

# **Cirkels**

## **Een terugblik op een vooruitziende blik**

onder redactie van

Gijs van Dijck  
Rob van Gestel  
Ivo Giesen  
Fred Hammerstein

Kluwer – Deventer – 2013

ISBN 978-90-13-11863-6  
ISBN 978-90-13-11864-3 (E-book)  
NUR 822-201

© 2013 Kluwer, Deventer

Illustratie boekomslag: 'Hidden circles' © 2006 Anthony Norcia, Stanford University  
Omslagontwerp: H2R+ creatieve communicatie bv  
Opmaak binnenwerk: Van Helden, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl) of kunt u opvragen via de klantenservice.

# HET INCORPOREREN VAN EXTRAJURIDISCHE INZICHTEN IN HET PRIVAATRECHTELIJKE DEBAT

Ivo Giesen<sup>1</sup>

(annotatie naar aanleiding van J.B.M. Vranken, *Algemeen deel*<sup>\*\*\*</sup>, Kluwer: Deventer 2005, hoofdstuk IV)

## Introductie

1. In zijn *Algemeen Deel*<sup>\*\*\*</sup> beschrijft Vranken in hoofdstuk IV, in essentie, dat het privaatrecht en zijn beoefenaren te vaak uitgaan van veronderstellingen en/of daarop gebaseerde argumenten die feitelijk niet houdbaar zijn of in elk geval niet voldoende empirisch onderzocht zijn; een kenmerk van juridisch argumenteren is het gebrek aan feitelijke grondslag van gehanteerde argumenten.<sup>2</sup> Om slechts één voorbeeld te geven: leidt de mogelijkheid van aansprakelijkheid tot ander (al dan niet ‘defensief’ te noemen) gedrag bij degene die daarmee potentieel opgezadeld wordt, bijvoorbeeld bij een potentiële jeugdvandaal die af zal zien van dat vandalisme als hij (weet dat hij) als 14- of 15-jarige aansprakelijk kan worden gehouden?<sup>3</sup> Wij (civilisten) roepen dergelijke dingen heel gemakkelijk, en bouwen daar vervolgens hele argumentatielijnen op en omheen, maar empirisch bewijs voor dit soort stellingen wordt nauwelijks geleverd. Vranken hekelt dat. Terecht.

2. Het blijft overigens gissen naar het antwoord op de vraag *waarom* de feitelijke context, de empirie, vaak zo onvolledig blijft, maar waarschijnlijk is een deel van het antwoord dat het gewoon heel (te) lastig is (voor civilisten) om die informatie boven tafel te krijgen en vervolgens op waarde te schatten. Als er echter in een voorkomend geval wél betrouwbaar empirisch materiaal beschikbaar is, dan zijn we er nog steeds niet. Want dan rijst de (vervolg)vraag – ‘doorrekenend’ in Vranken’s traditie – of en wanneer dat empirische (sociologische, psychologische, economische, etc.) materiaal eigenlijk benut mag worden in een juridische context. Vranken is zich

1 Deze bijdrage bouwt voort op een paper dat de auteur presenteerde tijdens het *KNAW Colloquium “Civil Justice: Thinking and Deciding by Civil Courts”* (KNAW Amsterdam, 5-6 juli 2012), georganiseerd door de KNAW, Erasmus Law School en de Universiteit Utrecht; onderdelen van dit verhaal verschenen in een ‘guest editorial’ voor de *Maastricht Journal of European and International Law* (MJ 2013/2). Mijn dank gaat uit naar de sprekers en deelnemers aanwezig tijdens het genoemde Colloquium, naar Christoph Engel, Willem van Boom, Rianka Rijnhout en Lonneke Stevens voor het delen van enkele waardevolle inzichten, en naar de mede-redacteuren voor hun scherpe inzichten. De gebruikelijke disclaimer geldt, net zoals dat bij Jan Vranken altijd het geval is.

2 Zie Asser-Vranken, *Algemeen Deel*<sup>\*\*\*</sup>, Kluwer: Deventer 2005, nrs. 39 e.v., m.n. nr. 44.

3 Dit voorbeeld is mede ontleend aan J.B.M. Vranken, Het privaatrecht als wapen in de strijd tegen vandalisme, *NJB* 1988, p. 633-634, waarin (toen al) het ontbreken van een feitelijke grondslag ook al heel concreet, pregnant en overtuigend aan de orde wordt gesteld door Vranken.

(uiteraard) ook van die vraag en de daarmee verbonden gevaren bewust, zo blijkt uit recentere publicaties van zijn hand. Hij formuleert het zelf als volgt in het *NJB* van 2009: 'hoe kunnen de sociaalwetenschappelijk geldige en betrouwbare resultaten van onderzoek *vertaald worden* in een juridische context.' (mijn curs., *IG*).<sup>4</sup> Het is die vervolgvraag die ik hierna nader uitgewerkt (nr. 3-4) centraal stel en zal trachten 'door te rekenen', omdat een (afdoende) antwoord op die vraag met zich brengt dat er (weer) één argument minder is om de empirische context van de privaatrechtelijke vragen die wij ons dagelijks stellen, buiten beschouwing te laten, en dat zou het pleidooi van Vranken in het *Algemeen Deel*<sup>\*\*\*</sup> verder ondersteunen.

### Het springende punt nader geduid

3. In de voetsporen van hetgeen eerder in de VS geschiedde,<sup>5</sup> wordt in de laatste decennia in Europa meer en meer multi- en interdisciplinair academisch werk<sup>6</sup> verricht, ook binnen het domein van het privaatrecht.<sup>7</sup> In deze empirisch georiënteerde onderzoeken<sup>8</sup> wordt 'extra-juridische' kennis, meer in het bijzonder empirische gegevens uit disciplines zoals de psychologie, sociologie en de economie, gecombineerd met bestaande (dogmatische) juridische inzichten, gebaseerd op traditionele juridische argumentatietechnieken, en zo 'getransformeerd' naar 'nieuwe' juridische kennis. Dat gebeurt met het oog op diverse als nastrevenswaardig beschouwde beleidsdoelen, en heeft ons denken over juridische regels en over beleid regelmatig gewijzigd of bijgesteld, zoals in Engeland, als in Duitsland en Nederland.<sup>9</sup>

4. Een vraag die dit soort onderzoek typisch vergezelt – naast de algemeen geaccepteerde problemen als het gaat om de 'interface' tussen recht en sociale wetenschappen<sup>10</sup> – is of het eigenlijk wel mogelijk is – en zo ja, hoe, wanneer en waarom dan

4 J.B.M. Vranken, Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand, *NJB* 2009, p. 1092. Het gaat mij hier niet om de vraag naar het al dan niet mogen benutten van empirisch materiaal in rechtszaken e.d. Dat juich ik toe en dat gebeurt ook al geregeld. Mij gaat het hierna om het op verantwoorde wijze benutten (en dus soms ook niet benutten) van dat materiaal door de civiele rechter als het gaat om de daaraan (mogelijk) te verbinden *normatieve* consequenties.

