

De ‘charme’ van het internationaal privaatrecht. Een rechtstheoretische benadering

David Althoff*

This article reflects on private international law from the legal theoretical point of view of the relationship between rules and principles. Current Dutch private international law is mainly codified in legal rules found in national, European, and international instruments. When rules are enacted or formed in case law, the underlying principles and the weighing of these principles that justify the private international law rules are obfuscated. The justifications for the rules and the choices made prior to their formation recede into the background. This article posits that if private international law rules have been codified or considered in case law, the three private international law questions: which court has jurisdiction, which law applies to the international legal relationship, and whether a foreign judgment can be recognised and enforced, need to be modified in order to uncover the justifications for the rules. While the question of what ‘is’ focuses on the rule, the question of what ‘justifies’ centres on the principles. Asking what ‘justifies’ would lead to a more principle-focused approach in private international law, rather than a rule-focused one.

1. Inleiding

In de speciale editie van het Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht (FJR) ter afscheid van Lisette Frohn bij de stichting Internationaal Juridisch Instituut (IJI) en het FJR heeft Polak een notitie geschreven waarin hij de lezer meeneemt door veertig jaar ontwikkeling van het Nederlandse internationaal privaatrecht (IPR).¹ De door hem geschetste ontwikkeling staat vooral in het teken van codificatie. Volgens Polak heeft die codificatie ertoe geleid dat het IPR zich ‘van enigszins op zichzelf staand rechtsgebied [heeft, DA] getransformeerd in een instrumentarium dat soms ten dienste staat van aanpalende rechtsgebieden’.² Hoewel Polak de ontwikkeling van het IPR ‘van “buitenissig” naar “doorsnee” [...] op zichzelf positief’ vindt vanwege ‘een betere

* David Althoff is Doctoral Researcher bij het Luxembourg Centre for European Law (LCEL) van de University of Luxembourg en medewerker van NIPR. Een eerdere conceptversie van het artikel heeft aan de basis gestaan van een presentatie gegeven op 10 september 2024 in de ‘Referentenrunde’ georganiseerd door prof. B. Hess. De auteur bedankt prof. Hess voor zijn opmerkingen naar aanleiding van deze presentatie. Eveneens bedankt de auteur prof. M.H. ten Wolde, dr. K. Sharma, F.K. Adams, mr. D. Sorokin, J. Vervliet, W. Bruno LLM en dr. M. Konstantinidis, voor hun bereidheid om mee te denken en aanmoediging tot publicatie.

1 M.V. Polak, ‘Reis door het internationaal privaatrecht’, *FJR* 2022/58, p. 302-303.

2 *Ibid.*, p. 303.

toegankelijkheid en hanteerbaarheid van het IPR, is 'de beoefening' ervan voor hem wel 'een deel van haar vroegere charme' kwijtgeraakt.³

Deze observatie van Polak zet aan het denken. Hoe kan een beter toegankelijk en beter hanteerbaar IPR nu leiden tot een verlies aan 'charme'? Persoonlijk ben ik zeer gecharmeerd van het IPR, ook in zijn huidige (grotendeels) gecodificeerde vorm. In deze bijdrage zal ik dan ook nader onderzoeken wat voor mij aan het IPR 'charme' geeft en hoe een gepercipieerd verlies aan 'charme' vanwege codificatie mogelijk kan worden weggenomen. Dit poog ik te doen door het Nederlandse IPR vanuit een rechtstheoretisch perspectief te benaderen. Rechtstheorie biedt een kader om te reflecteren op de fundamenteën van het IPR. Dat er behoefte is aan een fundamentele reflectie op het IPR volgt ook uit recent verschenen titels waarin het IPR rechtstheoretisch, zowel methodologisch als filosofisch, wordt benaderd.⁴

Nu kan met een 'rechtstheoretische benadering' veel worden bedoeld vanwege de verschillende manieren waarop het recht kan worden benaderd, waardoor een dergelijke verzamelterm verschillende theorieën omvat.⁵ In deze bijdrage zal het vooral gaan om de verhouding tussen rechtsregels en rechtsbeginselen.⁶ Het gaat in die zin dan ook om een *elementaire* rechtstheoretische benadering van het IPR. De verhouding tussen rechtsregels en rechtsbeginselen kan de gevolgen van de codificatie van het Nederlandse IPR en daardoor ook het verschil in inzicht over de 'charme' daarvan verklaren.

In deze bijdrage wordt eerst ingegaan op het verband tussen rechtsregels en rechtsbeginselen in de context van het IPR (par. 2). Uit dit verband volgt dat de drie traditionele IPR-vragen licht aangepast zouden moeten worden om sneller tot de rechtsbeginselen te komen voor een fundamentele benadering van het IPR (par. 3). De bijdrage sluit af met een conclusie (par. 4).

3 Ibid.

4 Zie bijv. de recent verschenen titels: A. Dickinson, 'Natural justice in recognition and enforcement of foreign judgments', in: *The Hague Academy Collected Courses Online*, Volume 446, Brill/Nijhoff 2025, p. 305-545; R. Banu, M.S. Green & R. Michaels (red.), *Philosophical Foundations of Private International Law* (Philosophical Foundations of Law series), Oxford: Oxford University Press 2024; X. Kramer & L. Carballo Piñero (red.), *Research Methods in Private International Law. A Handbook on Regulation, Research and Teaching* (Handbooks of Research Methods in Law), Cheltenham: Edward Elgar 2024. Zie eerder ook: H. Muir Watt & D.P. Fernández Arroyo (red.), *Private International Law and Global Governance* (Law and Global Governance Series), Oxford: Oxford University Press 2014.

5 Zie bijvoorbeeld de verschillende theoretische benaderingen van het recht in: B.H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, London: Sweet and Maxwell 2023; J. Coleman & S. Shapiro (red.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, New York: Oxford University Press 2002.

6 Zie in het algemeen: Bix 2023/7-02 (zie noot 5), waar hij het vroegere werk van Dworkin bespreekt. Vgl. in het IPR: W.L.M. Reese, 'Choice of Law Rules or Approach', *Cornell Law Review* 1971-1972, 57(3), p. 315-334, die het heeft over de relatie tussen 'policies' en 'rules' en een voorstander is van de ontwikkeling van IPR-regels, p. 318-319, 333; J.W. Singer, 'Real Conflicts', *Boston University Law Review* 1989, 69(1), p. 1-130, specificeer p. 6-23, over 'rules' en 'standards' en de verbondenheid daartussen; N.E. Hatzimihail, *Preclassical Conflict of Laws*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, p. 173-177. Voor dit artikel is het niet noodzakelijk om het onderscheid tussen 'policies' en 'standards' in relatie tot beginselen te maken, zie ook voetnoot 8.

