

39 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

A.J. Verheij, W.H. van Boom en I. Giesen

SAMENVATTING

In dit afsluitende hoofdstuk wordt geïnventariseerd welke conclusies getrokken kunnen worden na lezing van de bijdragen aan dit boek. De bijdragen hebben gemeen dat zij meer aandacht bepleiten voor de werkelijkheidswaarde van privaatrechtelijke regelstelling en rechtspraak. Soms wordt verandering van het geldende recht voorgesteld of een andere attitude van rechter of wetgever bepleit, maar over het algemeen zijn de auteurs toch redelijk voorzichtig in hun conclusies. Tegen die achtergrond wordt hier besproken wat de plaats is van civilologisch onderzoek, hoe de verschillen tussen rechtswetenschap en -praktijk geduid moeten worden en wat dit betekent voor de wetgever, beleidsmakers en rechters en het ideaal van regels en rechtspraak die gegrond zijn in de rechtswerkelijkheid.

1 INLEIDING

In dit afsluitende hoofdstuk komen wij naar aanleiding van de bijdragen in dit boek tot enkele afsluitende observaties. De mate waarin algemene conclusies kunnen worden getrokken is natuurlijk beperkt door de insteek van dit boek. Niet alle delen van het privaatrecht komen aan de orde. Wij hebben ons als redactie laten leiden door de beschikbaarheid van auteurs en door onze eigen interesse. Bovendien hebben we al op voorhand een aantal algemene lijnen getrokken in het eerste hoofdstuk. Daarom staan we hier vooral stil bij de volgende vragen. Een belangrijke eerste vraag is wat de mogelijke meerwaarde is van de civilologische beschouwingen in dit boek boven 'reguliere' positiefrechtelijke privaatrechtelijke beschouwingen over de behandelde thema's (par. 2). In concrete zin wordt deze vraag uiteraard in iedere specifieke bijdrage aan de voorliggende bundel beantwoord, maar in meer in algemene zin is de vraag tot wat voor *soort conclusies* de auteurs komen. Wordt verandering van het geldende recht voorgesteld, een andere attitude van de rechter of de wetgever bepleit, of wordt bijvoorbeeld alleen nader onderzoek aanbevolen? Vervolgens komen het belang en de rol van de context van het benutte empirisch onderzoek aan de orde, alsmede de gevolgen die dit heeft voor het verbinden van conclusies aan empirische onderzoeksresultaten (par. 3). Ten slotte wordt besproken wat dit alles betekent voor de wetgever, beleidsmakers en rechters en het ideaal van *evidence based* regelgeving (par. 4).

2 DE MEERWAARDE VAN CIVILOLOGIE

Zij die mochten vrezen dat de civilologie zich zou ontpoppen als een olifant in de porseleinkast van het privaatrecht, kunnen gerustgesteld ademen. De auteurs in deze bundel betonen zich over vrijwel de gehele linie behoorlijk voorzichtig en terughoudend waar het voorstellen voor verandering betreft, laat staan dat grote delen van het privaatrecht naar de prullenmand worden verwezen. Het doen van empirisch onderzoek en het gebruik van de resultaten van empirisch onderzoek vertalen zich dus niet zonder meer in voorstellen tot verandering van geldende regels.

Deze voorzichtigheid is om verschillende redenen begrijpelijk en terecht. In de eerste plaats kan bestudering van relevant empirisch onderzoek¹ een bepaalde presumptie ondermijnen, maar welk gewicht aan die vaststelling toekomt, is geen empirische doch een normatieve vraag (vgl. de bijdragen in deze bundel van Engelhard & Engelhard, Hiemstra & Verheij, De Kogel, Schrama & Smit).

Bovendien zal privaatrechtelijke regelgeving zelden op slechts één veronderstelling gebouwd zijn. In gevallen waarin een bepaalde regel op meerdere pijlers berust, leidt ondermijning van één presumptie door empirisch onderzoek niet onmiddellijk tot (de noodzaak van) verandering van de regel (Hiemstra & Verheij). En dat is des te meer het geval als het onduidelijk is welke presumptie aan een regel ten grondslag ligt.

Het meenemen van de resultaten van empirisch onderzoek kan bovendien ook op andere wijze plaatsvinden dan door aanpassing van een specifieke regel, bijvoorbeeld door een andere organisatie van de rechterlijke besluitvorming bij gerechten (Ten Velden & De Wilde), door langer na te denken over juridische vragen (Giesen), door uitvoeriger te motiveren (Enneking c.s.) of door benchmarkstudies waar interne toezichthouders hun voordeel mee kunnen doen (Eshuis & Leeuw).