5 De *Supreme Court* beslissing in de zaak *Muller v. Oregon* (208 U.S. 412, 1908) wordt algemeen beschouwd als een belangrijk ijkpunt in de VS.

6 Met deze terminologie duid ik hier op alle vormen van (juridisch) wetenschappelijk onderzoek dat tot op zekere hoogte inzichten van buiten het recht incorporeert, wetende dat deze termen in verschillende, soms hele specifieke betekenissen worden gebruikt door verschillende auteurs. Zie bijv. D.W. Vick, Interdisciplinarity and the Discipline of Law, *Journal of Law & Society*, Vol. 31, No. 2, 2004, p. 164 en 170 e.v.

7 Zie Th.S. Ulen, The Importance and Promise of Empirical Studies of Law, in: P. Nobel & M. Gets (eds.), *New Frontiers of Law and Economics*, Schulthess: Zurich 2006, p. 29 en 31 (met verwijzingen). Vgl. ook E.L. Rubin, Law and The Methodology of Law, 1997 *Wis. L. Rev.* 521, at 555.

8 Ulen 2006; G. van Dijk, Empirical Legal Studies, *WPNR* 6912 (2011), p. 1105. Wat mij betreft staat 'empirical' dan voor alle pogingen om uit te vinden hoe en waardoor het recht is zoals het is en wat de effecten daarvan zijn, vgl. Ulen 2006, p. 30.

9 Voorbeelden zijn te vinden in diverse van de hier geciteerde bronnen. Zie ook J.A. Blumenthal, Law and Social Science in the Twenty-first Century, 12 *S. Cal. Interdisc. L.J.* 1 2002-2003, p. 1-4.

10 Over die 'interface' problemen die ik hier niet bespreken kan, speciaal Blumenthal 2002, die ook oplossingen aandraagt, zie p. 34-46.

– om de ‘sprong’ te maken van zulke extra-juridische feitelijke inzichten naar *normatieve juridische conclusies*. Gegeven dat feiten geen waardeoordelen kunnen genereren,<sup>11</sup> hoe en wanneer kan een onderzoeker dan overstappen van bijvoorbeeld empirisch-psychologische gegevens<sup>12</sup> naar normatieve juridische oordelen, zoals in rechte steevast geschiedt, zeker door rechters, maar ook op beleidsniveau?<sup>13</sup> Als uit psychologisch onderzoek volgt – om maar een willekeurige voorbeeld te noemen<sup>14</sup> – dat waarschuwingen alleen opgevolgd worden (‘preventief werken’) als de kosten om eraan te voldoen of om een alternatieve handelwijze te benutten, extreem laag zijn,<sup>15</sup> kan de civiele rechter dan op grond van dat enkele gegeven – op normatief niveau – concluderen dat een juridische waarschuwingsplicht overbodig is in alle andere omstandigheden? Wat zou voor die vertaalslag of sprong een rechtvaardiging kunnen zijn, als die al bestaat, en onder welke voorwaarden bestaat die rechtvaardiging? Wat zijn, met ander woorden, de condities waaronder het ‘veilig’ is om ‘over te steken’ van feiten naar juridische oordelen?<sup>16</sup>

### Het belang van deze vraag

5. Om het belang van deze vraag nader te onderstrepen, wijs ik er ten eerste op dat Smits betoogd heeft dat we het belang van empirisch werk voor het recht niet mogen overschatten, want:

‘(...) the relationship between the normative question of what the law ought to be (...) and the empirical question whether something ‘works’ is not completely clear.’<sup>17</sup>

11 Bijv. J.O. McGinnis, *Age of the Empirical*, *Policy Review*, 2006, p. 48; O. Lepsius, *Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?*, *JZ* 1/2005, p. 8 (sprekend over het ‘Bewertungsproblem’ en het ‘*Sein-Sollen-Fehlschluss*’). Met nuances ook S. Taekema & B. van Klink, *On the border*, in: Bart van Klink and Sanne Taekema (ed.), *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, Mohr Siebeck: Tübingen 2011, p. 17-19. Meer in het algemeen over ‘is’ en ‘ought’ zie J. Hage, *Juridical Acts and the Gap between Is and Ought*, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2013 (42) 1, p. 50 e.v.

12 J. Monahan & L. Walker, *Social Authority: Obtaining, evaluating, and Establishing Social Science in Law*, 134 *U. Pa. L. Rev.* 477 1985-1986, hebben betoogd dat ‘social science research’ geen bron is van feiten, maar van ‘social authority’. Die discussie gaat deze bijdrage echter te buiten.

13 Het gaat mij hier dus niet om het toetsen van de juistheid van de feitelijke aannames van een rechter of wetgever (‘debunking’). Wanneer wetgever of rechter zich op bepaalde feitelijke gegevens beroept, mogen die uiteraard getoetst worden; men beoordeelt dan de juistheid van de feitelijke grondslag, en maakt (nog) geen ‘sprong’. Dat proces ziet dus niet op de (eventueel later, als de gegevens juist blijken) te ondernemen sprong van feit naar norm, zie ook nr. 5.

14 I. Giesen, *Handle with care*, Den Haag: BJu 2005.

15 T.A. Dingus, S.S. Wreggit & J.A. Hathaway, *Warning variables affecting personal protective equipment use*, *Safety Science*, 16 (1993) 655-673, p. 661, 663 en 668; Zie ook J. Edworthy, A. Adams, *Warning Design: A Research Prospective*, Taylor & Francis: London 1996, p. 52-53, 59 en 73.

16 Zie voor die vraagstelling al eerder Giesen 2005, p. 87 e.v.; I. Giesen, *Recht en ... Psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben*, *WPNR* 6912 (2011), p. 1073. Zie ook nader nr. 5.

17 J.M. Smits, *The mind and method of legal academic. On the nature, method and organization of the legal discipline*, Cheltenham: Edward Elgar 2012, no. 16.

Als dat waar is – en ik twijfel daar niet aan – dan rust de toekomst van het gebruik van extrajuridische inzichten in het recht, en dus van ‘empirical legal scholarship’, op de (on)mogelijkheid de vraag te beantwoorden of we in staat zijn en het toegestaan is om de sprong tussen empirische en juridische waardeoordelen te maken.<sup>18</sup> Nader onderzoek naar die kwestie is daarmee dus geboden.

In dit verband wijs ik ook op de opmerking van Lawless, Robbennolt & Ulen in hun ‘casebook’ over ‘*Empirical Methods in Law*’<sup>19</sup> dat:

‘It is also important to recognize that an empirical approach is not suited to answer all legal questions. While it is true that empirical evidence frequently provides us with crucial insights into important public policy issues on which there are deeply opposing views, such issues may ultimately turn on normative issues that cannot be answered by empirical research.’