2. De verhouding tussen regels en beginselen in het IPR

2.1 Rechtsregels en rechtsbeginselen

Het belang van de rechtstheorie voor het IPR lijkt te liggen in de relatie tussen rechtsregels en rechtsbeginselen. Over de samenhang tussen rechtsregels en rechtsbeginselen is door verschillende bekende rechtstheoretici geschreven: ik noem hier Scholten,⁷ Dworkin,⁸ het ‘postscript’ bij Harts opvatting in zijn reactie op Dworkin,⁹ en, recenter, Gordley.¹⁰ Maar ook in de ter kennismaking met de rechtsgeleerdheid geschreven Nederlandse ‘Inleiding recht’ wordt in het hoofdstuk ‘Rechtswetenschap en rechtsvinding’, geschreven door Kwak, stilgestaan bij het verband tussen rechtsregels en rechtsbeginselen en hoe die beginselen bijdragen aan het begrip van rechtsregels.¹¹

In de literatuur worden een aantal verschillen tussen rechtsregels en rechtsbeginselen onderscheiden.¹² Rechtsregels zijn concreet, terwijl rechtsbeginselen abstract van aard zijn.¹³ Rechtsbeginselen kunnen dan ook niet direct worden toegepast om een casus op te lossen.¹⁴ Volgens Kinneging dienen beginselen te ‘worden uitgewerkt in concrete normen, oftewel regels’.¹⁵ Anders dan rechtsregels geven rechtsbeginselen niet een direct antwoord op een concre-

-
- 7 P. Scholten, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1974/15, Hoofdstuk I: De methode van het privaatrecht.
 - 8 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Londen: Bloomsbury 2013, p. 38-45. Dworkin onderscheidt naast regels en beginselen ook een derde categorie genaamd ‘policies’. ‘Policies’ hebben volgens hem een te bereiken doel dat ‘in het algemeen een verbetering in een zeker economisch, politiek of sociaal aspect van de samenleving’ inhoudt. Beginselen hebben daarentegen deel aan een morele notie van rechtvaardigheid, aldus Dworkin. Het verschil is dat ‘policies’ over ‘collectieve doelen’ gaan, terwijl beginselen zien op ‘individuele rechten’, zie p. 115-119. Het onderscheid is echter niet altijd goed te maken, zie p. 39. In deze bijdrage blijft dit buiten beschouwing, omdat het verder gaat dan het punt dat wordt gemaakt: het verschil tussen regels (concreet) en beginselen (algemeen). Zie over het onderscheid tussen beginselen en ‘policies’ in het kader van het EEX-verdrag: J.A. Pontier & E. Burg, *EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters According to the Case Law of the European Court of Justice*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2004, p. 7-8.
 - 9 H.L.A. Hart/P.A. Bulloch & J. Raz, ‘Postscript’, in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 259-263.
 - 10 J. Gordley, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 32.
 - 11 A.J. Kwak, ‘Rechtswetenschap en rechtsvinding’, in: P.B. Cliteur & A. Ellian, *Inleiding recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 40-43. Op p. VI, onder de verantwoording van de vierde druk, staat dat dit hoofdstuk door Kwak geschreven is.
 - 12 *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7); Hart/Bulloch & Raz 2012, p. 259-263 (zie noot 9); Dworkin 2013, p. 39-45 (zie noot 8).
 - 13 *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7); Hart/Bulloch & Raz 2012, p. 260 (zie noot 9); Dworkin 2013, p. 39-43 (zie noot 8). Vgl. hierover A. Beever, *Law’s Reality. A Philosophy of Law* (Elgar Studies in Legal Theory), Cheltenham, VK/Northampton, MA, VS: Edward Elgar Publishing 2021, p. 227.
 - 14 *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7); Dworkin 2013, p. 41-42 (zie noot 8).
 - 15 A.A.M. Kinneging, *Hercules op de Tweesprong*, Amsterdam: Prometheus 2023, p. 431.

te rechtsvraag.¹⁶ Zij geven de redenen voor de rechtsregel, het doel dat daarmee wordt gediend, en maken deel uit van een begrip van rechtvaardigheid.¹⁷ Het zijn dan ook onze idealen die de motor van de ontwikkeling van het recht vormen.¹⁸ Met andere woorden, het rechtsbeginsel rechtvaardigt de rechtsregel.¹⁹

Daarnaast kennen rechtsbeginselen volgens Dworkin een dimensie van 'gewicht of belang'.²⁰ Daarmee wordt bedoeld dat rechtsbeginselen met elkaar kunnen botsen bij het bepalen van de inhoud van een rechtsregel en dat daarom een afweging dient te worden gemaakt.²¹ Tevens kunnen rechtsbeginselen ten opzichte van elkaar een concretere of juist algemenere aard hebben en lager of hoger in rang zijn.²² Volgens Dworkin hebben rechtsregels slechts een 'alles-of-niets-karakter', waarmee hij bedoelt dat tegenstrijdigheid tussen regels tot gevolg heeft dat één van die rechtsregels niet geldig is.²³ Blijkens het postscript van Hart op zijn *Concept of Law* is dit contrast tussen rechtsregels en rechtsbeginselen echter niet zo scherp te trekken als Dworkin dat doet en gaat het veeleer om een 'gradueel' verschil.²⁴ Uit dit postscript volgt dat ook rechtsbeginselen rechtsregels opzij kunnen zetten.²⁵ In deze bijdrage gaat het echter vooral om de notie dat rechtsbeginselen rechtsregels rechtvaardigen en dat rechtsbeginselen tegen elkaar dienen te worden afgewogen in belang als daartussen strijd bestaat.

2.2 De 'buitenissige' aard van het IPR

Deze verhouding rechtsregel-rechtsbeginsel speelt op de achtergrond ook in het IPR. Zoals in de inleiding is vermeld, heeft de codificatie van het IPR voor Polak geleid tot een gedeeltelijk verlies aan 'charme' en is het veranderd van een 'buitenissig' naar een 'doorsnee' rechtsgebied. Maar is het geschreven of ongeschreven zijn het criterium om te bepalen of de aard van het rechtsgebied van uitzonderlijk naar regulier is veranderd? Ik denk het niet. Wat mij betreft is de bijzondere aard van het IPR gelegen in het internationale element van het rechtsgebied, met andere woorden, dat het zich richt op internationale rechtsverhoudingen.²⁶ Het is dit internationale element dat leidt tot een 'regelgerichtheid' in het IPR waardoor de rechtsbeginselen vaak buiten zicht blijven. Codificatie is op zichzelf niet de reden daarvoor. Hieronder zal eerst wor-

16 P. Scholten, 'Rechtsbeginselen', p. 403, in: G.J. Scholten, Y. Scholten & M.H. Bregstein, *Verzamelde geschriften van Prof. Mr. Paul Scholten. Deel I*, Zwolle: Tjeenk Willink 1949.

17 Hart/Bullock & Raz 2012, p. 260 (zie noot 9); Dworkin 2013, p. 39, 42 (zie noot 8); Kwak, p. 42, in: Cliteur & Ellian 2023 (zie noot 11). Vgl. *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7), waarin het gaat over 'het zedelijk element in het recht'.

18 Scholten 1949, p. 405 (zie noot 16). Vgl. *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7).

19 Hart/Bullock & Raz 2012, p. 260 (zie noot 9).

20 Dworkin 2013 (zie noot 8), p. 43; Bix 2023/7-02 (zie noot 5). Vgl. *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7).

21 Dworkin 2013, p. 43 (zie noot 8); *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7).

22 Dworkin 2013, p. 42 (zie noot 8); Gordley 2006, p. 32 (zie noot 10); *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7).