In verschillende bijdragen werd ten slotte geconstateerd dat er weinig empirisch bewijs beschikbaar was of dat nader onderzoek was vereist (met name Adriaanse, Stigter & Van der Geest; Faure & Van Boom; De Hoon (in hoofdstuk 11); Bacharias, Lindenbergh & Mascini; Luzak & Raaijmakers). Dat ook aan niet bewezen (en zelfs nauwelijks te bewijzen) presumpties gevolgen kunnen worden verbonden, betogen Spath & Bartels in relatie tot het zekerhedenrecht. Onbekend is hoe wijziging daarvan de kredietverlening als zodanig of de voorwaarden waaronder kredieten worden verleend, zal beïnvloeden.

Welbeschouwd lijken regels die een min of meer duidelijke doelstelling beogen te realiseren, het meest kwetsbaar voor empirische falsificering. Als bijvoorbeeld de bedenktijd van drie dagen bij de aankoop van een huis bedoeld was om consumenten in staat te stellen

¹ Aan een aantal bijdragen lag eigen (eerder) empirisch onderzoek ten grondslag: Engelen, Van de Bunt c.s.; Bacharias c.s.; Lindenbergh & Mascini; Loonen; Adriaanse c.s.; Ten Velden & De Wilde; Tuls.

om zich deskundig te laten informeren en deze termijn blijkt te kort, dan ligt aanpassing of afschaffing van die regel voor de hand (Keirse & Van Onna). Andere voorbeelden van gevallen waarin de beschermende doelstelling van een regel (waarschijnlijk) niet wordt gerealiseerd, geven Duivenvoorde, Engelen, Giard en Luzak in hun respectievelijke bijdragen. Effectieve alternatieven zijn daarmee echter nog niet direct gegeven. Bovendien geldt ook in dergelijke gevallen dat normatieve overwegingen bepalen of falsificering van de centrale veronderstelling gevolgen dient te hebben, en zo ja, welke. Denk bijvoorbeeld aan een informatieplicht jegens een consument. Het doel (bescherming) is gebaseerd op de aanname dat consumenten de hun verschaft informatie begrijpen en op basis daarvan een rationeel besluit nemen.² Ondermijning van deze aanname houdt echter niet per definitie de doodsteek voor die informatieplicht in. Stel dat slechts 30% van de consumenten in de gehoopte zin door de informatie wordt beïnvloed. De te beantwoorden normatieve vraag is dan of de succesvolle beïnvloeding van 30% van de consumenten de kosten rechtvaardigt die zijn gemoeid met het informeren van alle consumenten. Beantwoording van deze vraag hangt weer af van de alternatieven voor de informatieplicht of kan aanleiding vormen voor verder empirisch onderzoek, bijvoorbeeld: valt de genoemde 30% vooraf te identificeren, zodat informatievoorziening zich tot deze groep kan beperken met kostenreductie als gevolg?

Empirisch onderzoek is derhalve niet de steen der wijzen, maar *casts a shadow of doubt*. De normatieve problemen van beleidsmaker, wetgever en rechter worden niet opgelost, zij zullen hun eigen afwegingen moeten blijven maken.³ Maar die afweging is dan wel verrijkt met voordien ontbrekende empirische gegevens en onderbelichte argumenten. Empirisch onderzoek lijkt daarmee echter op het eerste gezicht vooral een negatieve, een corrigerende functie te hebben. Het is gemakkelijker twijfel te zaaien over een bepaalde veronderstelling of een bepaald beoogd effect, dan om de onjuistheid of het niet optreden daarvan positief aan te tonen.

De corrigerende functie van empirisch onderzoek kan echter ook een (begin van een) richting aanwijzen. Als een specifieke benadering niet werkt, dan moet de rechter, beleidsmaker of wetgever het wel in een andere richting zoeken, toch? In meer algemene zin kan empirisch onderzoek nieuwe denkrichtingen in beeld brengen. Moeten contracten niet meer worden opgevat als instrumenten om relaties tussen mensen te managen (De Hoon in hoofdstuk 13)? Is centraal gestuurde vernieuwing van het procesrecht wel wenselijk, omdat het innovatie tegengaat (Barendrecht)? Moet bedenktijd niet worden vervangen door andere beschermingsmechanismen (Keirse & Van Onna; Luzak)? Moeten we wel zo hechten aan *informed consent* (Giard)?

² Daarover ook uitgebreider Van Boom, Giesen & Verheij 2008.

³ Vgl. reeds Schuyt 1979. Zie ook Van Boom 2013.

Deze en dergelijke vragen zijn niet eenvoudig te beantwoorden. Zij nopen tot nadere reflectie en verder onderzoek. Het is dan ook begrijpelijk dat auteurs na een eerste beoefening van de civilologie geen concreet uitgewerkte alternatieven formuleren, maar eerder denkrichtingen schetsen en algemene suggesties doen. In zoverre zijn wij dan ook tevreden met de resultaten die de verschillende bijdragen het privaatrecht bieden en staat voor ons de meerwaarde van de civilologische benadering niet ter discussie.