En inderdaad: empirische vergezichten kunnen de juridische redenering aanvullen of nuanceren of bepaalde veronderstellingen ontkrachten, maar deze kunnen nooit de normatieve<sup>20</sup> juridische analyse en de daaraan gerelateerde beleidskeuzes totaal vervangen,<sup>21</sup> zelfs niet als iemands keuzes wellicht deels gebaseerd zijn op empirisch feitenmateriaal. Kortom, omdat ‘empirical insights’ en juridische analyse samen gaan, moeten we de vraag stellen, steeds als we verder gaan dan het toetsen van de feitelijke juistheid van bepaalde gegevens en een normatieve kwalificatie of transformatie nodig is,<sup>22</sup> hoe we de juiste vorm of wijze van ‘vertaling’ vinden?<sup>23</sup> Om terug te komen op mijn eerdere (in nr. 1 genoemde) voorbeeld: stel dat uit betrouwbare empirische gegevens zou blijken dat jeugdigen zich inderdaad van vandalisme laten weerhouden door de mogelijkheid van aansprakelijkheid, betekent dat dan dat wetgeving van die strekking ingevoerd moet worden? Het antwoord kan slechts ontkennend zijn, omdat ook andere overwegingen mee kunnen spelen. Maar als dat zo is, wat mogen en kunnen we dan wel met die feitelijke informatie?

Een volgende reden en rechtvaardiging voor bespreking van de genoemde kernvraag heeft te maken met de impact die ‘multidisciplinariteit’ gaat krijgen, en nu al heeft, op de privaatrechtswetenschap. De groei van die tak van sport, zou zo maar afhankelijk kunnen worden van het gebruik van empirische inzichten, en dan is de

18 Uiteraard hangt die toekomst ook af van de manier waarop ‘empirical legal scholarship’ te werk gaat en of de juiste methode gebruikt wordt. Daarover voor Nederland Van Dijck 2011, en vooral L. Epstein & G. King, *The Rules of Inference*, 69 *U. Chi. L. Rev.* 1 2002, alsmede de stevige kritiek die zij in hetzelfde nummer van de *University of Chicago Law Review* (69 *U. Chi. L. Rev.* 2002) ontvangen van Cross et al (p. 135 e.v.), Goldsmith et al. (p. 153 e.v.) en Revesz (p. 169 e.v.). Het antwoord volgt op p. 191 e.v.

19 R.M. Lawless, J.K. Robbennolt & Th.S. Ulen, *Empirical Methods in Law*, New York: Aspen 2010, p. 21.

20 Vgl. Rubin 1997, p. 555.

21 Zo ook al J.B.M. Vranken, Een nieuw rechtsrealisme in het privaatrecht, *WPNR* 6912 (2011), p. 1121, en J.B.M. Vranken, G. van Dijck, ‘Law and...’ bewegingen: een slotbeschouwing, *WPNR* 6912 (2011), p. 1125. Zie ook Rubin 1997, p. 556; Giesen 2005, p. 87 e.v.; Giesen 2011, p. 1072-1073; McGinnis 2006, p. 55, stelt: ‘Empiricism is not going to forge consensus on all issues’.

22 Vranken 2011, p. 1121, refererend aan het werk van Mertz, zie hierna.

23 Andere ‘traps for the unwary’, zoals Vick 2004, p. 185, ze noemt, kan ik hier niet bespreken. En ja, ik weet dat niet alle empirische studies alleen descriptief zijn (Rubin 1997, p. 537-538).

vraag naar de connectie tussen de twee van vitaal belang,<sup>24</sup> alle scepsis bij veel civilisten ten spijt.<sup>25</sup> Een laatste, veeleer praktische reden is dat de sociaalwetenschappelijke inzichten inmiddels al hun weg vinden naar de rechtbanken en hoven en daar beslissingen kunnen beïnvloeden.<sup>26</sup> Dat betekent dat de rechter enige notie moet hebben van hetgeen hij op zijn bord krijgt.

### Verdere opbouw

6. Mijn zoektocht naar mogelijke antwoorden bestaat uit een scan van de bestaande literatuur over dit methodologische punt, voor zover ik deze heb kunnen achterhalen (nrs. 7-13). Daarna probeer ik, op die basis voortbouwend, een 'eigen' wijze van 'vertaling' tussen empirie en recht aan te reiken (nrs. 15-18). Succes is daarbij niet verzekerd, maar dat is in de wetenschappelijke wereld van Vranken ook niet vereist, en ik hoop dat deze zoektocht op zichzelf al leerzaam kan en zal zijn. Ik denk uiteindelijk (nrs. 19-21) dat als enkele meer formele, procedurele stappen gezet kunnen worden, de sprong van feit naar recht 'toegestaan' is, niettegenstaande de theoretische en praktische problemen die we dan nog steeds tegenkomen. De vraag is immers steeds 'how to appropriately use well-done, but inherently imperfect research for legal and policy purposes'<sup>27</sup>.

### De bestaande literatuur: Vranken

7. Ons probleem is geen nieuw probleem,<sup>28</sup> want zoals Lepsius ons enkele jaren geleden al herinnerde, was het Kantorowicz die dit punt al opperde in 1934, in een artikel in de *Yale Law Journal* over 'Legal Realism'.<sup>29</sup> Daarbij valt wel op dat het probleem vaker benoemd wordt, maar vrijwel nooit echt bij de kern aangepakt, in de zin dat de betreffende auteur vervolgens daadwerkelijk een oplossing aandraagt voor

24 Empirisch onderzoek 'will greatly advance our understanding of law', zo heeft Ulen 2006, p. 29, laten noteren. Zie ook Vranken 2011, p. 1119 en 1120, en Vick 2004, p. 181-182, over de voordelen van interdisciplinair werk.

25 Ulen 2006, p. 34. Over de batenkant van *social sciences* in het recht: C. Engel, The Difficult Reception of Rigorous Descriptive Social Science in the Law, in: N. Stehr & B. Weiler, *Who Owns Knowledge? Knowledge and the Law*, New Brunswick: Transaction Publishers 2008, p. 200-202. Zie ook B.G. Garth, Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil Procedure and Empirical Law, 49 *Ala. L. Rev.* 103 1997-1998, p. 106-107.

26 Zie E. Mertz, Undervaluing Indeterminacy: Translating Social Science into Law, 60 *DePaul L. Rev.* 397 (2011). Zie ook J. Monahan & L. Walker, Judicial use of social science research, *Law and Human Behavior*, Vol. 15(6), 1991, p. 571-584; D. Nelken, Can law learn from social science, in: E. Mertz (ed.), *The Role of Social Science in Law*, Ashgate: Aldershot 2008, and J. Sanders, S.S. Diamond & N. Vidmar, Legal perceptions of science and expert knowledge, in: E. Mertz (ed.), *The Role of Social Science in Law*, Ashgate: Aldershot 2008, p. 223 e.v. Dit wil overigens niet zeggen dat als er 'empirical evidence' bestaat, dat deze altijd benut wordt, zie R. Lempert, Empirical Research for Public Policy: With Examples from Family Law, 5 *J. Empirical Legal Stud.* 907 2008, op p. 908, in noot 1.