23 Dworkin 2013, p. 43 (zie noot 8). Zie ook Bix 2023/7-02 (zie noot 5).

24 Hart/Bullock & Raz 2012, p. 261-263 (zie noot 9).

25 Ibid.

26 M.H. ten Wolde, *Handboek Internationaal Privaatrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 23.

den ingegaan op de regelgerichtheid in het ongeschreven IPR (par. 2.2.1) om vervolgens die regelgerichtheid te verklaren vanuit het internationale element van het IPR (par. 2.2.2).

2.2.1 Ongeschreven IPR-regels

Of rechtsregels nu zijn gecodificeerd of slechts in de rechtspraak zijn overwogen, maakt voor de regelgerichtheid van het IPR niet uit. IPR-regels geformuleerd in de rechtspraak zijn evenzeer rechtsregels als regels die gecodificeerd zijn in een wet, een verdrag of een EU-verordening.²⁷ Denk bijvoorbeeld aan de juridisch-technische IPR-regels in de aanknopingsladder bepaald in HR-*Chelouche/Van Leer*.²⁸ In die aanknopingsladder zitten verschillende verwijzingsregels waarbij in de volgorde van rechtskeuze, gemeenschappelijke nationaliteit, eerste huwelijks-domicilie en nauwste verbondenheid wordt aangeknoopt.²⁹ Daarbij komt dat met deze uitspraak de vaststelling van het toepasselijk recht op het huwelijksvermogensregime evenzeer ‘toegankelijker’ en ‘hanteerbaarder’ geworden is als met de gecodificeerde IPR-regels in bijvoorbeeld art. 3 en 4 van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 of art. 22 en 26 van de EU-Huwelijksvermogensverordening.³⁰ Al deze IPR-verwijzingsregels, gecodificeerd of overwogen in de rechtspraak, en de daarin liggende aanknopingsfactoren worden gerechtvaardigd door de daaraan ten grondslag liggende afweging van verschillende rechtsbeginselen.³¹

Uiteraard is gecodificeerd recht minder kneedbaar dan rechtersrecht. Gecodificeerd recht bevat algemene regels die van toepassing zijn op een veelvoud van situaties.³² Rechtspraak is gebaseerd op het concrete geval.³³ Rechtspraak biedt dan ook meer ruimte voor debat in nieuwe afwijkende gevallen dan die welke reeds zijn beoordeeld. Dit volgt ook uit de nuances die nadien op HR-*Chelouche/Van Leer* zijn aangebracht in nadere rechtspraak.³⁴ Dit is echter niet het voornaamste verschil. Het voornaamste verschil tussen gecodificeerde IPR-regels en IPR-regels

27 Vgl. Dworkin 2013, p. 45 (zie noot 8), wanneer de rechter over een ‘moeilijke zaak’ beslist waarbij rechtsbeginselen dienen te worden afgewogen om vervolgens een beslissing te nemen, waarna een rechtsregel ontstaat.

28 HR 10 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AE1063, *NJ* 1977/275, m.nt. J.C. Schultsz (*Chelouche/Van Leer*). Zie over deze uitspraak uitgebreid M.H. ten Wolde, ‘Huwelijk, persoonlijke betrekkingen tussen echtgenoten, huwelijksvermogensrecht’, in: F. Ibili (red.), *Nederlands internationaal personen- en familierecht* (Recht en Praktijk nr. PFR3), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 117-123.

29 Ten Wolde 2022, p. 117-118, 120-123, in: Ibili (red.) 2022 (zie noot 28).

30 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, ‘s-Gravenhage, 14-03-1978 (*Trb.* 1988, 130); Verordening (EU) 2016/1103 van de Raad van 24 juni 2016 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels (*Pb EU* 2016, L 183/1).

31 Vonken heeft het over ‘belangen of beginselen’ die de aanknopingsfactor in het conflictenrecht en internationale bevoegdheidsrecht rechtvaardigen: A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer, S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 10. Internationaal Privaatrecht. Deel I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/202, 206, 303.

32 Zie over hoe over het verschil tussen wet en rechtspraak kan worden gedacht: *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/19 (zie noot 7).

33 Ibid.

34 Zie hierover Ten Wolde, p. 118-120, in: Ibili (red.) 2022 (zie noot 28).

die zijn overwogen in de rechtspraak ligt in de relatie van die rechtsregels tot rechtsbeginselen en hoe die beginselen zich manifesteren.³⁵

2.2.2 Het internationale element van het IPR

Een rechtsverhouding is internationaal als er meer dan twee staten bij betrokken zijn, met elk een eigen rechtsstelsel.³⁶ IPR-regels bieden ingeval van een internationale rechtsverhouding een antwoord op de vraag welke rechter bevoegd is kennis te nemen van een vordering betreffende deze rechtsverhouding, welk recht op deze rechtsverhouding van toepassing is, en of beslissingen daarover van rechters van de ene staat juridisch doorwerken in de andere staat.³⁷ Deze vragen spelen alleen een rol in een internationale rechtsverhouding. Zij geven antwoorden op vragen die voorafgaan aan (internationale bevoegdheid en toepasselijk recht) of achteraf komen bij (erkenning en tenuitvoerlegging) de toepassing van materieel nationaal privaatrecht dat een inhoudelijk antwoord geeft op een bepaalde rechtsvraag.³⁸ Alleen in een internationaal verband dat zich kenmerkt door 'internationale rechtsverscheidenheid' en 'grensoverschrijdend rechtsverkeer' zijn IPR-regels van belang om internationale bevoegdheids-, toepasselijk recht-, en erkennings- en tenuitvoerleggingsvragen te beantwoorden.³⁹

Om deze traditionele IPR-vragen te kunnen beantwoorden, dient rekening te worden gehouden met de grondslag van de vordering, de geografische locatie van partijen en relevante feiten, de verschillende bronnen waarin IPR-regels te vinden zijn, de hiërarchie tussen die bronnen, de aanknopingspunten of -factoren in de IPR-regels ter rechtvaardiging van internationale bevoegdheid of de toepassing van een bepaald nationaal recht, en de uitleg van die aanknopingspunten in de rechtspraak.⁴⁰ Daarnaast bestrijkt het IPR het gehele privaatrecht vanuit een internationaal perspectief, waardoor enige kennis van de verschillende deelgebieden in het materiële privaatrecht noodzakelijk is.⁴¹

Het IPR wordt dan ook als een complex en juridisch-technisch onderwerp beschouwd.⁴² Dat lijkt vooral samen te hangen met aspecten die een rol spelen bij rechtsverhoudingen met een internationale dimensie.⁴³ Juist in die internationale context is behoefte aan rechtszekerheid in de zin van makkelijk toepasbare rechtsregels die bepalen welke rechter internationaal bevoegd

³⁵ Zie par. 2.3.2.

³⁶ Ten Wolde 2021, p. 20 (zie noot 26).

³⁷ Vgl. de 'bestaansvoorwaarden' en de drie klassieke IPR-onderwerpen: L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/2-3; Ten Wolde 2021, p. 20-22 (zie noot 26).

³⁸ Ten Wolde 2021, p. 23 (zie noot 26).

³⁹ Strikwerda & Schaafsma 2019/16 (zie noot 37); Ten Wolde 2021, p. 20 (zie noot 26). Vgl. V. Ruiz Abou-Nigm & R. Michaels, 'Towards private international law for everyone', in: Kramer & Carballo (red.) 2024, p. 253 e.v. (zie noot 4).

⁴⁰ Zie over al deze aspecten en meer: Strikwerda & Schaafsma 2019/7, 9-14, 29, 33-35, 95-100 (zie noot 37).