In meer algemene zin leidt beoefening van de civilologie echter tot bescheidenheid en het temperen van al te hooggespannen verwachtingen omtrent de effecten van privaatrechtelijke gedragsbeïnvloeding door wet en rechtspraak.⁴ Meer inzicht in het werkelijkheidsgehalte van veronderstellingen en beoogde effecten van bepaalde regels leidt vaak tot de conclusie dat privaatrechtelijke regels – anders dan juristen soms in hun naïviteit denken – minder impact hebben dan beoogd of dat die impact minder lineair is. Zo moeten preventieve of defensieve effecten van het aansprakelijkheidsrecht niet worden overschat (Bacharias, Lindenbergh & Mascini; Van Dijck; Van Erp; Giesen) en soms lijkt een goede oplossing eenvoudigweg niet te bestaan. Zo hebben letselschadeslachtoffers zowel behoefte aan financiële als aan relationele compensatie, maar het lijkt niet mogelijk om een afwikkelingsprocedure te ontwerpen die aan beide behoeften tegemoetkomt (Lindenbergh & Mascini). De privatist die af en toe de pet van civiloloog opzet, wordt dus niet alleen *wiser*, maar (helaas) ook *sadder*.⁵

3 HET BELANG VAN DE CONTEXT

In hun boek *Superfreakonomics* schrijven Levitt en Dubner dat, zonder dat ze dat overigens zelf beseften, aan hun vorige boek, de bestseller *Freakonomics*, het volgende overkoepelende thema ten grondslag lag:

*(...) mensen reageren op prikkels, maar niet noodzakelijk op een manier die voorspelbaar of zichtbaar is. Daarom is een van de machtigste wetten van het universum de wet van de onbedoelde gevolgen.*⁶

4 Vgl. Van Boom, Giesen & Verheij 2008.

5 Vgl. Prediker 1.18: 'Want wie veel wijsheid heeft, heeft veel verdriet. En wie kennis vermeerdert, vermeerdert smart.' Hartlief 2012 gebruikt een andere beeldspraak, namelijk die van het (zorgeloze) kind in de snoepwinkel-effect. Wij sluiten zeker niet uit dat die beeldspraak in bepaalde gevallen juist is. In dat geval hebben we twee prototypische reacties: de privatist die heel stil en bescheiden wordt van al dat empirisch geweld, en de privatist die aan 'cherry picking' van civilologische gegevens doet om zijn normatieve keuzes kracht bij te zetten. We vermoeden op dit punt een verband tussen persoonskenmerken en gedrag.

6 Levitt & Dubner 2010, p. 10.

De gedachte dat mensen op prikkels reageren, is het fundament van economische theorievorming. Door het aantal prikkels en de vorm ervan in het economische mensmodel te vergroten, proberen economen de onderzoeksresultaten van met name de psychologie – denk aan het werk van Kahneman en Tversky – te incorporeren in hun discipline. De rationele *homo economicus* die uitsluitend op financiële prikkels reageert, wordt zodoende vervangen door de *homo heuristicus*, echte mensen van vlees en bloed. Deze benadering zou daarom dichter bij de maatschappelijke werkelijkheid staan en impliceert de hoopvolle boodschap voor beleidsmakers dat mensen het gewenste gedrag gaan vertonen als ze maar de juiste prikkels krijgen.⁷ De bijdragen aan dit boek staan bol van die nuancering en van aandacht voor de *homo heuristicus* (bijv. Van Raaij, Croes, Klein Haarhuis en Niemeijer, Duivenvoorde, Giard, Luzak, Giesen, Pape, Assink, Raaijmakers, Kroeze, Enneking c.s.).

Toch moeten we voorzichtig zijn met het omarmen van de *homo heuristicus*. Zo opgevat wordt de brede ‘prikkeltheorie’ namelijk nogal onbepaald, omdat vrijwel alles als prikkel kwalificeert. Naast financiële prikkels dient ook rekening gehouden te worden met sociale en morele prikkels, met ingesleten patronen en rituelen en met onuitroeibare denkluheid. Op deze wijze valt ieder gedrag te verklaren. Als mensen bijvoorbeeld geen biologische producten kopen omdat die te duur zijn, is dat logisch, want mensen reageren op financiële prikkels. Als mensen die producten wel kopen om niet door anderen te worden gezien als egoïsten, is dat ook logisch, want zij reageren op sociale prikkels.⁸ De ‘brede prikkeltheorie’ kan derhalve *achteraf* veel gedrag verklaren (en dat gedrag valt dan vaak met enige goede wil ook nog wel in enige vorm van de rationele-keuzetheorie te passen), maar *vooraf* weinig voorspellen. Daarom merken Levitt en Dubner in voornoemd citaat op dat de wet van de onbedoelde gevolgen de machtigste wet van het universum is.⁹