27 J.K. Robbenolt, Evaluating Empirical Research Methods: Using Empirical Research in Law and Policy, 81 *Neb. L. Rev.* 777 2000-2003, p. 778. Zie ook J. Goldsmith & A. Vermeule, Empirical Methodology and Legal Scholarship, 69 *U. Chi. L. Rev.* 153 2002, p. 154 en 161.

28 Zie ook Engel 2008, p. 169-170, over soortgelijke 'interfaces' tussen recht en 'social sciences'.

29 Lepsius 2005, p. 8, en H. Kantorowicz, Some Rationalism about Realism, 43 *Yale L.J.* 1240 1933-1934.

het (beter) kunnen overbruggen van de kloof tussen empirische gegevens en (daarop te baseren) juridische normatieve oordelen.<sup>30</sup> Ik pak de draad echter op in het huidige millennium, en dan begin ik met wat Vranken zelf over deze thematiek te berde heeft gebracht. Dat deed hij overigens (nog) niet in zijn *Algemeen Deel*\*\*\*, ook niet in hoofdstuk IV waarin hij bespreekt dat civilisten weinig feitelijke gegevens benutten. Dat had wellicht wel moeten, want voor hetzelfde geld ligt juist in het probleem dat hier besproken wordt wel een deel van de verklaring waarom civilisten niet te rade gaan bij meer empirisch georiënteerde collega's ('de vertaalslag is toch niet te maken, dus waarom zou ik').<sup>31</sup> Ik ben daar zelf overigens niet van overtuigd; 'onbekendheid' met en 'niet gewend zijn' aan de empirie liggen als verklaringen veel meer voor de hand. Wat daarvan zij, Vranken heeft nadien het thema van de noodzaak om te 'vertalen' tussen empirische studies en juridisch onderzoek, wel degelijk gesignaleerd en besproken.<sup>32</sup>

8. De noodzaak om tot een vertaalslag te komen, schuilt voor Vranken hierin dat sociale wetenschap niet altijd meteen inpasbaar en bruikbaar is in een juridische setting, bijvoorbeeld omdat die inzichten niet altijd gericht zijn op specifieke oplossingen voor een specifiek (juridisch) probleem, en omdat de uitkomsten van empirische studies regelmatig uit waarschijnlijkheden en gemiddelden bestaan. Het 'juiste' antwoord vinden in een poel van empirische inzichten is bovendien een illusie omdat ook dit soort onderzoek ter discussie staat en omgegeven is door onzekerheden. 'Transformatie' is dus niet alleen nodig, maar ook onvermijdelijk en zelfs een voorwaarde voor multidimensionaal onderzoek.<sup>33</sup>

9. Zo'n transformatieproces is overigens niet iets waar juristen bang voor zouden moeten zijn, aldus Vranken, omdat zij immers getraind zijn in het afwegen van allerlei soorten argumenten, beginselen, cijfers, factoren, gezichtspunten, etc., al-

30 Zonder dat hier uit te kunnen werken, noem ik hier Robbennolt 2002, p. 778, die 'the persistent tension between the methods of social science and the theory, goals, and settings of law and policy' bespreekt. Zij waarschuwt wel tegen de gevaren van het elders benutten van inzichten uit een andere wetenschap en zij informeert ons over hoe fouten in dat verband te voorkomen (bijv. door 'debiasing') maar een meer algemene instructie over hoe sociaalwetenschappelijke inzichten getransplanteerd kunnen worden naar het recht, biedt zij niet. Een tweede voorbeeld is Vick 2004. Dit werk noemt allerlei soorten gevaren, waaronder de moeilijkheid om andere disciplines te begrijpen en om misinterpretaties te voorkomen (p. 185), maar ons centrale thema komt slechts zijdelings aan bod en wordt niet uitgewerkt. Lepsius 2005, p. 12-13, herdefinieert ons thema als een juridisch bewijsprobleem en redeneert er zo omheen. Voor Lawless, Robbennolt and Ulen 2010, p. 14, zijn, tot slot, de geaggregeerde patronen die empirische studies leveren relevant voor de oplossing van individuele gevallen omdat 'establishing what tends to happen in general provides evidence of what happened in the individual case'. Zulk bewijs is niet direct beslissend maar het werpt wel (nieuw) licht op het individuele geval.

31 Vick 2004, p. 189, stelt in dit verband: 'At the very least, if information concerning the alien discipline cannot be transformed into something compatible with the schemata that academic lawyers already possess, it will not be useable by more than a small handful of those for whom interdisciplinary works are written.'

32 Zie Vranken 2011, p. 1121. Zie ook al J.B.M. Vranken, Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap, *WPNR* 6840 (2010), p. 325.

33 Vranken 2011, p. 1121.



rens zij tot beslissingen komen. Juristen zullen dus in ieder geval de feiten normatief-juridisch moeten duiden (kwalificeren en vertalen). Dit proces van het wegen en rechtvaardigen (via een gedegen motivering) van een uitkomst, verandert niet al te zeer wanneer empirische, sociaalwetenschappelijke feiten en inzichten aan het totaalplaatje worden toegevoegd. Hierin schuilt dus niet het grootste probleem voor juristen en voor nieuwe stromingen in juridisch onderzoek, aldus Vranken.<sup>34</sup> Zijn oplossing voor de hier centraal gestelde kwestie is daarmee om de nieuwe inzichten toe te voegen aan de bundel argumenten en feiten die de jurist toch al zal moeten wegen en balanceren.

De schoonheid van eenvoud kleeft deze oplossing aan, maar is het ook genoeg om de brug tussen feit en recht *echt* te kunnen slaan? Wellicht wel, maar tegelijk lijkt deze oplossing ook incompleet in die zin dat er verder geen aanwijzingen gegeven worden over hoe dat proces dan voltrokken zou kunnen worden. Hoeveel gewicht mogen de empirische feiten, bijvoorbeeld het gegeven dat civielrechtelijke aansprakelijkheid een mogelijke jeugdvandaal juist wel of juist niet ontmoedigen zal, krijgen in de afweging? Meer of minder dan juridische argumenten of beginselen? En hoe moet de juridische beslisser omgaan met het gegeven dat de empirische feiten veelal over gemiddelden en standaarddeviaties gaan ('de gemiddelde jeugdvandaal'), ontleend aan een grote dataset, en dus niet zien op een specifieke casus met de daaraan verbonden omstandigheden van het (specifieke) geval of individu ('Gijs van Gestel, 14 jaar') die in de juridische afweging zo bepalend zijn?<sup>35</sup> En het wegingsproces zelf, wordt dat daadwerkelijk zo doorgevoerd door de rechter als blijkbaar de bedoeling is? Gaat de rechter zich verdiepen in het onderzoek naar de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht op vandalisme van jeugdigen? Over dit soort dingen moet meer worden gezegd om tot een echt zinvolle uitweg te kunnen geraken.