⁴¹ C. McLachlan, 'On the Interface Between Public and Private International Law', in: *The Hague Academy Collected Courses Online*, Volume 446, Brill/Nijhoff 2025, p. 64. Vgl. Strikwerda & Schaafsma 2019/6 (zie noot 37); Ten Wolde 2021, p. 23 (zie noot 26).

⁴² Vgl. A.A.H. van Hoek, 'Teaching private international law. A view from the Netherlands', p. 361, 365, 375, in: Kramer & Carballo Piñero (red.) 2024 (zie noot 4).

⁴³ Vgl. Strikwerda & Schaafsma 2019/7 (zie noot 37), over '[i]nternationale gevallen'.

is, welk recht van toepassing is en of een buitenlandse gerechtelijke beslissing kan worden erkend.⁴⁴ Het is dan ook niet vreemd dat een hanteerbaar stelsel van rechtsregels, al dan niet gecodificeerd, het streven is voor het IPR.⁴⁵

Maar het is evenmin vreemd dat de nadruk op IPR-regels wordt gelegd in plaats van op rechtsbeginselen. Rechtsregels lenen zich nu eenmaal beter voor toepassing dan rechtsbeginselen.⁴⁶ Echter, als we ons alleen maar op de IPR-regels richten, hoe wordt dan voorkomen dat het IPR een zuiver juridisch-technisch rechtsgebied wordt? Het maken van een afweging van rechtsbeginselen die voortvloeien uit het internationale karakter van het IPR als geheel, het specifieke privaatrechtelijke onderwerp en het betreffende IPR-onderdeel, is daarvoor noodzakelijk.⁴⁷ Het is dan ook van belang dat, ondanks de regelgerichtheid in het IPR, de rechtsbeginselen niet uit het oog worden verloren.

Dat de nadruk soms wel heel sterk op rechtsregels ligt in het IPR volgt bijvoorbeeld uit HvJ EU-*Wikingerhof*.⁴⁸ De redenering van het Hof of er sprake is van een verbintenis uit overeenkomst in de zin van art. 7 lid 1 Brussel I-bis of een verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van art. 7 lid 2 Brussel I-bis, wordt daarin vooral uitgelegd naar de verhouding van die regels tot elkaar.⁴⁹ Voorafgaand aan die redenering wordt wel de rechtvaardiging voor art. 7 lid 1 en 2 Brussel I-bis aangestipt.⁵⁰ Nadien wordt de regelgerichte redenering ook gerechtvaardigd met een verwijzing naar het nabijheidsbeginsel en het beginsel van een goede rechtsbedeling.⁵¹ De rol van die rechtsbeginselen maakt echter geen centraal onderdeel uit van de redenering, terwijl de A-G deze rechtsbeginselen veeleer als uitgangspunt van zijn redenering lijkt te nemen.⁵² Een

44 Vgl. *Asser/Vonken 10 I* 2023/211-212, in het kader van het conflictenrecht, maar blijkens nr. 205 en 303 e.v. ook in het kader van het internationale bevoegdheidsrecht.

45 Vgl. in het kader van de Brussel I-bis considerans nr. 15 waarin staat dat '[d]e bevoegdheidsregels [...] in hoge mate voorspelbaar [moeten] zijn'. Zie ook Reese 1971-1972, p. 322 (zie noot 6).

46 Zie par. 2.1. In dat verband is de observatie van Hatzimihail dat het moderne IPR gekozen heeft voor regels en de term '*rule formalism*' treffend, zie Hatzimihail 2021, p. 173-177 (zie noot 6).

47 Zie over die afweging van rechtsbeginselen in het kader van het conflictenrecht en het internationale bevoegdheidsrecht *Asser/Vonken 10-I* 2023/206 e.v. 303 (zie noot 31). Vgl. over rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de aanknopingsfactoren in het conflictenrecht Ten Wolde 2021, p. 57-60 (zie noot 26).

48 HvJ EU 24 november 2020, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950 (*Wikingerhof*). Zie over deze uitspraak en de afbakening tussen deze twee bepalingen: M. Requejo Isidro, E. Wagner & M. Gargantini, 'Article 7', nr. 7.38-7.43, in: M. Requejo Isidro (red.), *Brussels I Bis. A Commentary on Regulation (EU) No 1215/2012* (Elgar Commentaries in Private International Law), Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2022. Zie ook V. Lazić & P. Mankowski (i.s.m. L. Pein), *The Brussels I-Bis Regulation. Interpretation and Implementation* (Elgar European Law and Practice), Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2023/2.169-2.171.

49 HvJ EU 24 november 2020, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950, nr. 28 (*Wikingerhof*), verwijzend naar considerans nr. 16 Brussel I-bis. Vgl. het voorbeeld van Singer over kwalificatie van een interstatelijke vordering in de VS als voortkomend uit het contractenrecht of onrechtmatige daad, zie Singer 1989, p. 9-13 (zie noot 6).

50 HvJ EU 24 november 2020, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950, nr. 29-36 (*Wikingerhof*).

51 HvJ EU 24 november 2020, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950, nr. 37 (*Wikingerhof*). Zie voor een verwijzing naar de beginselen van nabijheid, voorspelbaarheid en goede rechtsbedeling na het formuleren van de conclusie recent: HvJ EU 2 december 2025, C-34/24, ECLI:EU:C:2025:936, nr. 69-74 (*Stichting Right to Consumer Justice en Stichting App Stores Claims*).

52 Conclusie A-G Saugmandsgaard Øe, C-59/19, ECLI:EU:C:2020:688, nr. 40, 46 (*Wikingerhof*).

ander voorbeeld is HvJ EU-NK.⁵³ Daarin gaat het over de vraag of een *Peeters/Gatzen*-vordering als 'burgerlijke en handelszaak' in de zin van de Brussel I-Verordening moet worden gekwalificeerd of juist als vordering 'die rechtstreeks [voortvloeit] uit een insolventieprocedure en daarmee nauw verband [houdt]'.⁵⁴ Het Hof overweegt dat het 'doorslaggevend criterium' om dit te bepalen de 'rechtsgrondslag' van de vordering is, zonder dat daarbij het in de considerans van de Insolventieverordening genoemde proportionaliteitsbeginsel,⁵⁵ of het voorzienbaarheidsbeginsel, nabijheidsbeginsel, nauwe band-beginsel of beginsel van goede rechtsbedeling uit de Brussel I-Verordening,⁵⁶ tegen elkaar worden afgewogen.⁵⁷ Een *Peeters/Gatzen*-vordering valt onder het begrip 'burgerlijke en handelszaak' van de Brussel I-Verordening nu deze als onrechtmatige daad haar grondslag vindt in 'de gemene regels van burgerlijk recht en handelsrecht'.⁵⁸ In HvJ EU-BMA is de *Peeters/Gatzen*-vordering overigens wel weer met een expliciete onderbouwing op grond van beginselen gekwalificeerd als onrechtmatige daadsvordering in de zin van art. 7 lid 2 Brussel I-bis.⁵⁹ Dat neemt echter niet weg dat ook voor de gevallen waarin die rechtsbeginselen niet expliciet zijn overwogen in de uitspraak van het Hof, deze wel van belang zijn om de IPR-regels nader te ontwikkelen. Overigens dient te worden opgemerkt dat eerder door Pontier & Burg is geconcludeerd dat het Hof juist wel vaak vanuit de beginselen redeneert in het geval van het EEX-verdrag.⁶⁰

2.3 De rol van rechtsbeginselen in het IPR

2.3.1 Totstandkoming van de rechtsregel: het rechtsbeginsel vooraf

Rechtsbeginselen worden 'vooraf en algemeen' per verschillend onderwerp (privaatrechtelijk of IPR) tegen elkaar afgewogen en 'niet achteraf [...] in het concrete geval', om tot een aanknopingsfactor in een IPR-regel te komen.⁶¹ Aan de per onderwerp verschillende aanknopingsfactoren waarin volgens het Savigniaanse systeem het 'zwaartepunt' van de internationale rechtsverhouding tot uitdrukking komt, gaat aldus een afweging van verschillende rechts-

53 HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96 (NK).

54 Ibid., nr. 23, 26-27.

55 Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, considerans nr. 6.

