens twee dimensies: een meer principiële en een meer praktische. De eerste dimensie heeft betrekking op het soort van argumentatie dat het meest nuttig is, de tweede op de praktische mogelijkheden en beperkingen daartoe. De eerste dimensie komt hier aan de orde, de tweede – kort – in de volgende

paragraaf.

Stapleton heeft in de context van *tort law* gesteld dat aangezien 'it is arguments that influence decisions (...)'^[30], het gebruik van buitenlands recht in een nationale setting het meest nuttig is in de context van wat wij meestal duiden als beleidsoverwegingen of -argumenten: ethische beginselen, maatschappelijke belangen, rechtspolitiek, enz. De stelling steunt op het schema dat leert dat:

- a de ratio van wetgeving of beslissing meestal is terug te voeren tot een beleidsoverweging; die zich dan
- b vertaalt in een juridisch relevante zorgvuldigheidsnorm; die c.
- c een plaats moet krijgen in het vigerende juridisch raamwerk (het systeem).

In ieder geval is wat Stapleton betreft het steunen op buitenlandse juridische constructies en systeemoverwegingen (onderdeel c) – *conceptual arrangements* – een welhaast heilloze zaak, contingent als die zijn. Tot op zekere hoogte gaat hetzelfde op voor beleidsargumenten (onderdeel a): want hoe verder het buitenlands rechtssysteem verwijderd is van de eigen leefwereld, hoe minder vanzelfsprekend het hanteren van buitenlandse beleidsargumenten blijkt omdat ook die cultureel contingent zijn, en dus moeilijk te appreciëren voor de buitenstaander. Maar hoe dan ook is de aanvaarding van een zorgvuldigheidsnorm (inclusief de wijze waarop die juridisch geapprecieerd wordt) zelf ook weer het gevolg van een lokale afweging van vaak conflicterende beleidsargumenten. Dit impliceert dat er steeds een eigen afweging zal moeten worden gemaakt over hoe in het buitenland gehanteerde beleidsargumenten te wegen en te vertalen in de eigen jurisdictie.^[31]

Laten we hierover de in de inleiding aangehaalde Engelse zaak *White vs. Jones* nog eens ter hand nemen. Het is namelijk een interessant voorbeeld van een casus waarin stevig werd geput uit het juridisch-conceptueel raamwerk van in dit geval het Duitse rechtssysteem. Maar ondanks dat deze zaak door vergelijkers veelvuldig wordt aangehaald als een succesvol voorbeeld van waartoe rechtsvergelijking in rechterlijke praktijk kan leiden^[32] – een geval van positieve inspiratie dus – is het volgens ons nu juist een voorbeeld van hoe rechtsvergelijking misleidend kan zijn. Lord Goff, die een belangrijke meerderheidsopinie schreef in deze zaak (Lord Browne en Nolan sloten zich uitdrukkelijk bij hem aan), was vooral ontevreden over het resultaat van een al te strikte toepassing van het vigerende Engelse recht. '[T]he real reason for concern in cases such as the present lies in the extraordinary fact that, if a duty owed by the testator's solicitor to the disappointed beneficiary is not recognised, the only person who may have a valid claim [in casu is dat de testator] has suffered no loss, and the only person who has suffered a loss [dat zijn de dochters] has no claim. (...) This I regard as being a point of cardinal importance in the present case.'^[33] Dat er buitencontractuele aansprakelijkheid moest worden aanvaard, lag voor Goff dan ook vast; hij steunde sterk op de beleidsoverweging dat ook advocaten en juridische hulpverleners zich aan een professionele standaard behoren te houden. Voor hem was dat een kwestie van 'practical justice'.^[34]