### De transparantie mythe: Mertz

10. Zoals uit de verwijzingen in zijn artikelen is te halen, heeft Vranken zich laten inspireren door het werk van Elizabeth Mertz, die in dit verband over de 'Transparency Myth' spreekt. Het is daarom goed om nader te bekijken wat zij over deze materie te melden heeft. Mertz was de editor van een aantal essays over *'The role of social science in the law'*, en in haar introductie wordt ampel aandacht besteed aan ons centrale thema. Zij benadrukt daarin het belang 'that we study the process of interdisciplinary translation itself, alleen al omdat we gewaarschuwd zouden moeten zijn 'against an unduly simplistic approach to bridging important differences between law and social science', want anders maken we onvermijdelijk analytische fouten.<sup>36</sup>

34 Vranken 2011, p. 1121. De grootste bedreiging ligt volgens Vranken in het verwerven van voldoende methodologische kennis om de betrouwbaarheid van sociaalwetenschappelijk onderzoek te kunnen beoordelen en interpreteren.

35 Zie bijvoorbeeld Lawless, Robbennolt and Ulen 2010, p. 14, en D. Canter, In the Kingdom of the Blind, in: D. Canter & R. Žukauskienė, *Psychology and Law. Bridging the Gap*, Ashgate: Aldershot 2008, p. 1-4, alsmede Rubin 1997, p. 556.

36 E. Mertz, Introduction, in: E. Mertz (ed.), *The Role of Social Science in Law*, Ashgate: Aldershot 2008, p. xiii en xiv.

Vervolgens bespreekt ze het thema van het mengen van disciplines waarbij ze de belangrijke vraag stelt of een overgang tussen disciplines wel mogelijk is zonder daarmee iets belangrijks te verliezen.<sup>37</sup> Ze concludeert dan, lichtelijk verontrust(end):<sup>38</sup>

'In sum, any accurate or adequate attempt to move from social science to law (or vice versa) requires systematic attention to the translation process itself. (...) Analysis from diverse disciplinary points of view teaches us that this translation process is far from transparent. The important task ahead of us, then, is to develop better understandings of legal and social scientific 'transduction' – or translation in the more complex sense (...). Only from that foundation can we calculate the trade-offs involved in one approach as opposed to another. Although there is reason to be concerned that the average law student or lawyer or social scientist has had little opportunity to consider these trade-offs, there are some arenas in which the issue has been more foregrounded than others.'

Gelukkig schuilt er ook nog een vleugje optimisme in het slot van haar introductie, waar zij stelt:<sup>39</sup>

'Neither social scientists nor legal professionals benefit from the myth of transparent translation. Careful analysis of the very different epistemologies, institutional settings, goals and languages involved can only improve interdisciplinary communication. From the social scientists' perspective, if a core goal is achieving better understandings of law, then it is clearly important to proceed with an accurate sense of the internal categories that organize legal experience. From legal professionals' point of view, achieving good results from the use of social science requires at least some sophistication about the systems of knowledge behind them. Neither of these is possible unless we transcend the myth that we are speaking the same language and move beyond the somewhat arrogant assumption that we can effortlessly pick up each other's professional knowledge. Translation of this kind will inevitably, as we noted at the outset, involve transformation and, indeed, loss. *But it is possible to move forward with some care, developing more systematic analyses not only of the kinds of losses and transformations involved, but also of the gains to be had from a more informed and critical conversation* (mijn curs., IG).'

Dit optimisme is wellicht gerelateerd aan het feit dat Mertz zelf, in een latere publicatie, in staat is gebleken om ons ten minste enige raad te verschaffen.

11. Immers, in een artikel in de *DePaul Law Review*<sup>40</sup> uit 2011, heeft zij voorgesteld om inzichten uit de 'linguistic anthropology' te gebruiken in ons denken over hoe de transitie van sociale wetenschap naar recht is te maken, waarbij een extra belemmering is dat juristen 'poorly equipped' zijn op dit vlak, terwijl sociale wetenschappers '[are] frequently blissfully unaware of the realities of the legal universe into

37 Mertz 2008, p. xvii.

38 Mertz 2008, p. xviii.

39 Mertz 2008, p. xxix.

40 Mertz 2011.

which their findings may be dropped.<sup>41</sup> Daaruit kan dan het navolgende worden geconcludeerd:<sup>42</sup>

'As a consequence, people on both sides of this ongoing conversation may proceed unaware that they are assuming a level of interdisciplinary transparency that does not exist. They may, in fact, be trying to have two very different conversations. At best, they leave these exchanges with a smug sense of superiority, reflecting on how stupid or silly the other disciplinary perspective was. At least in this case they are aware that there is some kind of disciplinary difference. At worst, they leave thinking that they have understood one another perfectly, when in fact they selectively heard bits and pieces that they found useful, fitting them into their own disciplinary frameworks. In these cases, a failure to carefully reflect on the translation process itself yields misleading results, paired with a misguided sense of overconfidence in the scientific validity of those results.'

Kortom, er moet iets gebeuren. Mertz's gedachten in dit verband zijn vervolgens op hun beurt geïnspireerd door het werk van de antropologisch linguïst Michael Silverstein.

12. Die Silverstein<sup>43</sup> heeft een concept van 'vertalen' voorgesteld dat hier wellicht zinvol te gebruiken is, in elk geval op theoretisch vlak, omdat we tussen recht en sociale wetenschap niet echt vertalen; er is geen sprake van (letterlijke) omzetting van woorden in exacte equivalenten van een andere taal (hier: een andere wetenschap). Dat past overigens bij 'echt' linguïstisch vertalen, want ook daarbij zijn dit soort rechttoe-rechtaan equivalenten zeldzaam; en buiten die zeldzame gevallen is de switch tussen talen nooit een eenvoudige, transparante omzetting naar een andere taal omdat dat proces de bedoelde uiting vaak niet afdoende 'pakt'.<sup>44</sup> Vertalen, 'translation', wordt bij Silverstein daarom 'transduction'.<sup>45</sup> Een voorbeeld: het gebruik van 'vous' in het Franse kan betekenen dat je meerdere personen aanspreekt of dat je een beleefdheidsvorm benut. Het vertalen van dit 'vous' als 'you' in het Engels is dan gewoonweg niet goed genoeg 'to transduce' de kern van wat bedoeld wordt. En evenzeer zijn inzichten en 'regels' uit de economie, psychologie of sociologie niet altijd één-op-één toepasbaar of nuttig in een juridische setting.