56 Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, considerans nrs. 11-12. Zie hierover in het kader van art. 7 sub 2 Brussel I-bis: M.H. ten Wolde, 'Het *forum delicti* volgens het EEX: "Je gaat het pas zien als je het door hebt"', *NIPR* 2019/277, p. 333-334; M.H. ten Wolde, 'De plaats van het *Erfolgsort* in het *forum delicti* van het EEX. Is de puzzel gelegd?', *NIPR* 2020/274, p. 253-254.

57 Ook in de conclusie van A-G Bobek 18 oktober 2018, C-535/17, ECLI:EU:C:2018:850 (NK) wordt die afweging niet expliciet gemaakt.

58 HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96, nr. 34 (NK).

59 HvJ EU 10 maart 2022, C-498/20, ECLI:EU:C:2022:173, nr. 34, 36 (BMA Nederland).

60 Pontier & Burg 2004, p. 235 (zie noot 8).

61 *Asser/Vonken 10-I* 2023/207 (zie noot 31). Zie ook A.P.M.J. Vonken & F. Ibili (m.m.v. F.W.J.M. Schols), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel II. Internationaal personen- en familierecht en erfrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/8.

beginselen vooraf.⁶² Ten Wolde heeft het ook wel over de verhouding tussen ‘conflictregels en aanknopingsbeginselen’.⁶³ Deze rechtsbeginselen vloeien voort uit het internationale karakter van het IPR en het specifieke materiële privaatrechtelijke deelonderwerp.⁶⁴ Vonken onderscheidt in het algemeen het ‘beginsel van de sterkste verbondenheid’, dat weer wordt ingevuld door ‘het beginsel van hanteerbaarheid/proceseconomie’, het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van ‘beslissingsharmonie’ en het ‘vertrouwensbeginsel’.⁶⁵ Verder onderscheidt Vonken ook materieelrechtelijke rechtsbeginselen zoals het beschermingsbeginsel, het begunstigingsbeginsel en het beginsel van partijautonomie.⁶⁶ Al deze beginselen verhouden zich op een bepaalde manier tot elkaar en worden tegen elkaar afgewogen om vervolgens tot een IPR-regel met aanknopingsfactor te komen. Dit geldt zowel voor gecodificeerde IPR-regels als voor die in de jurisprudentie zijn overwogen. In het geval van jurisprudentie is het in de context van de omvang van het geschil, de argumenten aangevoerd door partijen en de afweging daarvan door de rechter waarbinnen de rechtsbeginselen zich doen gelden.⁶⁷ In het geval van codificatie is dat in het vaststellingsproces van het instrument waarin de IPR-regel is opgenomen.⁶⁸ In beide gevallen wordt er een afweging en een keuze ‘vooraf’ gemaakt tussen een combinatie van verschillende rechtsbeginselen.

2.3.2 Interpretatie van en kritiek op de rechtsregel: het rechtsbeginsel achteraf

Indien er sprake is van codificatie van rechtsregels dan worden rechtsbeginselen ook wel als uitgangspunt of doel geformuleerd.⁶⁹ In rechtstheoretische bewoordingen van Hart is er dan een ‘*rule of recognition*’ die de beginselen die als rechtsbeginselen gelden aanwijst.⁷⁰ Vooral in het EU-recht wordt duidelijk gewerkt met rechtsbeginselen als uitgangspunt; zie bijvoorbeeld de considerans van de Brussel I-bis-Verordening.⁷¹ In dat geval zijn zowel de rechtsregel als het

62 *Asser/Vonken 10-I 2023/202-206* (zie noot 31).

63 Ten Wolde 2021, p. 57-60 (zie noot 26).

64 *Asser/Vonken 10-I 2023/204, 206* (zie noot 31). Vonken noemt ook ‘(semi)publiekrechtelijke’ rechtsbeginselen, maar deze kunnen buiten beschouwing blijven in het kader van de onderhavige bijdrage.

65 Zie opgesomd in het kader van het internationale bevoegdheidsrecht: *Asser/Vonken 10-I 2023/205* (zie noot 31), maar voor uitgebreide behandeling in het conflictenrecht, zie geheel hoofdstuk 3; *Asser/Vonken & Ibili 10-II 2021/8* (zie noot 61), in het kader van nationaliteitsaanknopning in het personen- en familierecht en erfrecht.

66 *Asser/Vonken 10-I 2023/205 e.v.* (zie noot 31). Vgl. Strikwerda & Schaafsma 2019/34, 104-108 (zie noot 37); Ten Wolde 2021, p. 57-58 (zie noot 26).

67 Vgl. Dworkin 2013, p. 45 (zie noot 8); Reese 1971-1972, p. 322 (zie noot 6).

68 Vgl. Dworkin 2013, p. 106-107 (zie noot 8).

69 In rechtsregels geformuleerd in de rechtspraak hoeft dat niet het geval te zijn, waardoor met IPR-regels kenbaar uit rechtspraak meer ruimte bestaat tot discussie op het niveau van rechtsbeginselen als het gaat om nieuwe gevallen.

70 Hart/Bullock & Raz 2012, p. 94-95, 100-110 (zie noot 9).

71 Zie bijvoorbeeld de considerans van Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (*Pb EU* 2012, L 351/1) (hierna: Brussel I-bis-Verordening). Zie ook over de ‘*principle-based reasoning*’ door het Hof in het kader van het EEX-verdrag: Pontier & Burg 2004, p. 5-15 (zie noot 8).

rechtsbeginsel gegeven. De rol van de rechtsbeginselen komt in dat geval vooral in 'interpretatie en kritiek' tot uiting.⁷² De rechtsbeginselen rechtvaardigen nog steeds de IPR-regel, maar hun werking laat zich niet meer vooraf zien, maar achteraf.⁷³ Daardoor staan de rechtsbeginselen op de achtergrond en is een afweging daartussen om tot een rechtsregel te komen niet meer nodig.⁷⁴

Van de interpretatie van rechtsregels zijn allerlei verschillende interpretatiemethoden mogelijk.⁷⁵ Dit komt tot uiting in wat door Hart ook wel de 'open textuur' van rechtsregels genoemd wordt.⁷⁶ Uiteindelijk is het de rechter die gezaghebbende interpretaties van het recht geeft. Voordat de rechter een uitspraak over de regels heeft gedaan, zijn meerdere interpretaties mogelijk, waardoor er nog steeds ruimte is voor discussie.⁷⁷ Heeft de rechter de rechtsregels eenmaal geïnterpreteerd, dan is die interpretatie gezaghebbend, maar niet per se de enige mogelijke interpretatie. Die interpretatie is immers nog steeds aan kritiek onderhevig in de literatuur en kan worden geformuleerd vanuit rechtsbeginselen.⁷⁸