Maar zijn argumentatie met betrekking tot het buitenlandse recht was desondanks vooral strikt juridisch: welke concepten kunnen worden gehanteerd om een en ander in Engeland ook juridisch te onderbouwen? Goff ging dus niet primair in het buitenland op zoek naar beleidsargumenten om een nalatige juridische hulpverlener aansprakelijk te houden. Neen, hij zocht juridische constructies die zijn al genomen beslissing konden ondersteunen; naar analogie met Duits recht kwam hij tot wat we een *bijna-resultaatsverbintenis* zouden kunnen noemen van de sollicitator ten opzichte van de dochters. En dit ondanks dat daarvoor de naar Engels recht geldende barrières ten behoeve van het erkennen van een buitencontractuele schade claim in dit soort van zaken (*pure economic loss*) moesten worden doorbroken; het ging dus om een fikse inbreuk op de dogmatische structuur van het Engelse recht.

Interessant genoeg wordt *White vs. Jones* door Engelse deskundigen in *tort law* vandaag meestal begrepen als een casus waarvan de draagwijdte erg onduidelijk is. De zaak lijkt een uitzonderingsgeval en blijft discussie oproepen.^[35] Het laat zien dat Stapleton wel eens een terechte intuïtie onder woorden kan hebben gebracht: dogmatische arrangementen zijn ingebed in een organisch gegroeid systeem en veelal resultante van een eigen afweging van beleidsargumenten. In isolatie beschouwd vormen ze al snel een *Fremdkörper*. Zoals dit bij het Duitse recht het geval is, steunt het systeem van het Engelse vermogensrecht sterk op de plaatselijke en heel specifieke afstemming tussen *contract* en *tort*, waarvan het ondermeer de doelstelling is om een al te grote vloed aan schadeclaims in *tort* te voorkomen. Het gaat dan om het bekende *floodgates*-argument. De Engelse systematiek blijkt zelfs zo verankerd aan de eigen beleidsafwegingen en doelstellingen, dat de beoogde Duitse *legal transplant* tot niet meer heeft kunnen uitgroeien dan een *legal irritant*.^[36] en misschien wel gedoemd is tot afstoting. Omwille van de vrij exclusieve focus door Goff op de Duitse *juridische* constructie kon de rechtsvergelijking nauwelijks toegevoegde waarde hebben. Betekent dit dat het steunen op strikt juridische constructies onder alle omstandigheden zinloos is? Neen, maar om verschillende conclusies juridisch te onderbouwen, hoef je niet noodzakelijk over de grens te kijken. Nationaal is althans al heel veel mogelijk. 'Daar is een beetje techniek voor nodig', laat Vranken ons weten.^[37] Waar het om gaat, is dat die juridische argumenten maar beperkte zelfstandige waarde hebben. De echte vraag is niet zozeer *hoe* (de juridische vraag), maar vooral *waarom* iets op een bepaalde manier te onderbouwen (de beleidsvraag). Het hoe is dan een functie van het waarom.

Interessant in dit verband is ook de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het begrip 'voorwaardelijk opzet'. In de al vermelde hivzaken^[38] speelde de vraag of strafrechtelijke veroordeling wegens poging tot doodslag of zware mishandeling mogelijk was in geval van (blootstelling aan het risico op) hivbesmetting van een seksuele partner. Door de

betrokken ministers was een beleidsvoorkeur uitgesproken om deze zaken buiten het strafrecht te houden.^[39] Vanuit juridischconceptueel oogpunt diende de Hoge Raad te bepalen of deze zaken konden leiden tot de aanname van een breder begrip van voorwaardelijk opzet, omvattende de aanvaarding door de verdachte van de aanmerkelijke kans op besmetting met het hivvirus. In de interviews met raadsheren in de Hoge Raad^[40] kwam naar voren dat de Duitse en Zwitserse benaderingen van dit vraagstuk, overigens door AG Bleichrodt in zijn conclusie aangebracht, in de raadkamer is besproken als mogelijk aanknopingspunt voor de oordeelsvorming van de Nederlandse hoogste rechter. Maar dan vooral omdat die rechters geïnteresseerd waren in de vraag welke beleidsoverwegingen werden gehanteerd in de keuze voor een aanpak van de problematiek via gezondheidszorg of strafrecht. De juridische invulling van het begrip 'voorwaardelijk opzet' (ruime of enge reikwijdte) stond dus in direct verband met die onderliggende beleidsafweging. De geïnterviewde rechters gaven aan veel waarde te hechten aan dergelijke informatie, omdat die kan bijdragen aan het verkrijgen van conceptuele helderheid. Uiteindelijk is door de Hoge Raad niet voor de Duitse of Zwitserse benadering gekozen, maar voor een oplossing die beter past in het Nederlandse rechtssysteem en de Nederlandse rechtscultuur, en die tevens aansluit bij het belang dat werd toegekend aan het beleidsstandpunt van de ministers.^[41] Kwestie hier is natuurlijk wel dat dit alles niet expliciet door de Hoge Raad zelf werd besproken. We hebben de vermelde interviews nodig, de conclusie van de A-G en de annotatie, om één en ander te kunnen reconstrueren tot een min of meer rationele vooronderstelling over de gang van zaken.