Soms is echter een nog verdergaande stap nodig, en moeten we een echte 'transformation' maken. Zoals Mertz uitlegt:<sup>46</sup>

41 Mertz 2011, p. 406.

42 Mertz 2011, p. 406.

43 Zie M. Silverstein, Translation, Transduction, Transformation: Skating "Glossando" on Thin Semiotic Ice, in: Paula G. Rubel & Abraham Rosman (eds.), *Translating Cultures: Perspectives on Translation and Anthropology*, Berg: Oxford 2003, p. 75. Ik heb hier het verslag van Mertz 2011, p. 406 e.v., ten aanzien van Silverstein's theorie gevolgd.

44 Zo is bijvoorbeeld de tekst 'may you give birth to a wandering ghost' een zeer kwetsende uitlating in het Tonkawa, maar die essentie wordt niet echt 'gegrepen' wanneer de tekst in het Engels is vertaald. Omgekeerd, het vertalen van gebruikelijke scheldwoorden als 'screw you' in een vorm als 'you have sex', bereikt ook niet wat beoogd is. Zie Mertz 2011, p. 407.

45 Silverstein 2003, p. 83 e.v.

46 Mertz 2011, p. 409, in navolging van Silverstein 2003, p. 91 e.v.

‘Certainly, when we are translating between different cultural contexts as well as different languages, he [Silverstein, *IG*] notes, we can no longer speak of “translation” in the most transparent sense, because we have to shift so much of the literal meaning to achieve anything resembling equivalence in the overall meaning. In fact, the search for equivalence may in and of itself distort; when we try too hard to create an equivalence, we may hide the fact that there are things that we simply cannot translate. Thus, the appearance of equivalence in our translation results in an even more imprecise sense of the differences between the two systems for our listeners or readers.’

Als gevolg daarvan geldt echter dat ‘any accurate or adequate attempt to move from social science to law (or vice versa) requires systematic attention to the translation process itself’. En als dat zo is, dan moeten we een beter begrip van ‘legal and social scientific ‘transduction’ (i.e. translation in the more complex sense)’ ontwikkelen.<sup>47</sup> Mertz concludeert dan ook dat het nodig is te starten met een assessment van de verschillende normen die gelden binnen de wetenschappen die naar het recht vertaald (moeten) worden.<sup>48</sup> Gelukkig is op dat vlak al wel wat werk verricht, bijvoorbeeld door Canter,<sup>49</sup> waarop dan voortgebouwd kan worden. Dat is ook nodig want deze theoretisch gefundeerde bijdrage van Mertz aan ons debat zal wel nog moeten worden omgezet in concrete aanwijzingen die toepasbaar en bruikbaar zijn in de dagelijkse praktijk van interdisciplinair onderzoek, en dat is een ‘understatement’.

### Een alternatief uit Duitsland: Engel

13. Naast Mertz is ook de benadering van Engel, zelf van oorsprong jurist, maar inmiddels vooral experimenteel bezig,<sup>50</sup> specifiek voor juristen interessant. Engel heeft zichzelf de vraag gesteld waarom juristen zo terughoudend zijn in het gebruik van sociale wetenschappen, zelfs wanneer dat louter voor descriptieve doeleinden is. Zijn de blijkbaar breed levende zorgen legitiem?<sup>51</sup> Hij bespreekt vervolgens mogelijke redenen voor deze terughoudendheid (gebrek aan expertise; afbreuk doen aan macht van de juristen; andere taak, andere redeneervormen, etc.<sup>52</sup>) en stelt dan dat gegeven die moeilijkheden de integratie van sociale wetenschappen binnen het juridische domein een vorm van ‘kunst’ is die niet in een ‘one size fits all’ mal is in te passen. Sterker nog:<sup>53</sup>

47 Mertz 2011, p. 409.

48 Mertz 2011, p. 412.

49 Vgl. het overzicht bij Canter 2008, p. 2.

50 Zie ook zijn Rotterdamse oratie, C. Engel, *Legal Experiments: Mission Impossible?*, Erasmus Law Lectures 28, Eleven International Publishing: The Hague 2013.

51 Engel 2008, p. 170. Zie ook Blumenthal 2002.

52 Engel 2008, p. 173-200.

53 Engel 2008, p. 202. In zijn oratie (Engel 2013) worden voorbeelden genoemd van (wat ik dan noem) ‘pogingen tot integratie’, via experimenten over en in het recht. Kritisch over (economische) experimenten: K. Zeiler, Cautions on the Use of Economics Experiments in Law, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 166 (2010), 178-193.

‘every new case, every new topic and every new academic paper must find the individually best way to carry off the integration.’

Als zodanig schuilt hierin uiteraard geen antwoord op onze centrale vraag, maar Engel geeft wel enige aanwijzingen die behulpzaam zouden kunnen zijn. Hij wijst ten eerste op de mogelijkheid van een procedurele in plaats van een materiële manier van omgaan met deze kwestie, hetgeen ook een typische werkwijze is voor juristen die overweldigd zijn door de complexiteit van het probleem. Ook moedigt hij de lezer aan om verschillende casusposities verschillend te benaderen (een zaak over abortus is onvergelykbaar met een auteursrechtinbreuk). Ten derde stelt hij voor om onderscheid te maken tussen de totstandkoming en de verwoording en verantwoording van de rechterlijke uitspraak, met daarbij een toegankelijke rechtvaardiging en motivering voor het gebruik van inzichten uit de sociale wetenschappen in een zaak. Daarnaast meent hij dat juridische wetenschappers, die ook getraind zijn in sociale wetenschappen, als intermediairs, als *interface actors*, zowel de juristen als de methodologische standaarden als het gaat om de integratie van recht en sociale wetenschap kunnen bedienen. Daarbij geldt uiteraard dat het tweede, derde en vierde idee in feite voorbeelden zijn van de meer procedurele aanpak die hij als eerste aanraadt, en die wellicht een interessant opening biedt. Maar daarover zo meer (nrs. 15-18).

### Tussenconclusie

14. Waar staan we nu? We zijn niet veel verder gekomen, zo lijkt het. Ons thema is een serieus discussiepunt waar aan gewerkt moet worden, maar hoe dan? Vormt een extern inzicht ‘slechts’ een volgend argument dat ingebouwd moet worden in de afweging (Vranken) of geldt dat wellicht alleen maar als een bepaald procedureel patroon is gevolgd (Engel)? Mertz heeft een op zich waardevol traject laten zien (systematisch aandacht besteden aan het proces van vertalen als zodanig), maar makkelijk is dat niet. Meestentijds wordt het probleem echter vooral genegeerd en niet opgelost.<sup>54</sup>

Hoe dat komt? Wellicht is het probleem te groot, te complex, en dus onoverkomelijk? Dat het lastig is, is duidelijk, en dat ligt waarschijnlijk (mede) hieraan dat de scheiding tussen ‘Sein’ en ‘Sollen’, tussen ‘is’ en ‘ought’, een fikse barrière vormt. Daar komt dan bij dat, zoals Vranken ook al aangaf, een juridische beslissing in beginsel een individueel geval betreft waar datasets zien op gemiddelden gebaseerd op vele tientallen, honderden, duizenden gevallen, alsmede het gegeven dat in de juridische praktijk empirische inzichten toch al benut worden als een rechter, beleidsmaker, advocaat daartoe beslist (en daar kan niemand iets tegen doen, behalve waarschuwen voor de gevaren). Niettemin volgt hieruit ook dat ons centrale probleem een reëel