Wordt een IPR-regel uitgelegd aan de hand van één of meerdere rechtsbeginselen, dan gebeurt dat aan de hand van de wets-/verdrags-/verordeningshistorische interpretatie of de teleologische interpretatie. De historische interpretatie kijkt naar de oorspronkelijke bedoeling van de instantie die de regel heeft vastgesteld.⁷⁹ In het geval van de teleologische interpretatie wordt gezocht naar het doel van de regel op zichzelf, buiten de bedoeling die destijds bij de vaststelling daarvan voor ogen stond.⁸⁰ De discussie op het niveau van rechtsbeginselen is dan echter wel een beperkte discussie want gebonden aan de regel en de door het instrument erkende rechtsbeginselen die de regel hebben vormgegeven. Hoewel de discussie op het niveau van rechtsbeginselen dus nog steeds plaatsvindt, wordt vanuit de IPR-regel naar het rechtsbeginsel toe geredeneerd, in plaats vanuit het rechtsbeginsel naar de IPR-regel. Bij de interpretatie van een rechtsregel, zoals bijvoorbeeld de IPR-bevoegdheidsregel in art. 7 lid 2 Brussel I-bis, waarbij wordt aangeknoopt bij 'de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen', is de regel zodanig open dat in de interpretatie daarvan ruimte is voor een afweging van verschillende rechtsbeginselen. In verschillende situaties worden daarbinnen verschillende aanknopingspunten door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU)

72 Vgl. Van Hoek, p. 360, in: Kramer & Carballo Piñero (red.) 2024 (zie noot 42).

73 Dworkin 2013, p. 45, 107-108 (zie noot 8); Hatzimihail 2021, p. 175-176 (zie noot 6); Van Hoek, p. 360, in: Kramer & L. Carballo Piñero (red.) 2024 (zie noot 42).

74 Vgl. Van Hoek, p. 360, in: Kramer & Carballo Piñero (red.) 2024 (zie noot 42).

75 Zie voor de verschillende interpretatiemethoden in het IPR: Strikwerda & Schaafsma 2019/9 (zie noot 37).

76 Zie par. 2.2.

77 Vgl. Dworkin 2013, p. 45 (zie noot 8); Van Hoek, p. 360, in: Kramer & Carballo Piñero (red.) 2024 (zie noot 42). Van Hoek schrijft over de prominente rol van rechtsbeginselen in het Nederlandse wetenschappelijke onderwijs, toen het IPR in Nederland vooral ongeschreven was, en hoe die rechtsbeginselen nu vooral worden gebruikt ter 'interpretatie en bekrisping in plaats van als directe rechtsbron'.

78 Vgl. Van Hoek, p. 360, in: Kramer & Carballo Piñero (red.) (zie noot 42).

79 *Asser/Vonken 10-I* 2023/136 (zie noot 31).

80 Vgl. *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7); *Asser/Vonken 10-I* 2023/138 (zie noot 31); Kwak, p. 60-62, in: Cliteur & Ellian 2023 (zie noot 11).

overwogen, zoals het *Handlungs-* en *Erfolgsort*, en de mogelijke invulling daarvan.⁸¹ Bij de uitleg van die bepaling komen de daaraan ten grondslag liggende rechtsbeginselen naar voren, te weten de ‘nauwe band tussen het gerecht en de vordering’, de ‘goede rechtsbedeling’, tot uiting komend in de nabijheid van het bewijs, en het voorzienbaarheidsbeginsel.⁸²

Binnen de ruimte die de IPR-regel biedt, kan zich dan ook weer een discussie voordoen over de rechtsbeginselen die aan de IPR-regel en het gehele systeem en doel van de Brussel I-bis-Verordening ten grondslag liggen.⁸³ Op dit niveau kan kritiek worden geformuleerd vanuit de rechtsbeginselen op de manier waarop de IPR-regel is geïnterpreteerd. In dat geval is de discussie wel beperkt tot de reeds vastgestelde IPR-regel, het systeem en de doelstelling van de regeling waarin die regel is opgenomen, en de interpretatieruimte die de regel biedt.⁸⁴ Beginselen van buiten het systeem waarin de regel bestaat, vinden moeilijker ingang, ook al zou vanuit die beginselen geredeneerd een fundamentele kritiek op de IPR-regel geformuleerd kunnen worden.⁸⁵ Nog een andere vorm van kritiek vanuit de rechtsbeginselen hangt samen met een nadere beschouwing van de rol van het rechtsbeginsel zelf en welke rechtsregels of de

81 Zie o.a. Ten Wolde, *NIPR* 2019/277, p. 331-349 (zie noot 56); Ten Wolde, *NIPR* 2020/274, p. 251-275 (zie noot 56); Requejo Isidro, Wagner & Gargantini, 7.118-7.124, in: Requejo Isidro (red.) 2022 (zie noot 48); Lazić & Mankowski, 2023/2.219-2.236 (zie noot 48).

82 Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), considerans nr. 16. Zie hierover Ten Wolde, *NIPR* 2019/277, p. 333-334 (zie noot 56); Ten Wolde, *NIPR* 2020/274, p. 253 (zie noot 56); Requejo Isidro, Wagner & Gargantini, nr. 7.04, in: Requejo Isidro (red.) 2022 (zie noot 48); Lazić & Mankowski 2023/2.007-2.011, 2.150-2.151 (zie noot 48).

83 Zie over die discussie over art. 7 lid 2 Brussel I-bis op het niveau van rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan het systeem van de Brussel I-bis-Verordening: Requejo Isidro, Wagner & Gargantini nr. 7.122, in: Requejo Isidro (red.) 2022 (zie noot 48). Dit komt in het algemeen neer op het ‘*model of principles*’, zoals omschreven door Pontier & Burg 2004, p. 5-9 (zie noot 8).

84 Zie ter illustratie hiervan de verhouding tussen het voorspelbaarheidsbeginsel en het beschermingsbeginsel zoals aan de orde gesteld in: Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 9 september 2021, C-296/20, ECLI:EU:C:2021:733 (*Commerzbank*), nr. 32. Vanuit het voorspelbaarheidsbeginsel is weer kritiek geformuleerd op HvJ EU 30 september 2021, C-296/20, ECLI:EU:C:2021:784 (*Commerzbank*), waarin duidelijk het beschermingsbeginsel heeft geprevaleerd, in B. Hess en anderen, ‘The Reform of the Brussels Ibis Regulation – Academic Position Paper’, *Vienna Research Paper* 2024, p. 35-36, zie link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4853421 (online, laatst geraadpleegd op 12 november 2025). Zie eerder B. Hess en anderen, ‘The Reform of the Brussels Ibis Regulation’, *MPILux Research Paper Series* 2022/6, p. 24, zie link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4278741 (online, laatst geraadpleegd op 12 november 2025).