Voor nu belangrijk om te constateren, zijn in ieder geval een aantal zaken. In de eerste plaats: indien het bij de rechtsvergelijking in de rechtspleging inderdaad vooral gaat om het kunnen putten uit buitenlandse beleidsargumenten, dan kunnen de inzichten van Stapleton verder reiken dan *tort law* alleen. Voorbeelden van rechtsgebieden waarin beleidsoverwegingen prominent worden gehanteerd en een belangrijkere rol lijken te vervullen dan systeemargumenten zouden die op het gebied van het economisch recht of mensenrechten kunnen zijn, of zaken die betrekking hebben op kwesties met bio-ethische relevantie. Juist dit soort zaken en wetgeving zouden dan hanteerbaar kunnen zijn voor een blik over de grens; de beleidsoverwegingen treden er in ieder geval al snel aan de oppervlakte en lijken een dominante rol te vervullen.^[42] Dat laat, in de tweede plaats, onverlet dat er lokaal steeds een eigen afweging moet worden gemaakt wat betreft het gewicht dat men aan beleidsargumenten wil toekennen. Hiermee samenhangend en in de derde plaats blijkt dat het hanteren van buitenlands recht in de nationale rechtspleging divers is, en dat het niet alleen gaat om het uitdrukkelijk overnemen van buitenlandse ideeën of oplossingen. Het afwijzen daarvan kan evenzeer aan de orde zijn, zoals de *Baby Kelly*-zaak laat zien. De buitenlandse inspiratie kan ook dan desondanks reëel zijn. Ook kan, in de vierde plaats, het buitenlands recht worden geraadpleegd om het eigen nationale recht beter te begrijpen (de reeds vermelde spiegelfunctie).

Praktische belemmeringen en mogelijkheden

Dit laatste slaat een mooie brug naar de vraag waarom je je als rechter zou laten inspireren door casus of wetgeving uit een West-Europese democratische rechtsstaat als Spanje of Duitsland, en niet uit, zeg, Zwitserland? Uit de rechtspraak zelf wordt dat echter vrijwel nooit duidelijk. Dit hangt samen met de kwestie van de praktische belemmeringen en mogelijkheden.^[43]

Een verwijt dat al eens wordt vernomen, is dat het weinig systematisch karakter van de hedendaagse praktijk lijkt te duiden op *cherry picking*. Bijvoorbeeld *Supreme Court Justice Roberts* maakte dit punt tijdens zijn *confirmation hearings*. 'In foreign law you can find anything you want.'^[44] Dat lijkt uit den boze want al te gebaseerd op willekeur en persoonlijke voorkeur. Maar veel is afhankelijk van wat daaronder wordt verstaan. In ieder geval lijkt het vooral een contingente kwestie te zijn: soms zijn bronnen niet beschikbaar, ontbreekt talenkennis en vertrouwde met een ander rechtsbestel. Zolang het echter gaat om het vinden van behulpzame inzichten en argumenten voor de uiteindelijk zelfstandige oordeelsvorming lijkt het ons niet noodzakelijk een probleem wanneer een rechter of gerechtshof naar Frankrijk kijkt in plaats van Duitsland, simpelweg omdat hij of zij met het Duitse recht om wat voor reden dan ook geen omgang weet te vinden en met het Franse recht wel. Het alternatief is in ieder geval helemaal niet naar buitenlandse inspiratie te zoeken. Dat zou een gemiste kans zijn. Wat ons betreft is een gebrek aan methode uiteindelijk vooral een uitnodiging om een bepaalde praktijk vanuit dat perspectief beter te doordenken, niet om die praktijk af te wijzen.

