

EMPIRISCH PRIVAATRECHT ENIGE BESCHOUWINGEN OVER DE ROL VAN EMPIRISCH ONDERZOEK IN DE HEDENDAAGSE PRIVAATRECHTSWETENSCHAP

door

W.H. VAN BOOM

TPR Wisselleerstoel te K.U. Leuven 2012[°]

In deze bijdrage staat de rol centraal die empirie kan leveren aan de wetenschappelijke bestudering van het privaatrecht. Van nature zijn privaatrechtsgeleerden geneigd om tekstinterpretatie en normatieve arbeid centraal te stellen in hun werk. Maar deze bijdrage laat aan de hand van veel voorbeelden en verschillende invalshoeken zien dat empirische analyse van het privaatrecht een waardevolle toevoeging aan het methodologisch kleurenpalet is. Bepleit wordt een drievoudige methodologie van privaatrechtswetenschappen na te streven.

Verschenen in:

Tijdschrift voor Privaatrecht TPR 2013/1, p. 7-84

[°] Willem Van Boom is als hoogleraar verbonden aan Erasmus School of Law, Rotterdam (Nederland) en aan Durham Law School, Durham (Engeland); daarnaast is hij raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof 's-Gravenhage. Meer informatie over de publicaties van de auteur treft men aan op www.professorvanboom.eu. De tekst van deze bijdrage werd afgesloten in september 2012.

De auteur is aan veel personen dank verschuldigd voor discussies, commentaar en inspiratie. In verschillende stadia en op verschillende wijze heb ik veel opgestoken van verschillende collega's binnen en buiten Rotterdam. Ik noem in het bijzonder Raimond Giard, Ivo Giesen, Peter Mascini, Siewert Lindenbergh en Gert-Jan Veerman. Uiteraard ben ik ook veel dank verschuldigd aan het Tijdschrift voor Privaatrecht in de persoon van prof. Marcel Storme voor het mogelijk maken van mijn benoeming op de TPR-Leerstoel te Leuven. Bovenal ben ik dank verschuldigd aan mijn Leuvense collega's. Ik noem in het bijzonder de gesprekken met proximi Allemeersch, Cousy, Dirix, Terryn, Tilleman, Sagaert, Samoy, Stijns, Storme, Van Overwalle en Verbeke. Mijn verblijf te Leuven werd bovendien veraangenaamd door de hulpvaardigheid van velen. Ik noem – hopen niemand te kort te doen – Maarten De Man, Guan Velghe, Wouter Verheyen, Matthias Vandenbogaerde, Johanna Waelkens en Valerie Withofs. Zeer in het bijzonder dank aan professor Tilleman voor zijn niet aflatende ondersteuning, collegialiteit en bewonderenswaardige veelzijdigheid.

INHOUD

- I. Inleiding (1-3)*
- II. Positieve en normatieve analyse (4-16)*
- III. Kort iets over rechtvindingstheorieën (17-19)*
- IV. Recht tussen de humaniora en sociale wetenschappen (20-26)*
- V. Een andere onderverdeling (27-32)*
- VI. Een klein onderzoekje met Huls als outlier (33)*
- VII. Enkele algemene opmerkingen over empirisch onderzoek (34-70)*
 - A. Kernwaarden (34-40)*
 - B. Verbanden leggen (41-51)*
 - C. De empirische cyclus (52-58)*
 - D. Kwalitatief en kwantitatief onderzoek (59-67)*
 - E. Overzicht van verschillende methoden (68)*
 - F. Een voorbeeld: rechtsvergelijkende empirie (69-70)*
- VIII. Privaatrechtswetenschap als kruispuntwetenschap (71-86)*
 - A. Een korte kruispunthistorie (71-77)*
 - B. Drie methodologische wegen (78-84)*
 - C. Beperkingen en uitdagingen (85-86)*
- IX. Afsluiting: van scepsis naar samenwerking (87-90)*

I. Inleiding

1. In deze bijdrage ga ik in op de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap. Die rol kan men pas goed begrijpen als men een aantal meer algemene vragen aan de orde stelt rondom de wetenschappelijke bestudering van privaatrecht. Daarover zal ik dus ook komen te spreken. Op wat voor manieren kan men privaatrecht in wetenschappelijke zin bestuderen? En welke methode hoort daar bij? In de klassieke rechtenstudie worden juristen voornamelijk opgeleid in één methode, die ik hierna de “interpretatieve methode” zal noemen. Die methode is belangrijk, maar ze is niet de enige. En ze heeft beperkingen die wellicht in combinatie met andere methoden ondervangen kunnen worden. Daarom verken ik hier die andere methoden.

2. Die verkenning verloopt als volgt. In hoofdstuk II staan we stil bij de manier van argumenteren van privaatrechtjuristen en de neiging die zij soms hebben om in hun argumentatie geldend recht en wenselijk recht door elkaar te laten vloeien. Dat brengt ons bij het onderscheid tussen positieve en normatieve analyse.

Daarna kunnen we kort stilstaan bij rechtsvinding in het privaatrecht – de wetenschappelijke analyse van de “gereedschappen” die de rechter heeft om tot beslissingen te komen (hoofdstuk III). Dat kan kort omdat in de rechtenopleiding traditioneel veel aandacht voor dit onderwerp bestaat. Vervolgens komt de vraag aan de orde tot welke familie van wetenschappen de privaatrechtswetenschap gerekend kan worden. Het zal blijken dat die vraag enerzijds een kwestie van categoriseren is, maar anderzijds terug te voeren is op de vraag: wat voor methode gebruiken rechtswetenschappers eigenlijk? Beide vraagstukken voeren ons langs verschillende wetenschapstakken en hun methode (hoofdstukken IV en V). Zo belanden we bij de plaats en functie van empirische wetenschapsmethode. Omdat in juridische opleidingen in Nederland weinig aandacht wordt besteed aan vragen van methode en wetenschap (zie hoofdstuk VI), staan we daar uitgebreid bij stil (hoofdstuk VII).

Tenslotte komen alle behandelde inzichten samen in het slotdeel (hoofdstuk VIII), waarin ik mijn centrale stelling verdedig. Die luidt kort gezegd dat de hedendaagse wetenschappelijke bestudering van privaatrecht een kruispunt vormt waarbij drie methodes elkaar ontmoeten: de interpretatieve methode, de normatieve methode en de empirische methode. Die begrippen worden hierna gaandeweg verder uitgelegd. Zij die onmiddellijk uitleg van deze begrippen nodig hebben, verwijst ik naar hoofdstuk VIII.

3. De analyse die ik hierna presenteer, is geenszins volledig. Veeleer is sprake van een eerste verkenning van het onderwerp.¹ Ten slotte nog een korte uitleg van de typen tekst: de hoofdlijnen zijn in het gewone lettertype gezet. Uitwijdingen, citaten en voorbeelden zijn opgesteld in een kleiner lettertype op ingesprongen regels.