<sup>54</sup> Vgl. Taekema & Van Klink 2011, p. 10 e.v. en p. 29 e.v., die diverse typen en vormen van interdisciplinair onderzoek onderscheiden maar de ‘vertaalslag’ niet behandelen, en vgl. ook nog S. Taekema, B. van Klink, Dwarsverbanden. Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap, *NJB* 2009, p. 2559 e.v., waarin de noodzaak van een vertaalslag alleen wordt benoemd (p. 2562). Zo ook de (overigens) prachtige en leerzame studie van W.H. van Boom, *Empirisch Privaatrecht*, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013 (nog te verschijnen).

probleem is, zodat er alle reden is om toch nog een poging te wagen om nog net iets verder te geraken.<sup>55</sup>

### Discussie: een mogelijke oplossing?

15. Op basis van het voorgaande ligt het voor de hand aan te nemen dat alleen van geval tot geval een antwoord mogelijk is op de vraag of de sprong van empirische inzichten naar juridische, normatieve oordelen mogelijk is, omdat de juridische weging van argumenten ook van geval tot geval geschiedt; waarschijnlijk is daarbij dan tevens de aanwezigheid nodig van een normatief geladen, intern-juridische reden op basis waarvan een inzicht van elders in rechte acceptabel is, als onderdeel van de totale afweging. De jurist neemt dan in wezen echter alleen de *inspiratie* van elders (economie, sociologie, psychologie) 'over', zodat het hier niet echt om het 'vertalen' van A naar B gaat, maar veeleer hierom dat B 'gevoed' wordt door A. Het grote voordeel van die gedachtegang is uiteraard dat niemand een ander het ontlenen van inspiratie aan wat dan ook kan ontzeggen. Maar het is ook nihilisme *in extremis*, en dus waag ik nog een poging om toch nog met een alternatief te komen.

16. Als het definitieve antwoord op de vraag hoe de vertaalslag te maken is, blijkbaar niet te vinden is, dan rest ons slechts 'plan B', het op één-na-beste-scenario, en dat ziet er dan wat mij betreft zo uit dat we op zoek moeten naar een procedurele vorm of werkwijze, een formeel proces, op basis van formele stappen en regels over wat mag en wat niet mag, over wat moet, en over de wijze en mate van verantwoording afleggen over wat er gedaan is. Daarmee zou dus het *proces* van het gebruik van empirische inzichten in het juridische discours gestuurd worden; we spreken dan over een (in Amerikaanse termen) *due process approach*.<sup>56</sup> Concreet: willen we de uitkomsten van empirisch onderzoek naar de preventieve werking van civielrechtelijke aansprakelijkheid op mogelijk vandalisme 'meenemen' in een besluit over welke regels (schuld-, risico- of geen aansprakelijkheid?) zouden moeten gelden, dan zouden in elk geval enkele formele stappen (zie hierna) gezet moeten zijn of worden.

17. Het is nuttig nog wat nader in te gaan op een dergelijke aanpak, die voortbouwt op en weerklank vindt bij wat de eerdere besproken auteurs (Vranken, Mertz, en Engel) hebben verdedigd. Als er een 'mismatch' bestaat tussen wat een sociale wetenschap als 'waarheid' beschouwt en dat wat het recht als zodanig behandelt, dan is dat enkele feit onvoldoende reden of rechtvaardiging om het recht dan maar aan te passen. Het recht heeft zijn eigen normatieve kaders en een eigen afweging te maken. Als we om reden X of Y helemaal geen aansprakelijkheid van jeugdigen zouden willen, dan is dat van groot gewicht, ook als de empirie anders aangeeft. In de noodzakelijke afweging van alle argumenten kan het niet-juridische inzicht in kwestie behoorlijk belangrijk zijn omdat dat een nieuw element aan de discussie toevoegt en die zo

55 Dit vertaalprobleem speelt overigens ook bij het gebruik van rechtsvergelijkende gegevens, maar dat kan ik hier niet verder uitwerken. Voor een concreet voorbeeld: I. Giesen, *The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases*, *Utrecht Law Review* Vol. 8, Issue 2, 2012, 35.

56 Een dergelijke aanpak is eens te meer nodig omdat de vaak gesuggereerde oplossing voor allereerste problemen, te weten: om in interdisciplinair teamverband te werken (Vranken 2010, p. 324), niet beschikbaar is in deze, omdat dat teamverband geen einde maakt aan de noodzaak van een vertaalslag van A naar B, de vertaalslag die blijkbaar geen van de experts uiteindelijk kan maken.

verrijkt,<sup>57</sup> maar het is op zichzelf niet voldoende; andere redenen mogen aanleiding geven om toch anders te besluiten, om tot andere waardeoordelen te geraken.<sup>58</sup>

Dit idee leidt tot een terughoudende opstelling, in die zin dat een rechter, wetgever (of wetgevingsambtenaar) of juridisch onderzoeker enkel 'toestemming' heeft om de sprong van een extra-juridisch, empirisch inzicht naar een juridisch-normatief oordeel en oplossing te wagen, indien bepaalde formele, procedurele voorwaarden ('due process') in acht zijn genomen.<sup>59</sup> De navolgende (niet-limitatieve set) van voorwaarden/vragen/criteria (die uiteindelijk allemaal van doen hebben met normale methodologische problemen<sup>60</sup>) kunnen in dit verband genoemd worden:

- Is het betreffende empirische onderzoek relevant voor de rechtsvraag in kwestie?
- Is dat onderzoek conform de 'state of the art' in het betrokken veld, qua methodologie, research design, implicaties, etc.?
- Is dat onderzoek als zodanig valide en betrouwbaar?
- Is er conflicterend materiaal over dezelfde kwestie?
- Is de studie gerepliceerd en bevestigd of niet, en zo nee, waarom niet?
- Is de studie een bouwsteen binnen een groter onderzoeksterrein dat als geheel nodig is om tot beleidsaanbevelingen te kunnen komen?
- Is de onderzoeker een expert, objectief en betrouwbaar, etc.?<sup>61</sup>

Inzake al deze aspecten is vervolgens de motivering door de gebruiker (rechter, wetgever) van de extra-juridische informatie cruciaal, bijvoorbeeld als het gaat om de rechtvaardiging om inzichten uit geaggregeerde data naar een individueel geval te transponeren.