Het aantal zaken dat moet worden beslecht is een belangrijke belemmering voor een meer structurele en systematische ontwikkeling van het gebruik van buitenlands recht in de nationale rechtspleging; ook en wellicht zelfs vooral door de hoogste rechter. Zo bezien is dat vooral een logistieke kwestie die in heel wat Europees- continentale jurisdicties speelt. De Hoge Raad heeft in 2009 met 33 voltijdse Raadsheren 3681 zaken afgehandeld, zo blijkt uit het jaarverslag. Die zaken zijn niet allemaal even spannend en nodigen ook niet vanzelfsprekend uit tot een buitenlandse 'reis'. Maar het is desondanks een behoorlijk aantal, en buitenlands recht bestuderen is een intensieve en veeleisende klus. Hier ligt een kans in de hervormingen die door de commissie- Hammerstein werden voorgesteld:^[45] meer focus op de rechtsvormende taak door de Hoge Raad, gepaard met adequate ondersteuning en minder zaken, biedt mogelijkheden in deze kwestie (en dit eventueel – mede – over de boeg van de conclusies van het Parket). De vermelde rechtsvormende focus zou zelfs kunnen dwingen tot rechtsvergelijkende inspiratie, en kan daardoor een *self-fulfilling prophecy* worden. Maar zolang een hervorming in deze zin nog geen gestalte heeft gekregen, kan het gebruik van buitenlands recht in de context van de nationale rechtspleging

nauwelijks tot een meer structurele of systematische aangelegenheid uitgroeien. Op dit moment is het dat in ieder geval niet, en dat werd ook bevestigd door de geïnterviewde raadsheren in de Hoge Raad zelf: die merkten immers op dat rechtsvergelijkend onderzoek niet stelselmatig plaatsvindt, maar afhankelijk is van factoren zoals talenkennis (en ook de wetenschappelijke staf). De afwezigheid van een systematische benadering bij het gebruik van buitenlands recht blijkt tevens uit het sterk anekdotische karakter van de genoemde voorbeelden uit de eigen jurisprudentie.^[46] Een deel van de belemmeringen voor het kennis kunnen nemen van buitenlands recht kan trouwens ook worden opgelost door netwerkcontacten.^[47] Zo bleek bijvoorbeeld uit de vermelde interviews dat rechters in de hoogste nationale rechtscolleges in Europa veel persoonlijke contacten hebben en elkaar op conferenties zien. Ook lopen rechters soms stage bij elkaar. Enkele raadsheren in de Hoge Raad liepen twee weken mee met hun collega's in het Franse *Cour de cassation* of het Duitse *Bundesgerichtshof* (BGH). Het BGH is onder meer invloedrijk op het gebied van het IE-recht vanwege de kwaliteit die door rechters wordt toegeschreven aan de Duitse rechtspraak hierover (een principiële reden) en vanwege de hoeveelheid jurisprudentie over IE-zaken (een toevaligheid: het BGH heeft twaalf civiele kamers, waaronder een octrooikamer en een kamer voor overige IE-zaken). Bovendien bleek dat persoonlijke affiniteiten van rechters en A-G's ook een rol spelen bij de selectie van buitenlandse rechtsbronnen (niet alleen bij IE-recht, maar ook bijvoorbeeld bij het ondernemingsrecht).