II. Positieve en normatieve analyse

4. De activiteiten van rechtswetenschappers zijn grofweg te verdelen in onderwijs en onderzoek. In het universitaire juridische *onderwijs* wordt privaatrecht veelal gezien en

¹ De literatuur die voor dit onderwerp relevant is, is overvloedig. De verwijzingen zijn derhalve verre van compleet. De nadruk in mijn bijdrage ligt op het discours in Nederland, maar veel van hetgeen volgt, is ook op België van toepassing.

gedoceerd als een *rechtspositivistisch* vak: een praktisch vak over systeem, regels, beginselen en rechtspraak inzake personen en hun vermogen, dat men onder de knie moet krijgen om in de rechtspraktijk een allround togaberoep te kunnen uitoefenen. Bij die wijze van beoefening van het privaatrecht ligt de nadruk op de volgende *methoden*:

- *Kennis en kunde*: verwerving van kennis over regels en de vaardigheid om die op feiten toe te passen
- *Hermeneutiek*: de interpretatie van teksten – van processtukken tot wetgeving en rechtspraak – om die de juiste betekenis te geven
- *Systeembouw*: de dogmatische inpassing van beslissingen en regels in het geordende geheel van het privaatrechtelijke systeem²
- *Rhetorica*: het overtuigen van wederpartijen, rechters en politici met (logische) argumentatie in het licht van systeem, regels, beginselen en rechtspraak

5. Het wetenschappelijk onderzoek dat aan Nederlandse faculteiten wordt verricht naar privaatrecht, is traditioneel een verlengde van de methode die in het onderwijs wordt gevolgd. Veel privaatrechtelijk onderzoek lijkt daarmee zogenaamd *toegepast* onderzoek te zijn, waarbij de onderzoeker zich bijvoorbeeld afvraagt hoe de rechter de wet zou moeten interpreteren op een bepaald punt, hoe een groep van vergelijkbare casus opgelost zou moeten worden in het licht van wet en rechtspraak, en zo verder.³

6. Het onderscheid tussen *fundamenteel* en *toegepast (praktijk) onderzoek* is als volgt te maken. Het doel van fundamenteel onderzoek is het ontwikkelen van een theorie en het toetsen van hypothesen. Exploratief onderzoek probeert een theorie te vormen en toetsend onderzoek probeert een theorie te toetsen.⁴ Praktijkonderzoek aspireert geen theorievorming maar “slechts” – toepassing van gangbare theorie, met het oog op het oplossen van praktische problemen.⁵

7. De methode van bestudering van het privaatrecht is in dit opzicht verwant aan de gereedschappen die in de geesteswetenschappen – zoals de theologie – gehanteerd worden,

² Dogmatische rechtswetenschap is wel gedefinieerd als “de wetenschappelijke bearbeitung van rechtsvoorschriften of beginselen uitsluitend met behulp van de wetten der logica” (E.M. Meijers, *Dogmatische Rechtswetenschap*, Den Haag, Belinfante, 1903, p. 14 en p. 202; vgl. G.E. Langemeijer, *Juridische Dogmatiek in Mededelingen KNAW Afd. Letterkunde nieuwe reeks*, afl. 25 (10), Amsterdam, Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij, 1962, p. 3 e.v.) maar zelfs de meest rechtlijnige dogmatici zullen erkennen dat ook aan hun “dogmatische arbeid” zelden alleen logische deductie en interpretatieinstrumenten te pas komen maar ook (impliciete en bedekte) normatieve inductie. G.E. Langemeijer, *Juridische Dogmatiek in Mededelingen KNAW Afd. Letterkunde nieuwe reeks*, afl. 25 (10), Amsterdam, Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij, 1962, p. 16-17 brengt dit mooi onder woorden. Vgl. ook F. Kunneman, *Rechtswetenschap*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1991, p. 37-39. Overigens verstaat elke auteur onder het begrip “dogmatiek” net weer iets anders. Zie bijv. F. Kunneman, *Rechtswetenschap*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1991, die ook “kritische ontwikkeling” en dus normatieve beoordeling van het recht er onder lijkt te scharen.

³ Bijv. A.R. Bloembergen, *Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht in Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 61-80; A.R. Bloembergen (ed.), *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 506 e.v. – maar hij is niet de enige – wijst op de parallelie tussen dogmatisch wetenschappelijk werk en het model van de rechter. Hij wijst er echter ook op (A.R. Bloembergen, *Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht in Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 61-80; A.R. Bloembergen (ed.), *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 519; A.R. Bloembergen, “De open wetenschap van het privaatrecht (afscheidsrede Leiden, Deventer, Kluwer, 1979)”, in A.R. Bloembergen (ed.), *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 426) dat beschrijving en ordening een belangrijk onderdeel van de descriptieve rechtswetenschap is.

⁴ Vgl. P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005, p. 45.

⁵ P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005, p. 19.

waarbij teksten, logica en “systeemdenken in woorden en begrippen” centraal staan.⁶ Deze gereedschappen dienen primair tot zingeving, interpretatie van woorden in hun context en systeem. Ik noem ze daarom gereedschappen met een *interpretatief* karakter.

8. Maar privaatrechtelijk onderzoek gaat over meer dan alleen interpretatie, zo meen ik. Het is een wetenschap die niet alleen normen bestudeert maar ook een wetenschap die normen moduleert en genereert. Met genereren bedoel ik hier niet de activiteit van de wetgever, die als autoriteit normen stelt en handhaaft, maar de privaatrechtswetenschappelijke activiteit van het postuleren van uitgangspunten over hoe burgers zich in het rechtsverkeer tegenover elkaar behoren te gedragen en hoe dat rechtsverkeer er uit behoort te zien. Die activiteit maakt de privaatrechtswetenschap ook tot een normatieve wetenschap, die verder gaat dan de wetenschappelijke bestudering van normen. Als dat juist is,⁷ moeten we binnen de wetenschappelijke beoefening van privaatrecht onderscheiden tussen een positieve analyse en een normatieve analyse van het bestudeerde domein.⁸

9. Positieve analyse (ook wel descriptieve analyse) is een objectieve analyse van het recht zoals het is (of was) zonder waardeoordeel te verbinden aan dat recht. Die benadering zou men kunnen onderverdelen in de volgende elementen:

- in kaart brengen (hoe luidt het positieve recht?)
- verklaren (waarom is het recht zoals het is?) en voorspellen (hoe zal het recht gaan luiden?)
- verbanden tonen (wordt de stand van het recht verklaard door/beïnvloed door...?)

Als men de vraag stelt: “hoe luidt het privaatrecht op een bepaald punt”, dan wil men niet de wereld verbeteren maar slechts *kennen*. Vragen als “hoe luidt het recht”, “wat verklaart het recht”, zijn vragen naar de werkelijkheid en zijn te onderscheiden van de normatieve vraag *hoe zou het recht moeten luiden*.

10. Normatieve analyse (ook wel: prescriptieve analyse) is daarmee de analyse aan de hand van een beoordelingskader waarmee men normatieve uitspraken kan doen over de feitelijke situatie. “Al het recht moet rechtvaardig zijn” – dat kan een simpel normatief theoretisch kader zijn waarmee men bestaand recht kan analyseren en evalueren als “rechtvaardig” ofwel “niet rechtvaardig”.

11. Rechtvaardigheid als normatief beoordelingskader heeft echter een inherente zwakte: wat is rechtvaardigheid en hoe vergaren we kennis over rechtvaardigheid? Dit probleem noemt men ook wel een kentheoretische of epistemologische zwakte. Epistemologie is kennisfilosofie en houdt zich dus bezig met vragen als “wat is kennis” en “hoe vergaren we kennis”. Eenzelfde wezenlijke epistemologische vraagstelling hoort bij een normatief denkkader als “rechtvaardigheid”, want hoe kunnen we rechtvaardigheid kennen?

12. Het onderscheid tussen positieve en normatieve analyse is voor civilisten (privatisten, of hoe men de beoefenaren van privaatrecht ook wil noemen) nog wel eens moeilijk te plaatsen,

⁶ Vgl. J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ****, Deventer, Kluwer, 2005, p. 114.

⁷ Het zal niet verbazen dat hierover verschillend wordt gedacht. Kernachtig is J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding: Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren (diss. Nijmegen)*, Deventer, Kluwer, 1978, p. 1, die “bewerken, systematiseren, uitleggen en toepassen van normen” wel als rechtswetenschappelijke bezigheid noemt, maar niet het genereren daarvan. Een andere opvatting, die meer aansluit bij de mijne, treft men bij J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 93 e.v.