Dit betekent voor de civiloloog – en dat zal juristen vertrouwd in de oren klinken – dat alles van de omstandigheden van het geval afhangt. Anders gezegd, het gaat om de *context*. Wat is de specifieke context waarin een (beleidsmaat)regel landt en haar werk moet doen? Het is deze context die bepaalt of de (beleidsmaat)regel het beoogde effect sorteert of niet. Het belang van de context wordt door verschillende auteurs benadrukt (Van de Bunt c.s., Van Erp, Eshuis, Holvast & Pham; Engelen; Eshuis & Leeuw; Faure & Van Boom; Klein Haarhuis & Niemeijer).¹⁰

Zelfs een ogenschijnlijk onbelangrijk aspect van die context kan een prikkel vormen die mensen een bepaalde kant op stuurt. Zo blijkt uit onderzoek bijvoorbeeld dat proefper-

7 Vgl. ook Thaler & Sunstein 2008.

8 Ontleend aan Vromen 2012.

9 Omdat de ‘brede prikkeltheorie’ geen houvast geeft (vgl. ook Verheij 2013, p. 101-102), is te verklaren dat beleidsmakers in de praktijk terugvallen op de *homo economicus*. Intussen gaat de discussie tussen ‘mainstream law and economics’ academici en de ‘behavioural law and economics’ academici precies over de vraag wiens paradigma het beste voorspelt. Zie daarover bijv. Korobkin & Ulen 2000.

10 Zie reeds uitvoerig daarover Klein Haarhuis & E. Niemeijer 2008, hoofdstuk 7.

sonen die bij wijze van opdracht hebben nagedacht over ouderdom en daarmee verwante verschijnselen (zij zijn dan met dit begrip ‘geprimed’), na beëindiging daarvan langzamer weglopen dan mensen die met een ander begrip zijn ‘geprimed’.¹¹ Uit dit en dergelijk onderzoek blijkt dat mensen onbewust te beïnvloeden zijn. Dat is op het eerste gezicht wellicht een wat beangstigende gedachte, maar bij nader inzien valt dat wel mee. De sociale werkelijkheid bevat immers zo ontzettend veel prikkels dat de mogelijkheden voor manipulatie ernstig beperkt zullen zijn.¹² Geen enkele beleidsmaker of tiran zal immers in staat zijn alle in een bepaalde situatie bestaande prikkels te identificeren, laat staan te beheersen om het door hem gewenste gedrag te verkrijgen. Hij kan natuurlijk een duwtje in de goede richting geven, maar meer dan een duwtje is het niet. Dit wordt onderstreept doordat onderzoeksresultaten die zijn verkregen in een gecontroleerde laboratoriumomgeving niet gerepliceerd konden worden in het echte leven.¹³ Zo bleek het *endowment effect* – dat inhoudt dat mensen meer waarde hechten aan voorwerpen eenvoudigweg omdat zij ze bezitten – niet op te treden bij ervaren handelaren.¹⁴ Uit een recente meta-analyse bleek dat de externe validiteit van laboratoriumonderzoek verschilt per specialisme. *Industrial-organizational psychological* onderzoek kon vaker extern gevalideerd worden dan sociaal-psychologisch onderzoek.¹⁵

Deze ‘contextualisering’ van onderzoeksresultaten maakt de interpretatie daarvan niet eenvoudiger. Deskundigen kunnen onderling verschillend oordelen over de vraag wat een bepaald onderzoek nu precies betekent. De Amerikaanse sociaalpsycholoog Zimbardo onderzocht hoe mensen reageerden op een onbeheerde auto met open motorkap en zonder nummerbord. In de ene situatie stond de auto in een nette buurt (Palo Alto), in de andere situatie in een achterbuurt (The Bronx). In The Bronx werd de auto door voorbijgangers gesloopt nog voordat de onderzoekers hun opnameapparatuur hadden kunnen installeren, in Palo Alto werd de auto gedurende zeven dagen niet aangeraakt, behalve door een buurtbewoner die de motorkap dicht deed toen het regende. Toen de onderzoekers de auto wegreden, werd door drie buurtbewoners zelfs aangifte gedaan bij de politie wegens diefstal van een onbeheerde auto. Zimbardo interpreteert dit onderzoek als bewijs voor zijn stelling dat een gevoel van grootstedelijke anonimiteit asociaal gedrag kan bevorderen. Hij constateert echter, naar eigen zeggen tot zijn eigen verbazing, dat dit onderzoek vooral wordt gezien als bewijs voor de criminologische ‘Gebroken Ruiten Theorie’, die inhoudt dat publieke wanorde criminaliteit bevordert.¹⁶ Deze twee omstandigheden – gebrekkige externe validering en discussie over de interpretatie van onderzoeksresultaten – vormen