Afsluitende beschouwingen

De in dit artikel besproken kwestie is volgens ons een symptoom van de globalisering van de rechtspleging: *bottom up* en van binnenuit en bron van allerlei vormen van inspiratie; diversiteit is het trefwoord. En dit dan in tegenstelling tot de al langer gevestigde *top down*-ontwikkeling waarbij internationaal recht via de Grondwet als bindende rechtsbron wordt binnengehaald en als toetsingsnorm aan de rechter opgelegd. Het is niet ondenkbaar dat de ontwikkeling *bottom up* uiteindelijk een bredere impact heeft dan alleen op de besluitvorming in een specifieke casus. Vooral omdat het ook kan worden gezien als een veruitwendiging van de bredere 'constitutionele' cultuur van het interpreterende gerechtshof;^[48] die kan dan trendsettend zijn voor andere hogere of lagere gerechtshoven. Maar alvast voor Nederland zou het dan nodig zijn dat in ieder geval Hoge Raad en Parket ook meer structureel en systematisch te werk gaan wanneer ze buitenlands recht hanteren, en daarover communiceren. Momenteel lijkt er eerder sprake van toevallig gebruik van buitenlandse inspiratie. De ontwikkelingen die zijn ingezet naar aanleiding van het rapport-Hammerstein zouden wat dit aangaat een katalyserende rol kunnen vervullen in de ontwikkeling door rechters zelf van een meer structurele en methodische benadering van de thematiek.

We hebben betoogd dat bij het zoeken naar buitenlandse inspiratie het strikt leunen op juridische (systeem) argumenten misleidend is. Alertheid is geboden, en een focus op beleidsargumenten lijkt aangewezen. Als we ons tot slot aan een toekomstvoorspelling mogen wagen dan zou het ons niet verrassen als strikt juridische argumenten als zodanig een steeds minder prominente rol gaan vervullen in rechterlijke argumentatie en in juridische afwegingen. Het houvast dat het systeem wil bieden blijkt namelijk meer en meer een illusie in een pluralistische rechtsomgeving^[49] waarin het recht (ruim opgevat, incl. *soft law*, enz.) steeds vaker onverwachte en complexe – transnationale én nationale – verhoudingen moet faciliteren. Een rechter die in een dergelijke context werkt, behoeft een wendbaar recht en kan niet alleen op de gebaande systematische paden manoeuvreren; overkoe pelende kwaliteitsmaatstaven, zoals algemene rechtsbeginselen, begin selen van behoorlijk bestuur, normen van redelijkheid en billijkheid, voorrangregels, discretionaire bevoegdheden, evenredigheid en proportionaliteit, gelijke behandeling en non-discriminatie, vage normen en eisen van sociale rechtvaardigheid, zullen daarbij van pas komen als smeerolie. Hoe dan ook raken de oude argumentatieschema's versleten, en kan inspiratie uit het buitenland een rol vervullen in het doorbreken van de nog al te exegetische traditie die onze rechtspleging op momenten lijkt te belemmeren.

Voetnoten

[1]

Prof. mr. M. Adams is verbonden aan de Universiteit van Tilburg (departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis) en in deeltijd aan de Universiteit Antwerpen. Dr. E. Mak is verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (sectie Rechtstheorie). Dank aan Ivo Giesen, Ewoud Hondius (beiden UU) en Jan Vranken (Tilburg) voor commentaar op een eerdere versie van dit artikel. Voor de inhoud zijn uiteraard alleen de auteurs zelf verantwoordelijk. Dit onderzoek werd mogelijk gemaakt door subsidie van het NWO.

[2]

Te vinden via www.rechtspraak.nl.

[3]

Het gaat hier dus niet om verplichte verwijzingen in de context van IPR, Europees recht, enz.

[4]

A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press 2004, p. 66 en 68. Zie verder recent over onder meer de vergelijkende interpretatiemethode door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, H. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Antwerpen: Intersentia, 2011. Senden gaat zowel in op 'interne' rechtsvergelijking met het recht van lidstaten (gebruikt met het oog op het vinden van consensus of 'common ground') als op 'externe' rechtsvergelijking met andere nietbindende bronnen, zoals VN-verdragen of uitspraken van het Canadese Supreme Court (vooral gebruikt met het oog op het ondersteunen van een specifieke conclusie).