⁸ P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam, Agon Elsevier, 1974, p. 101. Zie overigens ook de critici van normatieve rechtswetenschap, die bijvoorbeeld menen dat rechtswetenschap slechts descriptief van aard mag zijn om zich wetenschap te noemen. Zo in essentie J.T. Degenkamp, *Een inleiding in de rechtswetenschap*, Deventer, Kluwer, 2007, p. 24 (met verwijzing naar eerder werk, o.m. met co-auteur H.M. Heijnen). Vgl. ook A.H. De Wild, *De rationaliteit van het rechterlijk oordeel*, Deventer, Kluwer, 1979.

omdat die twee benaderingen van oudsher door elkaar lopen in de privaatrechtelijke praktijk en er bovendien geen kraakhelder kader bestaat voor normatieve analyse.⁹ Natuurlijk is er ook in de privaatrechtelijke theorievorming wel aandacht voor het onderscheid tussen positieve en normatieve beoefening. Maar het onderscheid lijkt niet altijd scherp te worden gemaakt.¹⁰ Civilisten lijken namelijk de neiging te hebben om door met verhullend argumenteren wenselijk recht te presenteren als geldend recht, zoals advocaten hun zaak bepleiten door vooral gunstige argumenten zodanig te presenteren als ware er in redelijkheid geen ander standpunt denkbaar.¹¹

13. Misschien is onder civilisten die “advocateske inborst” zozeer ingesleten dat openlijke normatieve theorievorming onderontwikkeld is gebleken. Had men in de jaren ‘70 misschien professoren privaatrecht die openlijk een ideologie of normatieve theorie aanhingen, vandaag de dag is het moeilijk om “kleur” te ontdekken onder Nederlandse civilisten.¹² Feit is in elk geval dat er in Nederland relatief weinig privaatrechtelijke “scholen” bestaan en van de bestaande (zelfverkleerde) “scholen” niet erg duidelijk is waar ze voor staan.

14. Dit betekent niet dat privaatrecht “normenloos” is. Natuurlijk kent het privaatrecht normatieve *beginselen en leidmotieven*, zoals: “gerechtvaardigd vertrouwen dient te worden beschermd”, “men mag de ander niet op het verkeerde been zetten”, “het gegeven woord bindt”. Maar dat is iets anders dan een *overkoepelend* normatief kader.¹³ Natuurlijk kunnen we zeggen dat privaatrecht “rechtvaardigheid” dient na te streven om “ieder het zijne te geven”, maar civilisten lijken zich weinig druk te maken over het knelpunt dat er geen logisch te deduceren operationalisering mogelijk lijkt te zijn van “rechtvaardigheid”.¹⁴ Een deel van dit probleem wordt wellicht ondervangen als men “rechtvaardigheid” nader verfijnt tot Aristotelianse of Thomistische rechtvaardigheid, utilisme, pragmatisme, anti-revolutionarisme, conservatisme of marxisme.¹⁵ In normatieve zin lijkt vooral de

⁹ Vgl. P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1934, p. 125; P. Scholten en G.J. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1974, p. 94, waar beschrijving en schepping in elkaar overlopen.

¹⁰ Zo ook J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 72 e.v. en p. 96 e.v.

¹¹ Over verhullend argumenteren in het privaatrecht vooral J.B.M. Vranken, “Verhullend argumenteren”, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2004, p. 9 e.v.; J.B.M. Vranken, *Algemeen deel* ***, Deventer, Kluwer, 2005, p. 28 e.v.

¹² Misschien geldt dit in bredere zin voor het engagement van de *babyboomers* – vrije rechtsvinding past prima in het rijtje van na-oorlogse vrijmakingen naast confessionele en seksuele vrijmaking – in vergelijking met de huidige generatie juristen. Zie voor een voorbeeld van de generatie van ná 1965 bijvoorbeeld de recensie door betrekkelijke jongeling Hertogh van de studieboeken van geëngageerde *babyboomers* Huls en Schwitters M. Hertogh, “De Nederlandse rechtssociologie en de mist van de wetgever”, *Recht der Werkelijkheid* 2008, p. 82-84. Dit doet wel de vraag rijzen in welke idealenloze rechtswetenschap we inmiddels zijn beland.

¹³ Overigens doet het ontbreken van een leidend overkoepelend paradigma zich ook voor in bijvoorbeeld sociologie en psychologie; in die disciplines zijn zgn. “*middle range theories*” niet ongebruikelijk, die slechts bepaalde facetten van menselijk en sociaal gedrag in kaart brengen en verklaren. Vgl. daarover bijvoorbeeld D.J. Watts, *Everything is Obvious - how common sense fails*, London, Atlantic Books, 2011, p. 248 e.v.; J.B.M. Vranken, “Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?” in J.H. Nieuwenhuis en C.J.J.M. Stolker (eds.), *Vooruit met het recht - wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag, BJu, 2006, p. 22-23.

¹⁴ Een voorzichtige problematisering vond ik bij J.M. Van Dunné, “Weten of geweten? Berichten uit de Rotterdamse school” in G.P. Hoefnagels (ed.), *Portret van de Juridische Faculteit Rotterdam*, Deventer, Kluwer, 1976, p. 729 (“het nader doordenken van de twee hoofdstromingen, liberalisme contra socialisme, heeft binnen (...) het privaatrecht naar mijn indruk nog niet op noemenswaardige wijze plaatsgevonden”). Vgl. ook verkennend over deze materie M.W. Hesselink et al. (eds.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag, BJu, 2003, 386 p.; W.H. van Boom et al. (eds.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag, BJu, 2008, 270 p.; A. Ogus en W.H. van Boom (eds.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 250 p.

¹⁵ Een “stoomcursus” in (o.a.) normatieve stromingen voor het privaatrecht biedt P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam: Agon Elsevier, 1974, p. 193.

rechtseconomie tegenwoordig goede kaarten te hebben waar zij het welvaartseconomische paradigma als beoordelingsmaatstaf voor recht hanteert. Voor normatieve beoefening van het privaatrecht in Nederland is de rechtseconomische “school” daarom van groot belang gebleken. Deze “school”, die sinds de late jaren 1980 in Nederland – met de Rotterdamse rechtenfaculteit voorop – opgekomen is, biedt een overkoepelend normatief kader dat een alternatief (of verrijking, zo men wil) kan bieden voor “rechtvaardigheid” als normatief kader.¹⁶

15. Het begrip “school” vergt nadere toelichting. Van een “school” wordt wel gesproken als onderzoekers gedeelde opvattingen hebben over ontologie en epistemologie. *Ontologische opvattingen* zijn opvattingen van onderzoekers over hoe de werkelijkheid in elkaar steekt. Ontologie is de studie van “de dingen die zijn”.¹⁷ *Epistemologie* is het geheel van opvattingen over wat als kennis geldt en de wijze waarop kennis over de werkelijkheid moet worden vergaard; epistemologische opvattingen bepalen voor onderzoekers dus ook wat zij als goed en slecht onderzoek beschouwen. Gedeelde opvattingen over ontologie en epistemologie leiden tot een school, een *paradigma* dat opvattingen geeft over wat echte kennis is en hoe men die kan verkrijgen.¹⁸ Rechtseconomie is in die zin een school.

16. Als we positieve en normatieve theorievorming onderverdelen, kom ik tot de volgende voorbeelden van normatieve en positieve theorievorming voor de privaatrechtswetenschap:

Enkele voorbeelden van normatieve theorievorming:

- Het privaatrecht dient het algemeen welzijn te bevorderen.¹⁹
- Het privaatrecht dient ertoe te strekken dat men betamelijk leeft, de ander geen schade berokkent en dat ieder het zijne bekomt.²⁰
- Een goede samenleving stelt welzijn, rechtvaardigheid en menselijke waardigheid ten doel.²¹
- Privaatrecht moet voorkomen dat marktwerking tot uitbuiting en sociale uitsluiting leidt.²²
- Het vermogensrecht heeft als rechtvaardigheidsstreven om ongelijkheid tussen ondernemingen, overheden en organisaties enerzijds en natuurlijke personen (consumenten) te compenseren.²³

¹⁶ Vgl. J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 99 e.v.