11 Bargh et al. 1996, p. 230-244 (speciaal p. 236-238).

12 Vgl. ook hoofdstuk 1 van dit boek.

13 In jargon: zij konden niet extern worden gevalideerd. Voor meer jargon, zie Van Boom 2013.

14 J.A. List, ‘Does market experience eliminate anomalies?’, *Quarterly Journal of Economics*, February 2003, besproken door Harford 2008, p. 22-25.

15 Mitchell 2012.

16 Zimbardo 2010, p. 68-70.

extra redenen om voorzichtig te zijn met het een-op-een vertalen van dergelijke onderzoeksresultaten in regelgeving. Als context kennelijk zo belangrijk is, wat betekent dat dan voor zinvol gebruik van onderzoeksresultaten in algemeen geformuleerde regels die een beleidsmaker ontwerpt voor gebruik onder uiteenlopende condities?¹⁷

Daar komt bij dat niet ondenkbaar is dat duwtjes in de juiste richting wellicht minder effect kunnen sorteren wanneer mensen zich daarvan bewust zijn. Stel dat gezond voedsel in de kantine van scholen vooraan en op ooghoogte wordt geplaatst en ongezond voedsel lager of hoger of meer naar achteren. Dergelijke zeer eenvoudige ingrepen kunnen resulteren in de consumptie van 25% meer gezond eten, zo rapporteren Thaler en Sunstein.¹⁸ Maar is dit resultaat altijd gegarandeerd of is context ook belangrijk? Blijft dit resultaat bijvoorbeeld overeind bij opstandige, puberende leerlingen die zich juist willen afzetten tegen de regels die volwassenen aan hen proberen op te leggen?¹⁹

4 EVIDENCE-BASED REGELS EN RECHTSPRAAK

De laatste decennia is als ideaal verdedigd dat beleid, regelgeving en rechtspraak *evidence based* dienen te zijn.²⁰ Dit houdt in dat zij niet op meningen, maar op (hard) bewijs dienen te zijn gebaseerd (*evidence based* in plaats van feitenvrij *opinion based*). In verschillende bijdragen aan dit boek wordt besproken in hoeverre dit ideaal bij privaatrechtelijke regelgeving wordt gerealiseerd en welke verbeteringen denkbaar zijn (bijv. Antokolskaia; Croes; De Hoon (in hoofdstuk 11); Low & Schrama).

Het algemene beeld dat naar voren komt uit genoemde bijdragen is dat er weliswaar pogingen worden ondernomen om tot *evidence-based* regelgeving te komen, maar dat er nog veel valt te verbeteren. Wel is het zo dat er afhankelijk van het onderwerp verschillen zijn te constateren. Zo lijkt op sommige terreinen van het familierecht wetgeving relatief vaak te worden geëvalueerd, maar dat lijkt een uitzondering te zijn (Croes; Antokolskaia). Zo is het mensbeeld dat ten grondslag ligt aan het relatierecht bijvoorbeeld niet onderbouwd, omdat het als vanzelfsprekend wordt aangenomen (Schrama). Aan de inrichting

17 Dat is dan ook precies de onbenoemde spanning in het werk van Sunstein: 'choice architecture' is belangrijk, maar vergt per gebouw een nieuw ontwerp. Vgl. Sunstein 2013, p. 12. Zo bezien is het vrijwel onmogelijk om algemeen geldende regels te ontwerpen die hun doel bereiken, en dus zullen minder algemene en meer specifieke regels nodig zijn zodat de kosten van het maken, toepassen en handhaven van regels zal toenemen.

18 Thaler & Sunstein 2008, p. 9.

19 Daarom bepleit Sunstein 2013 veelvuldig het gebruik van experimentele regelgeving, als het even kan met blinde trials met gerandomiseerde toewijzing. Dat leidt tot hoge kosten en langdurige trajecten, dus misschien is het in elk geval verstandig om bij het streven naar 'evidence based policy' primair in te zetten op 'laaghangend fruit' waar de potentiële welvaartwinsten het grootst zijn.

20 Zie Antokolskaia in dit boek en het onderscheid tussen *evidence-based-policy*, *evidence-based practice* en *evidence-based society*.

van het zekerhedenrecht zijn tal van niet-onderzochte vooronderstellingen ten grondslag gelegd (Spath & Bartels). Bij de totstandkoming het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht heeft de Europese Commissie gebruikgemaakt van verschillende data, maar was vervolgens selectief in het gebruik daarvan (Low).