[5]

Ibid., p. 71 (US Supreme Court Justice Sandra Day O'Connor citerend). In het jaarverslag 2009-2010 van de Hoge Raad lezen we op p. 11-12 over grensoverschrijdende samenwerking tussen rechters en parketten, waardoor kennisuitwisseling een stimulans krijgt.

[6]

In art. 39 lid 1 (c) van de Zuid-Afrikaanse Grondwet staat te lezen dat '[w]hen interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (...) may consider foreign law' (cursivering toegevoegd). Hierover bijvoorbeeld U. Bentele, 'Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa's Experience with Comparative Constitutional Law', 37 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 2009, p. 219-265; A. Lollini, 'Legal Argumentation Based on Foreign Law: An Example from Case Law of the South African Constitutional Court', 3 *Utrecht Law Review* 2007, p. 60-74.

[7]

Voor een overzicht zie S. Calabresi & S. Dotson Zimdahl, 'The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision', 47 *William and Mary Law Review* 2005, p. 743-909.

[8]

[1995] UKHL 5.

[9]

Voor nog wat Engelse, ook meer recente, voorbeelden zie T. Bingham, *Widening Horizons. The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law* (The Hamlyn Lectures), Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 16-28.

[10]

Pourvoi no B 05-16.627, Arrêt no. 511. Te vinden op: www.courdecassation.fr.

[11]

De voorzitter van de beslissende kamer en de rapporterende rechter zijn overigens wel gekend.

[12]

Art. 75CC betreft een eerder procedurele bepaling over onder meer de plaats waar het huwelijk voltrokken moet/kan worden, en die besluit met de volgende frase: 'Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme: il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.' (cursivering toegevoegd).

[13]

Zie *Gazette du Palais* maart-april 2007, p. 1073-1099.

[14]

Zie over de gang van zaken in deze kwestie tevens B. Markesinis & J. Fedtke, *Engaging with Foreign Law*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 80 en 222-223.

[15]

Door een van ons gevoerd in het kader van een groter onderzoeksproject. Zie E. Mak, 'Why do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law?', 70 *Cambridge Law Journal* 2011, p. 420-450.

[16]

Dat is kort – en misschien wat kort door de bocht – gezegd de denkrichting die leert dat de Amerikaanse Grondwet moet worden geïnterpreteerd op basis van ofwel de door de oorspronkelijke auteurs bedoelde betekenis ervan, ofwel de woordelijke betekenis.

[17]

US Supreme Court Justice Scalia lijkt heel wat van die hoedanigheden in zich te dragen. Sommige als eerder 'liberaal' – in de Amerikaanse betekenis van het woord – bekend staande juristen zijn overigens ook een bepaalde versie van het originalisme toegedaan. A. Reed Amar is er een bekend voorbeeld van. Zie zijn 'Rethinking Originalism': www.slate.com/id/2126680.

[18]

Inclusief doodsb bedreigingen aan het adres van die rechters die zich voorstander van het gebruik van buitenlands recht tonen. Zie hierover http://findarticles.com/p/newsarticles/buffalo-news/mi_8030/is_20060316/ginsburg-justices-faced-death-threats/ai_n42917094. Zie tevens recent over de Amerikaanse discussie E. Hondius, 'Naar een Europese Asser-serie. Over de noodzaak van rechtsvergelijking bij nationale toepassing van geharmoniseerd en eenvormig recht', *Ars Aequi Maandblad* 2011, p. 741-742.

[19]

'The Dutch Supreme Court is quite willing to consider comparative law'. A.S. Hartkamp, 'Comparative Law Before the Dutch Courts', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (Eds.), *Comparative Law Before the Courts*, London: The British Institute of International and Comparative Law 2004, p. 229-233. Eerder verscheen U. Drobnig & S. van Erp (eds.), *The use of Comparative Law by the Courts*, The Hague/Boston: Kluwer 1999 (met vele

landenrapporten), p. 232.