¹⁷ J.M. Corbin en A.L. Strauss, *Basics of qualitative research: techniques and procedures for developing grounded theory*, Los Angeles, Calif. Sage Publications, 2008, p. 5 e.v.

¹⁸ Vgl. J.W. Creswell, *Research design: qualitative, quantitative, and mixed method approaches*, Thousand Oaks, Calif. Sage Publications, 2003, p. 6 e.v.

¹⁹ Vgl. G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985, p. 115 e.v., die hier aandacht vraagt voor het algemeen belang van privaatrechtelijke rechtsregels. Zie ook A.M. Hol, *Gewogen recht - billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad (diss. Leiden)*, Deventer, Kluwer, 1993, p. 203 e.v. die het onrechtmatigedaadsrecht ziet als afwegingsinstrument bij botsing van belangen, waarbij bescherming van autonomie (Kantiaans) afgewogen moet worden in het licht van het algemeen welzijn (utilisme).

²⁰ Zo vatten C.J.H. Jansen *et al.*, “Willem Christiaan Leonard van der Grinten (1913-1994)” in C.J.H. Jansen *et al.* (eds.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer, Kluwer, 2004, p. xxiii-xxiv het beschouwende werk van W.C.L. van der Grinten (1913-1994; hoogleraar te Nijmegen) samen.

²¹ J.H. Nieuwenhuis, “Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad” in J.H. Nieuwenhuis en C.J.J.M. Stolker (eds.), *Vooruit met het recht - wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag, BJu, 2006, p. 7.

²² G. Brueggemeier, M. Bussani, H. Collins, A. Colombi Ciacchi, G. Comandé, M. Fabre-Magnan, S. Grundmann, M.W. Hesselink, C. Joerges, B. Lurger, U. Mattei, M. Meli, J.W. Rutgers, C.M. Schmidt, L.J. Smith, R. Sefton-Green, H. Muir Watt, T. Wilhelmsson, “Social Justice in European Contract Law: A Manifesto”, *European Law Journal* 2004, p. 653 e.v.

²³ Zie de voorbeelden van de spanning tussen autonomie, paternalisme en “solidariteitsdenken” bijvoorbeeld W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag, BJu, 2008, 270 p.; M.W. Hesselink *et al.* (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag, BJu, 2003, 386 p.; J.H. Nieuwenhuis, *Paternalisme, Fraternalisme, Egoïsme - Een kleine catechismus van het contractenrecht*, afscheidsrede Universiteit Leiden 2009. Vgl. ook A. Ogus en W.H. van Boom (eds.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 250 p.. Vgl. voor Nederland ook verschillende

- Het vermogensrecht behoort apolitiek te zijn, moet burgers in autonomie tot beslissingen laten komen en mag slechts dienen tot vergeldende rechtvaardigheid – door rechtens beschermenswaardige belangen en rechtsposities te beschermen en door het gegeven woord te laten binden (autonomie). Voor verdelende rechtvaardigheid is geen plaats in het vermogensrecht – dat is aan publiekrechtelijke regelgeving zoals belastingheffing en redistributie van welvaart door o.a. bestuursrecht.²⁴
- Het privaatrecht dient het individu in bescherming te nemen tegen machtige bedrijven, organisaties en overheden.²⁵
- De Staat heeft tot taak om in civielrechtelijke verhoudingen in te grijpen als een van de betrokken partijen beschermd moet worden tegen de eigen preferenties wanneer die op lange termijn niet in het belang van betrokkene zijn (paternalisme)

Enkele voorbeelden van positieve theorievorming:

- In het privaatrecht hebben “repeat-players” een voorsprong op “one shot players” doordat zij meer middelen en macht hebben om juridische middelen en procedures in hun voordeel aan te wenden²⁶
- De fundamenteën van het geldende privaatrecht zijn uiting van de overheersing door de heersende bezittende klasse van de ondergeschikt gemaakte niet-bezittende klasse²⁷

III. Kort iets over rechtsvindingstheorieën

17. Hoewel de hedendaagse privaatrechtswetenschap zich dus in expliciete zin weinig bezighoudt met normatieve theorieën (veel van de voorbeelden die hierboven werden genoemd, zijn al wat ouder), is er wel veel theorievorming te vinden over privaatrechtelijke *rechtsvinding*. Die theorieën analyseren en systematiseren de gereedschappen waarmee de rechter (en daarmee dus ook partijen) tot een rechtvaardige beslissing kan komen en waar nodig zichzelf van wettelijke ketenen kan bevrijden.²⁸ Ons geldende privaatrecht is namelijk

auteurs die de ontwikkeling schetsen “van schuld naar risico”, zoals bijv. G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985, 135 p.

²⁴ Zo in essentie C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht (oratie Groningen)*, Deventer, Kluwer 1973, p. 5 e.v.; daarover J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag, BJu, 2006, p. 75. Anders: P.G.J. Van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht (diss. Rotterdam)*, Deventer, Gouda Quint, 2000, p. 328 e.v., die verdelende rechtvaardigheid als kern van het vermogensrecht ziet. Daarover W.H. van Boom, “Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid” in W.H. van Boom en M.H. Wissink (eds.), *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Deventer, Kluwer, 2002, p. 88 e.v.

²⁵ In die richting lijkt P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam, Agon Elsevier, 1974, p. 212 e.v. te neigen.

²⁶ Dit lijkt leidend thema in het werk van veel rechtssociologen. Zie bijv. N. Huls, *Actie en Reactie. Een inleiding in de rechtssociologie*, Den Haag, BJu, 2009, 428 p.

²⁷ Zo althans Marx en Engels. Zie F. Engels, *Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie*, Stuttgart, Dietz, 1895, p. 50-51, zoals aangehaald door J. Valkhoff, *Rechtssociologische elementen in de Nederlandse rechtswetenschap van de XIXde eeuw*, Haarlem, H.D.Tjeenk Willink, 1955, p. 45. Deze theorie had vooral buiten Nederland invloed op het denken over privaatrecht. Zie C.J.M. Schuyt, *Recht en samenleving*, Assen, Van Gorcum, 1981, p. 157 die Renner (1902) en Menger (1908) noemt. Enigszins in de buurt komt de klassen-benadering bij sociaal-democraat H. Sinzheimer, *Das Problem des Menschen im recht: rede gehalten bei dem amtsantritt als besonderer Professor für rechtssoziologie an der Universität von Amsterdam am 6. November 1933*, Groningen, Noordhoff, 1933, 31 p. De theorieën van Marx en Engels hadden overigens ook betrekking op de historische ontwikkeling van maatschappij en recht (zie kort R. Bod, *De vergeten wetenschappen - Een geschiedenis van de humaniora*, Amsterdam, Bert Bakker, 2011, p. 318 e.v.) en bleven niet steken in positieve theorievorming. Het Communistisch Manifest (1848) van Marx en Engels was namelijk een politiek pamflet.

²⁸ Van de overweldigende literatuur over rechtsvinding in het Nederlandse privaatrecht noem ik slechts P. Scholten, *Algemeen deel*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1974, 198 p.; J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ***, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, p. 71 e.v. Zie natuurlijk ook W. van Gerven, S. Lierman, *Algemeen Deel Veertig jaar later – Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing (Beginselen van Belgisch Privaatrecht I)*, Mechelen, Kluwer, 2010, p. 215 e.v. Sommige na-

(losjes) gebaseerd op het primaat van de wet en de rechterlijke binding aan de wet.²⁹ Daarbij zijn voorspelbaarheid, gelijkheid, verbod van willekeur en het motief van rechtszekerheid leidend. Maar waar de wet ruimte voor interpretatie biedt, waar de wet leemten laat, en daar waar de rechter zich vrijer voelt, neemt de rechter een aantal gereedschappen ter hand voor vrijere rechtsvinding: interpretatie naar analogie, a contrario, naar de letter (grammaticale) of het doel van de wet (teleologische), en interpretaties die het systeem van de wet volgen, langs zij uitbreiden, inperken of ronduit negeren. De civiele rechter van nu gebruikt gereedschappen die nu eens de syllogistische deductie en dan weer een vrijere dialectische en inductieve wijze van rechtsvinding lijken te volgen. Maar die gereedschappen van interpretatie (en volgens sommigen ook: *creatie*) krijgen pas echt een functie als men een overkoepelende theorie van rechtsvinding heeft.