Meer algemene suggesties voor verbetering variëren van de oprichting van een multidisciplinair centrum voor familierecht (Schrama) tot het maken van overzichten van *ex ante* en *ex post* wetsevaluaties in een toegankelijke taal,²¹ het oprichten van databases die al het relevante onderzoek op een bepaald terrein bevatten en het opzetten van netwerken waarin onderzoekers uit verschillende disciplines en landen kunnen samenwerken (Antokolskaia).

Deze suggesties maken duidelijk dat de enkele wil om tot *evidence-based* regelgeving te komen niet voldoende is, maar dat institutionalisering door middel van netwerken, centra en databases noodzakelijk is, niet alleen voor het verrichten van onderzoek, maar ook om reeds gedaan onderzoek toegankelijk te maken. Dit vereist een permanente investering en die ontbreekt in het privaatrechtelijke beleidsdomein. Dit kan een gevolg zijn van machtsgerichtheid van politici die maakt dat zij niet wezenlijk geïnteresseerd zijn in *evidence-based* regelgeving (Croes). Denkbaar is echter ook dat de psychologische mechanismen die ervoor zorgen dat burgers zich anders gedragen dan de wetgever voor ogen stond, beleidsmakers ook parten spelen. Ook zij kunnen last hebben van *groupthink*, *group polarization*, *conformisme*, *overconfidence*, et cetera. Verdergaande institutionalisering doet deze mechanismen niet zonder meer teniet (vgl. Van Raaij; Kroeze; Raaijmakers; Assink; Engelen). Vermoedelijk is een belangrijker verklaring dat privaatrecht kennelijk wel redelijk werkt ook als we geen enkel empirisch onderzoek ernaar doen. Het is geen strafrecht dat een aanhoudende bron van prangende politieke vraagstukken is en dus bestaat er in het algemeen geen maatschappelijke druk om met regelmaat de aanzienlijke kosten van *evidence-based policymaking* in het privaatrecht te maken.²²

Verder is opgemerkt dat een wet een compromis vormt tussen vier verschillende rationaliteiten: de politieke, de financieel-economische, de juridische en de technisch- en sociaalwetenschappelijke rationaliteit (kortweg: de wetenschappelijke rationaliteit).²³ De tussen deze vier rationaliteiten bestaande verschillen zijn wezenlijk en lijken niet overbrugbaar. Tussen de politieke en de wetenschappelijke rationaliteit bestaan de volgende verschillen. Waar politici koersvast willen zijn en daden willen stellen ook als het bewijs van

21 Zuivere definitie van begrippen is daarbij van belang, zo blijkt ook uit de bijdrage van Van Dijk die aangeeft dat in verschillende onderzoeken de begrippen ‘defensief gedrag’ en ‘aansprakelijkheid’ in uiteenlopende zin worden gebruikt.

22 Vgl. Van Boom, Giesen & Smit 2012.

23 Veerman cs. 2012, p. 173.

werkzaamheid (nog) niet geleverd is, zijn wetenschappers ‘beroepstwijfelaars’.²⁴ Aangezien politici behoefte hebben aan duidelijkheid en *soundbites* en wetenschappers een eigen wereld creëren en vooral gericht zijn op het ‘neerhalen van veronderstellingen’ zouden politici liever ‘de wijk in gaan’ dan bij wetenschappers te rade gaan.²⁵

Omgekeerd geldt dat wetenschappers er soms voor terug schrikken om harde consequenties aan hun onderzoeksresultaten te verbinden. Zo gaf psychologe Eveline Crone aan geen individueel of beleidsadvies te willen geven:

‘Neem comazuipen. Alcohol heeft een groter effect op het brein van pubers dan op dat van volwassenen. Puberteit is een overgevoelige fase voor alcohol; jongeren die veel drinken, hebben later meer moeite met planning en met nadenken. Maar moet daarom de leeftijdsgrens van 16 naar 18? Dat weet ik niet. Het is óók niet slecht om wat ruimte te geven voor experimenteren, als het niet te gek wordt. Comazuipen treft maar een heel klein percentage. Er zijn oudere neurowetenschappers die overal hun mening over geven. Ik niet, ik twijfel vaak. En gelukkig is twijfel ook heel wetenschappelijk.’²⁶