[20]

Zie supra voetnoot 15. In het kader van dit onderzoeksproject is tevens informatie verzameld in Canada, Frankrijk en de Verenigde Staten. Een monografie op basis van dit onderzoek is in voorbereiding.

[21]

HR 18 maart 2005, NJ 2006/606 (*Baby Kelly*). Zie daarover I. Giesen, 'The Use and Influence of Comparative Law, in 'Wrongful Life' Cases', http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1695379. Te verschijnen in 2012 in de *Utrecht Law Review*. Verdere voorbeelden, genoemd door rechters zelf, zijn beschreven in Mak, supra voetnoot 15. Daarvoor was er de 'wrongful birth'-problematiek, waar in de conclusie van destijds A-G Vranken tevens veel rechtsvergelijkende gegevens werden gehanteerd. HR 21 februari 1997, NJ 1999/145.

[22]

Een voorbeeld is te vinden in de uitspraak van het Britse Supreme Court in de zaak *Her Majesty's Treasury vs. Mohammed Jabar Ahmed and others (FC)* [2010] UKSC 1, [2010] 2 WLR 325.

[23]

Raadsheren in de Hoge Raad noemden in dit verband de hiv-zaken: HR 25 maart 2003, NJ 2003/552 (*HIV-I*); HR 24 juni 2003, NJ 2003/555 (*HIV-II*); HR 18 januari 2005, NJ 2005/154 (*HIV-III*); HR 20 februari 2007, NJ 2007/313 (*HIV-IV*). Zie daarover de volgende paragraaf. Tevens Giesen, supra voetnoot 21.

[24]

Hoge Raad, jaarverslag 2007-2008, p. 55-56.

[25]

HR 20 november 2009, LJN BJ6999.

[26]

Bundesgerichtshof 2 december 2004, I ZR 30/02, GRUR 2005/4, p. 349. Verkade citeert een passage waarin de Duitse rechter een beleidsargument voor beperkte wettelijke bescherming van technische innovaties meeneemt in de afwijzing van rechtsbescherming van octrooihouders na het verlopen van hun octrooi. De Duitse uitspraak wordt gebruikt als aanvulling op Nederlandse kritiek (o.a. van Verkade zelf) op eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad, welke de weg zou vrijmaken voor een (verlengd) monopolie van de octrooihouder op een bepaalde vormgeving. Zie de conclusie A-G onder 4.6. De Hoge Raad lijkt in de beslissing van de zaak niet toe te komen aan een (her)overweging van het genoemde beleidsargument. Overwogen wordt dat het oordeel van het Hof, dat inhield dat de steentjes van LEGO's concurrent uiterlijk zodanig van LEGO-blokjes verschillen dat gevaar voor nodeloze verwarring wordt voorkomen, niet onbegrijpelijk is (r.o. 3.5.3)

[27]

OBG Ltd. vs. Allan [2007] UKHL 21, [2008] A.C. 1.

[28]

Sempra Metals Ltd. vs. IRC [2007] UKHL 34, [2008] 1 A.C. 561.

[29]

Fairchild vs. Glenhaven Funeral Services Ltd. [2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32.

[30]

'(...) rather than the reading of pages upon pages from judgments.' Aldus (toen nog) Steyn LJ in *White vs. Jones* in de Court of Appeal. [1993] 3 ALL ER 500. J. Stapleton, 'Benefits of Comparative Tort Reasoning: Lost in Translation', 1 *Journal of Tort Law* 2007/3, article 6, p. 2 en 44. Over het standpunt van Stapleton, zie tevens E. Hondius, supra voetnoot 18, p. 743.

[31]

Giesen komt tot een gelijkaardige conclusie in de context van de *Baby Kelly*-zaak. Zie supra voetnoot 21. Zie ook J.M. Smits, 'Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems', in: M. Reimann & R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 514-538.