85 Vgl. in dit kader de rechtseconomische analyse van Rühl die een onderscheid maakt tussen een ‘positieve analyse’ van rechtsregels en een ‘normatieve analyse’ bij het vaststellen van rechtsregels en de interpretatie daarvan bij het vaststellen van het doel, en schrijft dat voor beide analyses ruimte dient te bestaan in het ‘toepasselijke institutionele kader’, zie: G. Rühl, ‘Economic Analysis of Private International Law’, in: Kramer & Carballo Piñero (red.) 2024, p. 179 e.v. (zie noot 4). De analyse is illustratief voor hoe bepaalde analyses waarbij nieuwe beginselen aan de orde kunnen komen niet zomaar kunnen worden gebruikt door ofwel de wetgever ofwel de rechter.

interpretatie daarvan het beginsel kan rechtvaardigen.⁸⁶ In beide gevallen staat niet zozeer de vraag naar wat de positie van de rechtsregel in verhouding tot andere rechtsregels *is* voorop, maar de *rechtvaardiging* van die rechtsregel en zijn interpretatie.

Juist in de kritiek op een IPR-regel vanuit rechtsbeginselen vindt eigenlijk opnieuw een afweging plaats van die rechtsbeginselen om een bestaande IPR-regel te wijzigen of om tot een geheel nieuwe IPR-regel te komen. Het verschil met een afweging vooraf is dat de regeling waarin de rechtsregel bestaat uitgaat van bepaalde rechtsbeginselen. Toch zijn ook hier rechtsbeginselen de motor van de ontwikkeling van het IPR. De aan de IPR-regel of aan het gehele systeem ten grondslag liggende afweging van rechtsbeginselen is niet in steen gehouwen.⁸⁷ De regel en het systeem waarvan deze deel uitmaakt, zijn slechts *een* uitkomst van die afweging.⁸⁸ De ontwikkeling van het IPR is er dan ook bij gebaat om de focus meer op rechtsbeginselen te leggen dan op de IPR-regel.

Nog een stap verder op het niveau van rechtsbeginselen is het in acht nemen van beginselen die nog niet als zodanig zijn erkend als onderdeel van het positieve recht. Het gaat dan om rechtsbeginselen die nog niet door de '*rule of recognition*' van Harts rechtspositivisme zijn erkend. Een focus op de reeds bestaande rechtsbeginselen maakt een stap naar het denken over idealen en potentieel nieuwe rechtsbeginselen makkelijker en houdt het recht dynamisch. In dat geval raken we tegelijkertijd aan een discussie over de aard van rechtsbeginselen: positivistisch of natuurrechtelijk.⁸⁹ Dit is echter een zuiver rechtstheoretische vraag en dient op dat terrein te blijven.⁹⁰ Voor het IPR is het niet nodig ons daarop te begeven.⁹¹

3. Het verschil tussen vragen naar wat *is* en wat *rechtvaardigt*

Voor een verdere ontwikkeling van het IPR is het dus nodig om niet de rechtsregel, maar het rechtsbeginsel voorop te stellen. Door codificatie of overweging in de rechtspraak van IPR-regels raken de rechtsbeginselen op de achtergrond. Wat de literatuur die kritiek heeft op uitspraken van het HvJ EU laat zien, is dat door te vragen naar de *rechtvaardiging* van een rechtsregel of de uitleg daarvan het niveau van de rechtsbeginselen wordt bereikt. Willen we de rechtsbeginselen dan ook een prominentere plaats geven binnen het gecodificeerde IPR, dan behoort niet te worden gevraagd welke rechter bevoegd *is*, welk recht van toepassing *is* of

86 Zie bijv. de 'voorzichtige voorspelling' in Ten Wolde, *NIPR* 2020/274, p. 274-275 (zie noot 56), over de uitleg van het *Erfolgsort* aan de hand van de rechtsbeginselen die de eerdere jurisprudentie van het HvJ EU hebben ingegeven. Zie ook de reflectie op het beginsel van wederzijds vertrouwen naar aanleiding van HvJ EU 7 april 2022, C-568/20, ECLI:EU:C:2022:264 (*H Limited*) door C.G. van der Plas, A.T. Veldhuis & B.H.B. Verheul, 'Automatische erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen in het Europa van nu: de noodzaak van een nieuwe blik op wederzijds vertrouwen na *J/H Limited*', *NIPR* 2024/42, p. 241-267. Zie voor een andere visie op de werking van het beginsel van wederzijds vertrouwen Hess en anderen 2024, p. 24 (zie noot 84).

87 Zie in dat verband over het conflictenrecht: Ten Wolde 2021, p. 101-107 (zie noot 26).

88 Ten Wolde 2021, p. 103-105 (zie noot 26). Vgl. het echtscheidingsvoorbeeld in *Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/15 (zie noot 7).

89 Zie Scholten 1949, p. 403-404 (zie noot 16).

90 Ibid., p. 404.

91 Zie anders Dickinson 2025/20 (zie noot 4), hoewel die geen echte natuurrechtelijke positie inneemt blijkens nr. 37 van die publicatie.

onder welke omstandigheden een buitenlandse gerechtelijke beslissing voor erkenning en tenuitvoerlegging vatbaar *is*, maar dienen we te vragen wat de internationale bevoegdheid van de rechter, de toepassing van een bepaald nationaal recht of de erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlandse gerechtelijke beslissing *rechtvaardigt*. Op die manier wordt het gecodificeerde IPR minder benaderd vanuit de regel, en komt een benadering vanuit rechtsbeginselen meer op de voorgrond te staan. Het gaat hier in wezen om het rechtstheoretische verschil tussen wat ‘is’ en ‘wat zou moeten zijn’; descriptief en normatief, zonder dat een rechtstheoretische positie over de aard van het recht wordt ingenomen.⁹² Is het IPR vervat in regels, gecodificeerd of in rechtspraak, en wordt gevraagd naar het *is*, dan blijft de nadruk op de regels zelf liggen. De rechtsbeginselen verdwijnen volledig naar de achtergrond.

Is er nog geen IPR-regel gecodificeerd of overwogen in de rechtspraak, dan leidt het vragen naar wat *is* wel direct naar de rechtsbeginselen.⁹³ Er is dan namelijk geen *is* in de vorm van een rechtsregel. Die moet immers nog gevonden dan wel gecreëerd worden uit de keur aan rechtvaardigingen vanuit de rechtsbeginselen. In dat geval valt de vraag naar wat *is* en wat *rechtvaardigt* samen. Wat ‘is’ en ‘wat zou moeten zijn’ worden niet onderscheiden. Dit hangt samen met het feit dat het recht een normatieve wetenschap is, waarmee wordt bedoeld dat het normstellend is.⁹⁴ Zijn de IPR-regels gecodificeerd en wordt de *is*-vraag gesteld, dan staat de rechtsregel voorop en gaat het om het vinden van de weg door de verschillende hiërarchische rechtsbronnen, hun toepassingsgebieden, de toepasselijke IPR-regel en de interpretatie daarvan. Eventueel kunnen bij die interpretatie nog de door het instrument erkende rechtsbeginselen aan de orde komen wanneer de IPR-regel naar de bedoeling van de wetgever of teleologisch wordt geïnterpreteerd, maar daar houdt het bij de *is*-vraag op. Dat aan de IPR-regel en zijn rechtvaardiging een abstracte afweging tussen de verschillende rechtsbeginselen vooraf is gegaan en dat daarin keuzes zijn gemaakt, blijft daardoor op de achtergrond. Theoretisch is die afweging echter altijd te maken.