Een fictief voorbeeld: stel een rechter (een rechtsvinder dus) krijgt in een procedure de vraag voorgelegd of een persoon een nier (na verwijdering) kan overdragen. De rechter raadpleegt de wet en die geeft als regel: eigendom van zaken is overdraagbaar. Dat levert een majorpremissie op. De verwijderde nier is een zaak (minor) en dus (conclusie) is eigendom ervan overdraagbaar. Natuurlijk is dit naar geldend recht een onvolledig voorbeeld (voor overdracht is immers ook een geldige titel nodig) maar daar gaat het nu niet om. Hier gaat het om: de rechter die zo redeneert, stelt zichzelf geen vragen over de houdbaarheid van de premisse voor dit geval. Zou hij zich afvragen of de premisse wel een maatschappelijk aanvaardbare oplossing oplevert in dit geval, dan volgt hij een geheel ander rechtsvindingsproces waarbij hij vanuit de casus “schakelt” naar de geschreven rechtsregel, zich wellicht ook vragen stelt over doel en strekking van die wettelijke regel, over mogelijke conflicterende ongeschreven rechtsregels die om toepassing vragen, om vanuit de casus de toepasselijke combinatie van regels te “vinden”. Dat is een veel gecompliceerder proces, en we kunnen in de rechtspraak beide processen verwoord zien.³⁰ Het voorbeeld toont dat men rechtsvinding in de “moeilijke gevallen” nauwelijks kan modelleren als logische deductie.

18. Over rechtsvinding en de verhouding tussen wet en rechter is veel nagedacht in ons taalgebied, maar lang niet altijd met gebruikmaking van een overkoepelende normatieve theorie over wat nu “goed privaatrecht” is. Men kan wel filosoferen over het geldingsbereik van een regel uit het BW die in een concreet geval heel onbillijk uitpakt voor een bepaalde

oorlogse academici lijken “vrije rechtsvinding” – dat wil zeggen het bevechten van de autonome positie van de civiele rechter tegenover de (oud BW-) wetgever – tot geloofsartikel te hebben verheven. Tekenend is de licht gedateerde opmerking van H.C.F. Schoordijk, “Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding” in *Rechtsvinding (Liber Amicorum J.M. Pieters)*, Deventer, Kluwer, 1970, p. 250 noot 3: “*De vrucht van de vrije rechtsvinding, de vrije mens, die niet onder een letter te vangen is, kan wel eens model staan voor een nieuwe samenleving*”. Toch was Schoordijk – evenmin als Scholten – geen voorstander van een rechter die zich helemaal niets gelegen laat liggen aan het systeem van de wet. Zie bijv. H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*, Deventer, Kluwer, 1972, p. 14 e.v.

²⁹ G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 42. C.C. van Dam, *Politieke infiltratie in het privaatrecht - Beleidsmatige wetgeving in het vermogensrecht*, Deventer, Law & Practice Publishers, 1994, p. 26 e.v. drukt het mooi uit door van een “machtiging” door de wetgever aan de rechter te spreken. Overigens werd over rechterlijke gebondenheid aan het BW logischerwijs relatief meer nagedacht onder het oude BW (1838-1992) dan onder het huidige BW, omdat de rechter bij het oude BW indringender interpretatiekwesties te beslissen kreeg door de steeds verdergaande veroudering van het wetboek. Toen werd de “machtiging” al sneller vermoed stilzwijgend te zijn verleend! Zie over deze problematiek naast de in de vorige noot genoemde literatuur bijv. J. Ter Heide, “Iudex Viator: Probleem- of systeemdenken, of gesystemiseerd probleemdenken”, *Ars Aequi* 1967, p. 3 e.v.; A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Haarlem, Tjeenk Willink, 1969, p. 116 e.v.; P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam, Agon Elsevier, 1974, p. 153 e.v.; G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 19 e.v.; C.J.H. Brunner *et al.*, *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 10 e.v. en p. 57 e.v.

³⁰ Misschien is het aardig om hier de parallel te noemen met “system 1” en “system 2”-denken (*dual process theory*) zoals beschreven door o.a. D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, 512 p.

partij, en dus de vraag naar binding aan de wet opwerpen, maar daarmee verplicht de rechtsvinder zich naar mijn mening ook tot het filosoferen over wat nu precies een rechtvaardige oplossing is en dus wat rechtvaardig privaatrecht is. Daarvoor heeft men een normatief raamwerk nodig en dat ontbreekt in veel privaatrechtelijke rechtsvindingsliteratuur.

19. Dat maakt dat rechtsvindingstheorieën meer positieve dan normatieve kracht toekomt. Met andere woorden: rechtsvindingstheorieën geven instructies over hoe de civilist (lees: de rechter³¹) tot de juiste beslissing moet komen, maar laten weinig los over hoe die beslissing er uit moet zien. Daarvoor moet men dus een normatieve analyse verrichten.

IV. Recht tussen de humaniora en sociale wetenschappen

20. Het voorgaande laat de kwetsbare positie van privaatrechtelijke wetenschapsbeoefening zien. Stelt dat eigenlijk wel wat voor? Wat is er zo wetenschappelijk aan het schrijven van een bijdrage aan een “tekst & commentaar”-uitgave, van een noot bij een arrest van de Hoge Raad en van dit hoofdstuk? In algemenere zin is er de discussie of de beoefening van rechtsgeleerdheid aan juridische faculteiten überhaupt wel *wetenschap* genoemd mag worden. Hiervoor werd gezegd dat het privaatrechtelijk onderzoekswerk aan juridische faculteiten in bepaalde opzichten toegepast onderzoek is. Maar er werd ook onderscheid gemaakt tussen positieve en normatieve analyse. Definieert men wetenschap als de zoektocht naar *feiten* en *verbanden*, dan valt de rechtswetenschap al snel buiten de boot omdat in de opsomming *normen* ontbreken.³² Voor de rechtswetenschap lijkt de inpassing als wetenschap dus gecompliceerd te liggen zolang men die enge definitie hanteert.

³¹ Waar het gaat om rechtsvinding moet men naar mijn mening onderscheid maken tussen rechtspraak en rechtswetenschap. De rechter is als beslissers gebonden aan het geldend privaatrecht (dat hij zelf mede vormt) en gangbare interpretatiemethoden. De privaatrechtswetenschap is nergens aan gebonden – zij is immers geen beslissers en evenmin bron van recht in ons privaatrecht. Zij moet op eigen overtuigingskracht invloed zien uit te oefenen. Vgl. P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam, Agon Elsevier, 1974, p. 102; A.R. Bloembergen, *Iets over object en methode van wetenschap en rechtspraak in het privaatrecht in Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 61-80; A.R. Bloembergen (ed.), *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 504-505 en p. 520-521.