18. Uiteraard vergt deze aanpak dat rechters, wetgevers, onderzoekers enigszins bekend zijn met (de methodologie van) de andere wetenschap waaruit geput wordt. Dat zal nog een fikse barrière zijn.<sup>62</sup> Zolang dat het geval is en ons juridische onderwijs niet is aangepast,<sup>63</sup> kan wellicht gebruik worden gemaakt van door de rechter benoemde deskundigen om het (nut van) het betreffende extrajuridische inzicht (en het materiaal daar achter) te verzamelen en evalueren,<sup>64</sup> zoals dat nu al geschiedt in medische kwesties.<sup>65</sup> De rechter valt dan dus terug op een expert om hem te advi-

57 Smits 2012, nr. 39; Giesen 2005, p. 18-21.

58 Daarover ook Blumenthal 2002, p. 48-51.

59 Dat is ook de wijze waarop een rechter omgaat met wetenschappelijke informatie van externen, bijv. via een deskundigenbericht, vgl. Canter 2008, p. 6-7.

60 Denk aan 'construct validity', 'internal and external validity', 'biases'. Zie bijv. Robbenolt 2002, p. 779.

61 Vranken 2009, p. 1090, stelt drie vragen. Naast vragen inzake 'relevantie' en 'betrouwbaarheid', werpt hij op hoe de transformatie naar het recht te maken is. Dat is precies de vraag die ik wil beantwoorden door de eerste twee punten aan te snijden. Uiteraard kunnen andere aspecten toegevoegd worden. Monahan & Walker 1986, p. 499 e.v., werken bijv. met vier criteria (surviving critical review; valid methodology; generalizability; supported by other research).

62 Het is lastig voor een rechter om inzichten van elders op waarde te schatten (Vranken 2009, p. 1090), en validiteit testen is geen sinecure (Vranken 2011, p. 1121).

63 Zie R.A.J. van Gestel, W.H. van Boom & I. Giesen, Een landelijk Centrum voor Methodologie en Empirische Rechtsbeoefening, NJB 2012/29, p. 2032-2035.

64 Vgl. Monahan & Walker 1986, p. 512 (maar voor hen is dat een 'last means of resort').

65 Vgl. Lepsius 2005, p. 12, die deze aanpak in breder verband propageert.



seren over hoe een redelijk bekwaam en redelijke handelende ‘gatekeeper’ (die immers ‘junk science’<sup>66</sup> buiten de deur moet houden) te zijn als het gaat om sociaal-wetenschappelijke inzichten.<sup>67</sup>

### Implicaties en conclusies

19. David Canter heeft geschreven – voordat hij in gaat op de verschillen tussen juristen en psychologen<sup>68</sup> – dat om het gat tussen recht en psychologie te kunnen overbruggen ‘it is essential that all those involved have “professional humility”’, hetgeen wil zeggen dat ‘each profession recognizes that it sees only part of the whole picture and that there are equally legitimate if rather different perspectives’.<sup>69</sup> Teneinde dat inderdaad te kunnen doen en (beleids)beslissingen te kunnen genereren op grond van de best beschikbare gegevens vanuit zoveel mogelijk perspectieven (juridisch en anderszins), stel ik het volgende voor.

20. In navolging van Mertz is het nodig om te (blijven) werken aan het proces van vertaling als zodanig; dat werk kan dan wat mij betreft gericht worden op het nader uitwerken van de ‘due process’ benadering, welke ik zou willen bepleiten om de schijnbaar onoverbrugbare kloof tussen feitelijke gegevens en juridische besluiten te slechten. Indien het zo, met de bijpassende professionele bescheidenheid wordt aangepakt, is het mijns inziens onverminderd *zinnol en vruchtbaar* om ‘een kijkje bij de (wetenschappelijke) burens te nemen’ en daar eventueel ‘leentjebuurs’ te spelen als het om mogelijk waardevolle inzichten gaat.<sup>70</sup> We bereiken dan dat allerlei soorten en typen van externe inzichten (lees: argumenten in de handen van juristen) als het ware ‘geïnternaliseerd’ en meegewogen worden, en dat op een fatsoenlijke basis, als ten minste procedurele ‘beschermingsmaatregelen’ worden benut; dat draagt bij aan (‘verbetert’) de normatieve argumentatie die de jurist moet doorvoeren.<sup>71</sup> Als de jurist de kennis meegekregen heeft dat jeugdvandals wel of niet gevoelig zijn voor civiel-rechtelijke aansprakelijkheid, dan is dat waardevolle informatie binnen het totaalplaatje van argumenten voor of tegen de inzet van het aansprakelijkheidsrecht. Zo’n meer geïnformeerde afweging is in elk geval ook te verkiezen boven een lukrake sprong in het feitelijke diepe. En zelfs als zo’n extern inzicht dan uiteindelijk geen juridische verandering teweeg brengt, noch anderszins beslissend is gebleken, is dit toch van belang geweest, alleen al omdat de weging van argumenten daarmee een andere is geworden. Zo kan het bijvoorbeeld bijdragen aan de kracht van de andere,

66 In de VS werkt het zo op basis van de *Daubert*-zaak van het Supreme Court (509 U.S. 579, 1993). Ik kan daar hier niet nader op ingaan.

67 Uiteraard komen dan ook alle problemen verbonden aan deskundigen(berichten) binnen maar dat is onvermijdelijk en m.i. uiteindelijk hanteerbaar, vgl. B.L. Cutler & M.B. Kovera, Expert Psychological Testimony, in: *Current Directions in Psychological Science* 2011 20: 53-57.

68 Daarover ook Mertz 2011, p. 403 e.v.; Rubin 1997; Engel 2008.

69 Canter 2008, p. 1. Vgl. Blumenthal 2002, p. 5 en 24.

70 Zie ook Mertz 2008 en Taekema en Van Klink 2009, p. 2565.

71 Op die manier is er ook sprake van feedback waarvan juristen kunnen leren, zie J.J. Rachlinski, The ‘New’ Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), p. 757.



wél beslissende argumenten dat een extern perspectief in de afweging is betrokken maar niet krachtig genoeg is gebleken om de uiteindelijk bereikte uitkomst tegen te gaan.

21. Ik concludeer. Onderzoekers in het veld van (breed gedefinieerd) 'legal empirics' zullen (a) voorzichtig moeten zijn, maar liefst ook doortastend genoeg om (b) de brug tussen empirie en recht (verder) te slaan, wanneer (c) bepaalde procedurele stappen gezet zijn, en (d) een behoorlijke motivering is gegeven. Voor het daadwerkelijk overnemen en oppakken van de hier gepropageerde *due process* benadering pleit dat deze raakt aan de kern van wat juridisch redeneren uiteindelijk is, namelijk het verschaffen van een gedegen rechtvaardiging voor een beslissing, na weging van alle argumenten voor en tegen de oplossing die bereikt is. Daarmee wordt meteen ook duidelijk dat de kern van Vranken's gedachtegoed (recht als discursieve grootheid, die via de motivering tot volle wasdom komt) ook op dit vlak furore kan gaan maken.