Bekend is ook het geval van Sunstein en Vermeule die op grond van empirisch materiaal aantoonde dat de doodstraf aanzienlijke afschrikwekkende werking kan hebben: per executie zouden namelijk achttien moorden worden voorkomen.²⁷ Hoewel de betrouwbaarheid van het empirisch materiaal werd betwist, werd hun onderzoek uitvoerig geciteerd door het Amerikaanse Hooggerechtshof. Vervolgens schreef Sunstein dat het empirisch materiaal toch geen steun bood aan een afschrikwekkend effect van de doodstraf.²⁸ Meer in het algemeen geldt dat de empirische onderzoeker zich meer bewust is van de beperkingen van zijn methode en de weerbarstigheïd van zijn data dan de beleidsmaker die zich beperkt tot lezing van de conclusies en vooral zoekt naar bevestigend bewijs dat past bij zijn beleidsdoelen (vgl. de bijdrage van Low). Zoals Einstein het ooit formuleerde:

‘You make experiments and I make theories. Do you know the difference? A theory is something nobody believes, except the person who made it. An experiment is something everybody believes, except the person who made it.’²⁹

24 Vgl. Van Boom, Giesen & Smit 2012.

25 Veerman c.s. 2012, p. 181-184.

26 Interview NRC 25 juni 2012.

27 Sunstein & Vermeule 2005.

28 C.R. Sunstein & J. Wolfers, ‘A death penalty puzzle: the murky evidence for and against deterrence’, *The Washington Post* 30 June 2008, p. A11. Beschreven door Smits 2009, p. 105-106.

29 Te vinden op http://todayinsci.com/E/Einstein_Albert/EinsteinAlbert-Quotations.htm.

Beleid maken, regels ontwerpen, wetten maken en recht spreken, het zijn allemaal besluitvormingsprocessen – met de poten in de klei – onder condities van onvolledige en dubbelzinnige informatie. Wetenschap is het najagen van de waarheid in het besef dat De Waarheid nooit zal worden gevonden en dat alle conclusies per definitie tijdelijk zijn.³⁰ Dat is op zichzelf niet verkeerd, mits de betrokkenen zich daar maar van bewust zijn en geen verkeerde verwachtingen van elkaar koesteren: beleidsmakers moeten geen zekerheid verwachten van wetenschappers en wetenschappers op hun beurt moeten geen nuance, twijfel of academische reflectie verwachten.³¹ Als ze maar open staan voor elkaars werkelijkheid, is er al veel gewonnen.

Hoewel er dus zekere inherente beperkingen zijn aan de verwezenlijking van het ideaal van *evidence-based* regelstelling en rechtspraak, ondersteunen wij de gedachte dat meer inspanningen moeten worden verricht op dat vlak. Bijzondere aandacht verdienen in dat verband met name de ontsluitbaarheid van (waar dan ook ter wereld) verricht onderzoek en de *ex post* evaluatie van regelgeving. Wat het eerste betreft verdienen de algemene lijnen die Antokolskaia schetst verdere uitwerking (oprichting van databanken en netwerken van wetenschappers en reviews van wetsevaluaties). Het belang van de *ex post* evaluatie hangt samen met het eerder geconstateerde belang van de context. De complexiteit van de werkelijkheid is dusdanig groot, dat de gevolgen van een interventie niet eenvoudig zijn te voorzien. Daarom is de wet van de onbedoelde gevolgen de machtigste wet van het universum.

Om die reden zijn *ex post* evaluaties relevant en dient waar mogelijk eerst met pilots te worden gewerkt voordat beleid landelijk wordt toegepast.³² Bij *ex post* evaluaties dient niet alleen te worden nagegaan of het beleidsdoel is gehaald, maar liefst ook of de wettelijke interventie daaraan een bijdrage heeft geleverd.³³ Dat is eigenlijk nauwelijks mogelijk zonder controlegroep te gebruiken. Zinnige *ex post* evaluatie veronderstelt in elk geval ook dat een nulmeting plaatsvindt en dat duidelijk wordt geformuleerd welk doel met de interventie wordt nagestreefd.³⁴ En de kosten daarvan zijn aanzienlijk. Willen we over een aantal jaren met enige precisie meten of wetgeving als de Wet deelgeschilprocedure of de

30 Hetgeen overigens niet wil zeggen dat waarheid als ideaal daarom geen belangrijke functie vervult, zie Williams 2002. Vgl. in dit verband over de (wenselijke) verschillen tussen rechtswetenschappelijk onderzoek en rechtspraktijk recentelijk in ons land vooral het werk van Vranken en Smits, waarover bijv. Van Boom 2013.

31 Vgl. Van Boom, Giesen & Smit 2012, alsook Van Boom 2012.

32 De mogelijkheden hiertoe worden soms begrensd door het gelijkheidsbeginsel.

33 Hetgeen overigens nooit met zekerheid valt te zeggen, zie Veerman & Klein Haarhuis 2009, die verschillende andere nuttige aanwijzingen geven. Dat de meeste *ex post* evaluaties (ruim 60%) slechts onderzoeken of het doel is bereikt, bleek uit Klein Haarhuis & Niemeijer 2008, p. 62.