³² Over de vraag of privaatrechtswetenschap een wetenschap is, zie bijv. P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam, Agon Elsevier, 1974, p. 94 e.v.; vgl. F. Kunneman, *Rechtswetenschap*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1991, p. 2. Zie ook, in verhouding tot sociale wetenschappen, J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding: Een onderzoek naar de betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de analyse van het rechterlijk beslissingsgebeuren (diss. Nijmegen)*, Deventer, Kluwer, 1978, p. 299 e.v. Overigens wordt de wetenschappelijkheid van rechtswetenschappen in twijfel getrokken op verschillende gronden. Niet alleen object (normen) maar ook methode (welke?) staan daarbij in de wind. Wat dit betreft moeten juridische academici zich nogal eens verdedigen tegen schamperende uitlatingen van collega-wetenschappers over het beweerdelijk ontbreken van een robuuste wetenschappelijke methode in de academische rechtsbeoefening. Zie daarover recentelijk bijv. H. Franken, *Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen in KNAW Mededelingen Afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks*, afl. 71 (1), Amsterdam, KNAW 2003, p. 6 e.v.; C.J.J.M. Stolker, ““Ja, geleerd zijn jullie wel!” Over de status van de rechtswetenschap”, *NJB* 2003, p. 766 e.v.; C.J.J.M. Stolker, “*De dag verga, waarop ik geboren werd*” (*Diesrede Leiden*), Leiden, Universiteit Leiden, 2003, p. 11 e.v.; J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 153 e.v. Overigens is dit debat al ten minste sinds het midden van de 19^e eeuw gaande. Zie over de veranderende positie van de rechtswetenschap in de 19^e eeuw bijv. J. Valkhoff, *Rechtssociologische elementen in de Nederlandse rechtswetenschap van de XIXde eeuw*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zn., 1955, p. 22 e.v. Vgl. R. Kranenburg, *De grondslagen der rechtswetenschap - Juridische kennisleer en methodologie*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zn., 1951, 187 p. die het debat nog verder in de tijd terugvoert. Bovendien is het debat niet beperkt tot rechtswetenschappen maar kampen de humaniora ook vaak met dit identiteitsvraagstuk. Zie bijv. R.

21. Misschien moeten we daarom een stapje terug doen en langer stilstaan bij de vraag wat wetenschap is. Wetenschap als activiteit is de beredeneerde verwerving en vergroting van gestructureerde, objectieve en betrouwbare kennis van en theorievorming over het *object*.³³ Wetenschappers volgen daarbij een *methodologie* (de wetenschap van methoden) die sturing geeft aan de activiteit. Methodologie (wetenschap van methoden) omvat gedeelde inzichten over *methode* en *wetenschapsfilosofie*.

De methode betreft de beredeneerde en gestructureerde manieren om onderzoek te doen (methodos=de weg waarlangs), waarvan technieken (bijv. een steekproef bij een enquête) een belangrijk onderdeel uitmaken. Wetenschapsfilosofie is de visie op de betreffende wetenschap, waar epistemologie een belangrijk onderdeel van uitmaakt. Methodologie is kortom de lens waardoor de werkelijkheid wordt waargenomen en daarom is ze cruciaal voor de mate waarin de data die het onderzoek genereert, met die werkelijkheid overeenkomen.³⁴

22. Wetenschap begint met een kennisprobleem dat uiteindelijk in een probleemstelling wordt gegoten. De probleemstelling van onderzoek valt uiteen in drie delen: de vraagstelling (wat willen we weten? De overkoepelende vraag die moet worden beantwoord en die weergeeft wat er wordt onderzocht, onderverdeeld in deelvragen), de doelstelling van het onderzoek (waarom willen we dat weten? Denk aan het vergroten van wetenschappelijke kennis op een onderbelicht terrein, het oplossen van een specifiek maatschappelijk probleem) en de methode (hoe komen we dat te weten?).³⁵ De vraagstelling valt uiteen in onderling samenhangende onderzoeksvragen (hoofd- en deelvragen). Die vragen kunnen verschillende vormen aannemen:

Onderzoeksvragen binnen de probleemstelling

- Beschrijvende – Beschrijvende vraagstelling: wie, wat, welke, wanneer, hoe?
- Definiërende – Wat is de plaats ten opzicht van..., tot welke soort behoort... Waarbij kan het ingedeeld worden?
- Verklarende – Waarom, waardoor, hoe komt het dat, wat is de reden voor? Het verband tussen?
- Voorspellende – Wat gebeurt er als gevolg van? Tot welke gevolgen leidt..?
- Vergelijkende – Wat zijn de verschillen tussen...en...? de overeenkomsten? Wat is beter? Sneller? Goedkoper?
- Evaluerende – Werkt het goed? Is het geschikt? Wat zijn voor- en nadelen?

23. Om de plaats van recht als wetenschap te duiden en meer te kunnen zeggen over de methode in de rechtswetenschap, kijken we eerst naar onderverdelingen in takken van wetenschap. Die onderverdeling is niet eenvoudig omdat ze keuzes veronderstelt op basis van eenduidige criteria. En die ontbreken eigenlijk zodat aan onderverdelingen een zeker arbitrair karakter kleeft.³⁶ In het Engels is dat wat eenvoudiger omdat met het begrip “*science*” veelal

Bod, *De vergeten wetenschappen - Een geschiedenis van de humaniora*, Amsterdam, Bert Bakker, 2011, p. 313 e.v.

³³ Vgl. A.J. Muntjeswerff, “Methoden in rechtswetenschap en rechtspraak”, *International Scientific Journal of methods and Models of Complexity* 2010, afl. 10/1 p. 6-7; F. Kunneman, *Rechtswetenschap*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 1991, p. 27 e.v.

³⁴ P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005, p. 29. Vgl. E.A. Huppel-Cluysenaer, *Wetenschapsleer voor juristen*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 4-5.

³⁵ In sommige definities van “probleemstelling” komt ook nog het element “domein” of “populatie” voor: de groep van gevallen waar de vraagstelling betrekking op heeft en waarover men uitspraken hoopt te doen.

³⁶ Vgl. J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 64 e.v.; S. Collini, *What Are Universities For?*, London, Penguin, 2012, p. 62-63.

de meer exacte wetenschappen worden aangeduid. Tegenover “*science*” staan “*arts*” en “*humanities*”, dat wil zeggen: kunsten en humaniora, terwijl de “*social sciences*” ertussenin staan.³⁷ In ons taalgebruik wordt wetenschap niet meer beperkt tot de exacte wetenschappen; het begrip “kunsten” is in onbruik geraakt.³⁸ Daarom lijkt voor ons taalgebied wetenschap onderverdeeld te kunnen worden in drie delen: geesteswetenschappen, sociale wetenschappen en natuurwetenschappen. Die driedeling laat zich zo weergeven:

- Geesteswetenschappen (α) - humaniora; arts and humanities (Filosofie, Talen, Theologie, Kunst en cultuurbeschouwing, Geschiedenis)
- Sociale wetenschappen (γ) - menswetenschappen; social sciences (Psychologie, Sociologie, Economie, Politicologie)
- Natuurwetenschappen (β) - exacte wetenschappen; natural sciences (Natuurkunde, Scheikunde, Medicijnen, Techniek)

24. We komen later toe aan de vraag waar rechtswetenschappen thuishoort, maar hier kan al worden vastgesteld dat zij vaak bij de geesteswetenschappen en soms bij de sociale wetenschappen ondergebracht wordt.

25. Eerst kijken we wat preciezer naar de sociale wetenschappen. We zien dan dat die wetenschappen aan de randen in elkaar overlopen en dat op de kruispunten nieuwe invalshoeken ontstaan. Neem bijvoorbeeld de onderzoeksdomeinen binnen de sociologie, psychologie, economie en politicologie:

Discipline:

- Sociologie

Domein, vraagsoorten, focus:

- Wat houdt de samenleving bijeen? Hoe functioneert en wat verklaart de inrichting van de maatschappij en de instituties daarbinnen? Hoe worden schaarse goederen verdeeld? Wat bepaalt vertrouwen in anderen, in overheid, etc.? Hoe vindt maatschappelijke verandering plaats? Hoe beïnvloeden maatschappelijke veranderingen het zelfbeeld van groepen en individuen?

Heeft banden met:

- geografie, demografie, criminologie, politicologie, psychologie, antropologie, neurowetenschappen

Discipline:

- Psychologie

Domein, vraagsoorten, focus:

- Bijvoorbeeld onder te verdelen in:
- cognitieve psychologie: hoe denken, beslissen en gedragen mensen zich (bijv. : hoe verwerken ze informatie)?
- sociale psychologie: (hoe) worden individuen, groepen en culturen beïnvloed in sociale verbanden? (-> organisatie- en arbeidspsychologie)
- ontwikkelingspsychologie: hoe beïnvloedt leeftijdsverloop de psyche?