Zijn de IPR-regels alleen in rechtspraak vervat, dan raken de rechtsbeginselen minder op de achtergrond vanwege de concrete aard van jurisprudentie. Voor alle nieuwe situaties dient de afweging van rechtsbeginselen wederom te worden gemaakt, anders dan wanneer reeds een algemene keuze is gemaakt voor een onbepaald aantal gevallen, zoals in een gecodificeerde regel. Als het IPR in algemeen toepasbare regels is gecodificeerd, wordt de vraag naar wat internationale bevoegdheid, het toepasselijk recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse gerechtelijke beslissingen rechtvaardigt des te belangrijker. Juist door dan de vraag naar ‘wat rechtvaardigt’ te stellen, komt de afweging van de rechtsbeginselen en de keuzes die daarin zijn gemaakt door de gezaghebbende instanties naar voren. Door te vragen naar de *rechtvaardigingen* ligt het speelveld voor te hanteren rechtsbeginselen theoretisch gezien weer open, ondanks de vastgestelde IPR-regel. Op die manier komt men weer vooraf bij de rechtsbeginselen en niet alleen achteraf geredeneerd vanuit de IPR-regel. Op die manier ontkomt men aan de regelgerichtheid van het IPR. Het maakt voor de gedachte-exercitie dan ook niet meer uit of de IPR-regels reeds zijn gecodificeerd, dan wel in de rechtspraak zijn geformuleerd.

De vraag naar de rechtvaardigingen koppelt zich los van datgene wat reeds is vastgesteld in wet, EU-verordening, verdrag of rechtspraak. In plaats van te redeneren vanuit de regel naar het

92 Zie hierover uitgebreid Kwak, p. 35-43, in Cliteur & Ellian 2023 (zie noot 11).

93 Vgl. Reese 1971-1972, p. 322 (zie noot 6), over hoe rechters in afwezigheid van regels omgaan met ‘policies’.

94 Ibid., p. 37-38.

beginsel, dient er vanuit het beginsel naar de regel toe te worden geredeneerd. Op die manier ontstaat ook ruimte voor andere perspectieven en daarbij behorende beginselen,⁹⁵ die mogelijk (nog) geen vaste plaats hebben in het geldende recht. Ook als bij het bevragen van de rechtsbeginselen die aan IPR-regels ten grondslag liggen steeds dezelfde uitkomst wordt bereikt als die van ofwel de wetgever ofwel de rechter, is de exercitie op zichzelf nog steeds zinvol. Het gaat erom dat een benadering van het IPR vanuit de rechtsbeginselen – door te vragen naar wat internationale bevoegdheid, de toepassing van een bepaald nationaal recht en erkenning en tenuitvoerlegging van een buitenlandse gerechtelijke beslissing rechtvaardigt – een manier biedt om de keuzes van de wetgever of de rechter ter discussie te stellen die vrijer en opener is voor nieuwe en bestaande idealen dan een benadering vanuit de IPR-regel zelf. De afweging van de rechtsbeginselen dient opnieuw te worden gemaakt, onafhankelijk van de reeds bestaande regel, rekening houdend met het onderwerp en eventuele interdisciplinaire perspectieven. Op die manier blijft het IPR, dat zich kenmerkt door een complexe set regels, voor fundamentele ontwikkeling vatbaar, ondanks het door de wetgever of rechter in het leven geroepen systeem.

Maar ook voor de uitleg van een IPR-regel is het zinvol om eerst naar de rechtvaardiging van een bepaalde uitleg te vragen. Uit het onderzoek van Ten Wolde naar de verscheidenheid aan criteria om het *Erfolgsort* in het kader van art. 7 sub 2 Brussel I-bis uit te leggen, kan worden opgemaakt dat een redenering vanuit de rechtsbeginselen meer inzichtelijk maakt dan het strikt extrapoleren van de geformuleerde regels die zijn gevormd in het kader van een andere uitspraak.⁹⁶ De omstandigheden van het geval zijn zodanig bepalend voor de toepasbare aanknopingspunten dat een redenering vanuit de rechtsbeginselen een aanvullend inzicht biedt op een directe vergelijking met de door het Hof eerder gevormde aanknopingsfactoren.⁹⁷

4. Conclusie

Mijns inziens is het nog niet zo slecht gesteld met de 'charme' van het gecodificeerde IPR. Met deze bijdrage heb ik proberen uiteen te zetten waarom, mijns inziens, ondanks de codificatie van het Nederlandse IPR in de afgelopen veertig jaar in wet, verdrag en EU-verordening, het IPR nog wel degelijk een 'charmant' rechtsgebied is wanneer het vanuit de rechtsbeginselen wordt benaderd in plaats van vanuit de IPR-regels. Daarvoor is een helder begrip van de relatie tussen rechtsregels en rechtsbeginselen van belang. Het zijn de rechtsbeginselen die bijdragen aan een rechtvaardige regeling van het internationale rechtsverkeer en de regels maken tot wat zij zijn.

Rechtsbeginselen, die vóór de codificatie of overweging van een IPR-regel in de rechtspraak een belangrijke rol spelen en tegen elkaar dienen te worden afgewogen om tot een IPR-regel te

95 Zie voor andere perspectieven en bijbehorende beginselen bijvoorbeeld de rechtseconomische analyse van het IPR door Rühl, p. 176-178, in: Kramer & Carballo (red.) 2024 (zie noot 85); het perspectief feminisme en IPR: M. Keyes, 'Feminist approaches to private international law', p. 271-272, 277-278. in: Kramer & Carballo (red.) 2024 (zie noot 4). Deze auteurs hebben het niet zozeer over beginselen als wel over resp. concepten en waarden.

96 Zie wederom de 'voorzichtige voorspelling' van Ten Wolde, *NIPR* 2020/274, p. 271-275 (zie noot 56), en de daadwerkelijke uitspraken van het Hof: HvJ EU 21 mei 2021, C-709/19, ECLI:EU:C:2021:377 (*Vereniging van Effectenbezitters*); HvJ EU 9 juli 2020, C-349/19, ECLI:EU:C:2020:534 (*Verein für Konsumenteninformation*).

97 Vgl. Ten Wolde 2020/274, p. 274 (zie noot 56).

komen, vormen ook daarna nog de motor van de ontwikkeling van het IPR, maar bevinden zich achter de IPR-regels. Vooral door codificatie van het IPR in specifieke regels raken de rechtsbeginselen op de achtergrond als de vraag gesteld wordt welke rechter internationaal bevoegd is, welk nationaal recht van toepassing is, en of een buitenlandse gerechtelijke beslissing kan worden erkend en tenuitvoergelegd. Door de vraag te stellen wat de internationale bevoegdheid van de rechter, de toepassing van een bepaald nationaal recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse gerechtelijke beslissingen rechtvaardigt, komen de rechtsbeginselen en hun afweging weer op de voorgrond te staan. De charme van het niet-gecodificeerde IPR en zijn openheid is daarmee ook theoretisch gezien nog steeds aanwezig nadat het IPR gecodificeerd is. Het enige wat nodig is, is om iets meer afstand te nemen van de rechtsregels en ons meer op de daaraan ten grondslag liggende doelen en idealen, ofwel rechtsbeginselen, te richten.