34 Vgl. Verheij 2013, p. 113. Dat dit niet vanzelfsprekend is, constateerden Faure & Verheij 2007, nr. 969 in relatie tot wetgeving betreffende milieuschade. Klein Haarhuis & Niemeijer 2008, p. 62, constateerden dat in slechts 10% van de door hen onderzochte gevallen sprake was geweest van een nulmeting.

Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad aan haar doelen heeft beantwoord – waarbij men kan denken aan doelen als vermindering van het aantal bodemprocedures, versnelde schikkingsonderhandelingen, versneld richting geven aan massaschadezaken – dan is het van belang dat op kernvariabelen al voor inwerkingtreding een nulmeting heeft plaatsgevonden. Dat zulks (ongetwijfeld) niet is gebeurd, heeft alles te maken met beperkingen in departementale capaciteit en investeringen in infrastructuur voor empirische wetsevaluatie.³⁵

Bij het streven naar *evidence-based* regelgeving dienen ten slotte nog twee risico's te worden vermeden. Het eerste risico is dat onder *evidence* uitsluitend kwantificeerbare gegevens worden verstaan onder het motto 'meten is weten'. Ook hier geldt dat de context allesbepalend is. Een zuiver kwantitatieve benadering kan in de ene context goed uitpakken, maar in de andere context desastreus zijn. Een tweede risico is dat beleidsmakers, wetgevers en rechters met behulp van (selectief gebruik van) wetenschappelijk onderzoek pogen om normatieve keuzes en opvattingen aan het zicht te onttrekken. Bepaalde maatregelen worden dan als onvermijdelijk gepresenteerd, terwijl het in werkelijkheid gaat om een normatieve keuze. Het is aan wetenschappers om zich te laten horen wanneer hun onderzoeksresultaten op dergelijke wijze misbruikt worden. Dit betekent ook dat wetenschappers niet ontmoedigd dienen te worden om zich in het maatschappelijk debat te begeven. Prikkels aan universiteiten die uitsluitend zuiver wetenschappelijke publicaties belonen, zijn alleen al om die reden verkeerd.

5 UITGELEIDE

De mate waarin regelstelling in wet en rechtspraak *evidence-based* is, laat derhalve te wensen over en collectieve inspanningen zijn nodig om hierin verbetering aan te brengen. Dat zou goed zijn voor de kwaliteit van de privaatrechtelijke regels, rechterlijke beslissingen en het academisch discours, zonder dat het normatieve domein van de privatist wordt gekoloniseerd. Maar we beseffen terdege dat *evidence* niet altijd voorhanden is, terwijl het recht toch daden vergt. De civilologie kan dus slechts een bescheiden bijdrage leveren door te streven naar vergroting van onze kennis van de gedragspresumpties waar het privaatrecht zich van bedient, de effecten die het privaatrecht heeft op het gedrag van individuen en organisaties en de betekenis die deze presumpties en effecten hebben op privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en -toepassing. Die positieve analyse van het privaatrecht van de werkelijkheid kan bijdragen aan beter geïnformeerde normatieve keuzes. Wij hopen daarom dat dit boek academici, advocaten, rechters, beleidsmakers en politici zal weten

³⁵ Vgl. Veerman 2012.

te overtuigen van het nut en de noodzaak hiervan en hen zal inspireren om zelf – af en toe – dit verrassende maar moeizame pad van de civilologie te bewandelen.

LITERATUUR

Bargh et al. 1996

J.A. Bargh, M. Chen & L. Burrows, 'Automaticity of Social Behavior: Direct Effects of Trait Construct and Stereotype Activation on Action', *Journal of Personality and Social Psychology*, 1996, Vol. 71, No. 2, p. 230-244.

Van Boom, Giesen & Verheij 2008

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, 'Gedrag en Privaatrecht: inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2008, p. 19-48.

Van Boom 2012

W.H. van Boom, 'De Nederlandse privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)', *Regelmaat* 2012/5, p. 279-290.

Van Boom, Giesen & Smit 2012

W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit, 'Civilologie en de vaart der privaatrechtelijke volkeren', in: W.H. van Boom, I. Giesen & M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Civilologie Serie, Vol. 3, Den Haag: BJu 2012, p. 197-213.

Van Boom 2013

W.H. van Boom, 'Empirisch Privaatrecht – Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2013, te verschijnen.

Faure & Verheij 2007

M.G. Faure & A.J. Verheij (red.), *Shifts in Compensation for Environmental Damage*, WienNewYork: Springer 2007.

Harford 2008

T. Harford, *Waarom we doen wat we doen. De logica van ons gedrag*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contact 2008.