³⁷ R. Bod, *De vergeten wetenschappen - Een geschiedenis van de humaniora*, Amsterdam, Bert Bakker, 2011, p. 445 noot 9.

³⁸ Officieel noemt de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW) zich in het Engels *The Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences*, om verwarring te voorkomen.

- psychopathologie: welke ziekelijke afwijkingen bestaan er? hoe diagnosticeert men die? En zijn ze te behandelen? (-> psychiatrie; -> klinische psychologie)

Heeft banden met:

- medische wetenschappen, neurowetenschappen, sociologie, economie

Discipline:

- Economie

Domein, vraagsoorten, focus:

- Hoe verhouden productie, consumptie, distributie en schaarste zich tot elkaar? Bijvoorbeeld onder te verdelen in algemene economie, bedrijfseconomie, fiscale en politieke economie, of in: macro (geaggreerde grootheden in volkshuishouding, zoals werkgelegenheid, betalingsbalans) en micro (individuele actoren, vraag en aanbod), econometrie (kwantificeren van relaties tussen economische grootheden, wiskundige economie, methodologie van empirische economie)

Heeft banden met:

- psychologie, rechtswetenschap, politicologie

Discipline:

- Politicologie

Domein, vraagsoorten, focus:

- Politicologie is een kruispuntwetenschap, die zeker niet alleen als sociale wetenschap gezien wordt. Wel is de invloed van andere sociale wetenschappen tegenwoordig zodanig dat politicologie een verschuiving van “humaniora” naar sociale wetenschappen doormaakt, waarbij een toename van het belang van kwantitatief onderzoek te zien valt, alsmede van de invloed van economische paradigma's als rationale keuzemodel en speltheorie.
- Er zijn verschillende perspectieven gangbaar, van politieke psychologie tot politieke filosofie en sociologie.

Heeft banden met:

- bestuurskunde, rechtswetenschap, psychologie, economie, sociologie

26. Deze voorbeelden van disciplines die wel tot de “sociale wetenschappen” worden gerekend, lijken op het eerste gezicht netjes afgebakend. Maar er bestaan wel degelijk overgangsgebieden en mengvormen qua onderzoeksvragen en – methoden.³⁹ Wil men groepsgedrag verklaren, dan raken sociale psychologie en sociologie aan elkaar. Wil een econoom verklaren waarom bepaalde markten voor consumentengoederen gebrekkig functioneren, dan moet consumentengedrag worden onderzocht. Daar kan psychologie bij komen kijken.

En ook tussen geesteswetenschappen, sociale wetenschappen en exacte wetenschappen bestaan geen waterdichte schotten. Een geschiedkundige die kwantitatief onderzoek

³⁹ Bovendien is in sommige sociale wetenschappen scholenstrijd gaande over de te volgen methode (geschoeid op de natuurwetenschappelijke of de geesteswetenschappelijke leest). Als men meent dat wetenschap beperkt is tot kennis van zintuiglijk waarneembare feiten in hun onderlinge samenhang, zoals sommigen wetenschap definiëren, dan zijn we natuurlijk snel uitgepraat over de status van de rechtswetenschap.

(statistisch onderzoek dus) doet naar het verband tussen armoede, bevolkingsgroei en landbouw in 17^e eeuwse Franse plattelandsdorpen, hanteert een empirische onderzoeksmethode die beter vergelijkbaar is met het werk van economen dan met het werk van zijn collega-historici die “talig” documentonderzoek in de archieven doen dat leidt tot een “narratieve” (en mogelijk speculatieve) publicatie zonder enige cijfermatige onderbouwing. En de wiskunde is een exacte, op cijfers gerichte wetenschap, maar kan het geheel zonder empirische component redden. Is het dan toch een geesteswetenschap, terwijl de opsomming van wetenschappen aldaar zelden zo exact en cijfer-georiënteerd is als bij wiskunde?⁴⁰ De driedeling tussen geesteswetenschappen, sociale wetenschappen en exacte wetenschappen is dus uit didactisch oogpunt zinvol zolang men maar waakt voor verabsolutering.

V. Een andere onderverdeling

27. Een andere onderverdeling van wetenschappen komt in beeld als we niet naar het *object* (mens, natuur, cultuur, recht) maar naar de gebruikte *methode* kijken. Zo bezien kan men de wetenschappelijke bestudering van het privaatrecht ook anders onderverdelen, namelijk in de interpretatieve, empirische en normatieve methode.

- *Interpretatief* is privaatrechtswetenschappelijk onderzoek als met een positieve methode teksten, uitingen en handelingen worden geïnterpreteerd.⁴¹ Het klassieke juridisch-dogmatische hermeneutische onderzoek is interpretatief in deze betekenis, zolang het geen normatieve evaluatie inhoudt.⁴²
- *Empirisch* is privaatrechtswetenschappelijk onderzoek als gepoogd wordt op gestructureerde en objectieve wijze de werkelijkheid waar te nemen aan de hand van een beredeneerde methode van verzameling van data (waarnemingen)
- *Normatief* is privaatrechtswetenschappelijk onderzoek als het een normatief beoordelingskader ontwikkelt of toepast zodat evaluatieve (beoordelende) uitspraken over de werkelijkheid gedaan kunnen worden.

De driedeling *interpretatief*, *empirisch* en *normatief* is niet zaligmakend (en er zijn geen waterdichte schotten tussen de drie), maar ze is mijns inziens wel instructief voor een typologie van privaatrechtswetenschappelijk onderzoek.⁴³

28. Ik merk op dat het gebruik van de term “interpretatief” verwarrend kan zijn. De term wordt door sociaal-wetenschappers namelijk ook wel gebruikt om aan te geven dat men ruw materiaal interpreteert en ordent – en dus in een vroeg stadium van de empirische cyclus werkt. Anderen zullen zelfs stellen dat elk onderzoek interpretatief is. Weer anderen zullen bij interpretatie denken aan het concept

⁴⁰ Een andere onderverdeling in wetenschappen is die tussen *empirisme* (door ondervinding en ervaring de werkelijkheid verkennen) en *rationalisme* (logica is de oorsprong van ideeën en dus van de werkelijkheid). Mogelijk passen wiskunde en rechtswetenschappen in die onderverdeling thuis in rationalisme.

⁴¹ Sommigen noemen dit interpretatieve ook wel dogmatisch onderzoek; anderen noemen het een “intern perspectief” (tegenover externe evaluatie zoals met een normatief kader of een empirische methode).

⁴² Problematisch is hier uiteraard dat rechtsvinding die men aldus “interpretatief descriptief” noemt, probeert een waardenvrij aanzien te geven terwijl, zoals Hijmans al stelde, “achter elke methode van wetsuitlegging zich de wil verschuilt een vooruit begeerde oplossing te vinden” (I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid (oratie UvA)*, Haarlem, Erven F. Bohn, 1910, p. 19). De grens tussen interpretatief-descriptieve en normatieve analyse in het privaatrecht is een vloeiende.

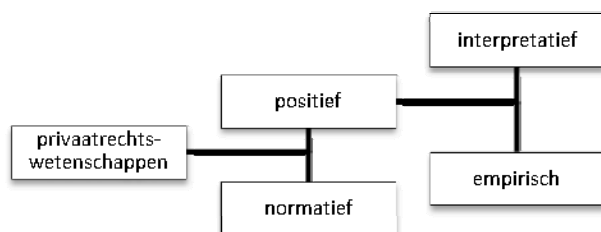
⁴³ De hier gekozen onderverdeling lijkt op de driedeling geesteswetenschap, empirische wetenschap en normatieve wetenschap bij J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 65.