[32]

Bijvoorbeeld door de al aangehaalde Lord Bingham. Zie supra voetnoot 9.

[33]

We citeren uit de webversie: www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1995/5.html, p. 13.

[34]

Ibid., p. 10, 11, 14, 15, 16, 19 en 20.

[35]

Voor discussie en een poging om de ratio van de zaak te verklaren, zie N.J. McBride & R. Bagshaw, *Tort law*, Harlow: Pearson 2008, p. 150-154. Tevens bijvoorbeeld D. Ohrenstein, 'Professional Negligence – Owing a Duty to 3rd Parties', www.radcliffechambers.com/article-Docs/403.pdf. Ook Markesinis, op wiens werk Goff sterk steunde in *White vs. Jones*, lijkt te erkennen dat het Duitse recht in deze zaak al te zeer werd gebruikt om een reeds genomen beslissing te bevestigen. B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford: Hart 2003, p. 160.

[36]

Om een metafoor van G. Teubner te lenen: 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences', *The Modern Law Review* 1998, p. 11-32.

[37]

J. Vranken, 'Rechtsvergelijken: hoe doe je dat? Drie benaderingen en een experiment', *Universalis. Liber Amicorum Cyrille Fijnaut*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 297.

[38]

Zie supra voetnoot 23.

[39]

Kamerstukken II 2004/05, 29 800 VI, nr. 157, p. 5-9, waarnaar wordt verwezen in HR 20 februari 2007, *NJ* 2007/313 (*HIV-IV*), r.o. 4.4.

[40]

Zie supra voetnoot 15 en 23.

[41]

HR 20 februari 2007, *NJ* 2007/313 (*HIV-IV*), r.o. 4.4. Zie ook de annotatie van Buruma onder *HIV-IV*, in par. 1: 'Vanuit de doctrine bezien lijkt het arrest belangrijk voor het leerstuk van het voorwaardelijk opzet, maar mijns inziens is dat nu juist niet de beste manier om naar het arrest te kijken. Het gaat veeleer om de volgens de Hoge Raad te betrachten terughoudendheid om strafrechtelijke aansprakelijkheid te aanvaarden voor (met het oog op HIV-Aids) gevaarzettend gedrag. Laten we dit arrest maar niet bezien als een opzet-arrest, maar als een *HIV*-arrest.' En tevens in par. 6: [D]e Hoge Raad [heeft] tot uitdrukking willen brengen dat het strafrecht er niet is voor vanuit HIV-besmetting riskant handelen.'

[42]

Zie tevens de hierboven genoemde observatie van Franse rechters over het nut van rechtsvergelijking bij de beoordeling van zaken die betrekking hebben op maatschappelijke controversiële onderwerpen ('*grands sujets*').

[43]

Voor een meer uitgebreidere uiteenzetting hierover verwijzen we naar E. Hondius, supra voetnoot 18, p. 743-746. De kwestie door Hondius besproken herhalen we hier niet.

[44]

www.asksam.com/ebooks/JohnRoberts/confirmation_hearing.asp.

[45]

Meer uitgebreid J. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009/806, p. 1082-1093.

[46]

Zie E. Mak, supra voetnoot 15. Dit is ook de conclusie van J.M. Smits, supra voetnoot 31, p. 536.

[47]

Over de sociale en psychologische invloed die hiervan zou kunnen uitgaan ('acculturatie'), zie onder meer E.A. Young, 'Foreign Law and the Denominator Problem', 119 *Harvard Law Review* 2005, p. 157-158 (met verdere verwijzingen).

[48]

Vgl. S. Choudry, 'Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation', 47 *Indiana Law Journal* 1999, p. 888.

[49]

Hierover onder meer M. Adams & W.J. Witteveen, 'Gedaantewisselingen van het recht', *NJB* 2011/457, p. 540-546 (onder verwijzing naar W. Van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel*, Mechelen: Kluwer 2010).