“*Verstehen*” (begrijpen). In wetenschapsfilosofische discussies wordt wel naar dit begrip verwezen als men bedoelt dat de betreffende wetenschapstak niet zozeer verklaring van verschijnsel zoekt (“*Erklärung*”), maar begrip en interpretatie. De termen hebben echter geen vast omliggende inhoud en worden in tal van discussies gebruikt zonder duidelijke omlijning. Ik hou daarom vast aan mijn definitie van “interpretatief”, in het besef dat het slechts een definitie is.

29. Als men deze driedeling hanteert voor de hedendaagse Nederlandse privaatrechtswetenschap – gedefinieerd als de wetenschappelijke bestudering van het privaatrecht zoals dat aan hedendaagse rechtenfaculteiten plaatsvindt – ziet men dat sprake is van een kruispuntwetenschap die methoden van humaniora en sociale wetenschappen naast elkaar hanteert.⁴⁴ Of, zoals Franken het uitdrukt:⁴⁵

“Deze benadering leidt er toe om traditioneel gegroeide grenzen tussen disciplines niet meer als vanzelfsprekend te aanvaarden. Het gaat nu om een interdisciplinaire beschouwing, waarbij de manieren van spreken en handelen van juristen worden vergeleken met de manieren van doen van beoefenaren van andere disciplines. De rechtswetenschap is niet meer alleen de tekstwetenschap die is gericht op de analyse en systematisering van gezaghebbende teksten. De beoefening van het Romeinse recht heeft altijd plaatsgevonden op deze geesteswetenschappelijke grondslag, maar wij zijn nu verder: de rechtswetenschap is óók een (empirische) maatschappijwetenschap, waar bepaalde aspecten van menselijk gedrag in de samenleving centraal staan. Enerzijds hanteert de jurist de methoden van tekstuitleg, zoals de hermeneutiek die aangeeft. Daarbij worden de methoden van tekstuitleg toegepast op het begrijpen van menselijk handelen in een specifieke context. Anderzijds worden aan de hand van (wettelijke) gedragsregels hypothesen geformuleerd en getoetst met behulp van de methoden van de gedragswetenschappen. Daarbij willen we menselijk gedrag niet verklaren naar het natuurwetenschappelijke model, maar het begrijpen in sociaalwetenschappelijke of geesteswetenschappelijke zin.”

30. Ik zou dan ook de volgende onderverdeling willen maken van rechtswetenschappelijke bestudering van het privaatrecht:



In deze onderverdeling is de rechtswetenschappelijke bestudering van privaatrecht dus een drieluik van normatief, interpretatief en empirisch onderzoek.⁴⁶ Die onderverdeling kan wat

⁴⁴ Vgl. F. Kunneman, *Rechtswetenschap*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1991, p. 3 e.v. en p. 46 e.v. die rechtswetenschappen classificeert als descriptieve en normatieve analyse en bovendien als maatschappijwetenschap, dus eigenlijk ook als kruispuntwetenschap. Hij betreft daarin ook empirie.

⁴⁵ H. Franken, *Rechtsgeleerdheid in de rij der wetenschappen* in *KNAW Mededelingen Afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks*, afl. 71 (1), Amsterdam, KNAW, 2003, p. 18.

⁴⁶ J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 28 komt tot een iets andere onderverdeling in vier hoofdvraagstukken: “hoe luidt het recht” (1), “hoe behoort het recht te luiden” (2), “welke consequenties heeft de toepassing van recht” (3) en “wat is recht, waarom geldt het en hoe ontwikkelt het zich” (4). In mijn onderverdeling valt (1) onder de interpretatieve methode, (2) uiteraard onder de normatieve, terwijl (3) een empirische is en (4) alles kan zijn. Overigens lijken C.J.H. Jansen *et al.* (eds.), *16 Juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2004, p. 10 te

betreft methode en wetenschapsfilosofie als volgt worden uitgebeeld (waarbij ik in de laatste kolom op grond van speculatie heb geprobeerd aan te geven op welke plaats de betreffende methodologische invalshoek onderwezen wordt c.q. verwerkt wordt):

Privaatrechtelijke methodologie			Methode en techniek	wetenschapsfilosofie	Waar wordt het behandeld in de opleiding?
Normatieve methodologie	Prescriptief	Wat is het beste privaatrecht?	logica	Rationalisme Empirisme [Aristoteliaanse, Aquinaanse rechtvaardigheid, utilisme, Marxisme, welvaartseconomie, conservatisme, anti-revolutionarisme, pragmatisme, rechtvaardigheid]	Encyclopedie; Inleiding; Rechtsfilosofie; Rechtseconomie
Positieve (descriptieve) methodologie	Interpretatief	hoe luidt het (positieve/historische/vreemde) recht? Hoe moeten wet, rechtspraak, juridische documenten verstaan worden?	Logica en argumentatieleer Tekstanalyse hermeneutische interpretatiemethoden systeembouw	endogeen: autoriteitsargumentatie exogeen: rechtsvindings­theorie “Maatschappelijk aanvaardbaar resultaat”	Encyclopedie /Inleiding; rechtsgeschiedenis; Rechtspositivistische onderdelen van het curriculum
	Empirisch	Hoe is de werkelijkheid van het privaatrecht? <i>Beschrijvend</i> : hoeveel, etc. <i>Verklarend</i> (inferentieel): welke factoren beïnvloeden de totstandkoming van privaatrechtelijke regelgeving? <i>Beoordelend</i> : wat verklaart dat deze regel niet werkt? <i>Voorspellend</i> : wat valt te verwachten van de werking van deze regel?	Kwantitatieve en kwalitatieve empirische methode	Ervaring als kennisbron Empirisme	? [outlier Huls]

stellen dat een fundamenteel onderscheid tussen “rechtsfilosoof” en “jurist” is dat alleen de eerste zich bezighoudt met normatieve vraagstukken.

31. De driedeling zoals ik die hier heb gesteld, omvat dus uitdrukkelijk ook de empirische methode, dat wil zeggen onderzoek dat op objectieve wijze de werkelijkheid beoogt waar te nemen aan de hand van een beredeneerde methode van verzameling van data (waarnemingen).⁴⁷ Als we op deze manier de verschillende takken van wetenschap onderverdelen, dan blijkt dat een rechtssocioloog die onderzoek doet naar vertrouwen van burgers in de civiele rechter, veel gemeen kan hebben met een politicoloog die vertrouwen in staatsinstituties onderzoekt. Beide onderzoekers kunnen eenzelfde methode hanteren wat betreft dataverzameling en -verwerking en kunnen zelfs vergelijkbare hypothesen toetsen. Of de wetenschapsfilosofie en de onderzochte theorie van deze rechtssocioloog en politicoloog dezelfde zijn, is minder zeker. De paradigma's kunnen namelijk nogal verschillen per wetenschapstak.

32. Het onderscheid tussen *interpretatief* en *empirisch* privaatrechtswetenschappelijk onderzoek kan ik verder verduidelijken door een overzicht te geven van het verschil in types onderzoeksvragen binnen de probleemstelling bij interpretatief en empirisch onderzoek. In de onderstaande tabel vindt men daarom een onderverdeling van typen onderzoeksvragen, de algemene omschrijving van die typen vragen en voorbeelden hoe die vragen in interpretatief en empirisch onderzoek geformuleerd zouden kunnen worden.

⁴⁷ Algemene inzichten over empirisch onderzoek kunnen in tal van inleidende boeken voor hoger en universitair onderwijs worden teruggevonden. Ik verwijs slechts naar N. Verhoeven, *Wat is onderzoek? - Praktijkboek methoden en technieken voor het hoger onderwijs*, Den Haag, Boom Lemma, 2011, 404 p.; H. 't Hart *et al.*, *Onderzoeksmethoden*, Den Haag, Boom Lemma, 2009, 368 p..

Onderzoeksvragen binnen de probleemstelling	Omschrijving	Voorbeeld interpretatief onderzoek	Voorbeeld empirisch onderzoek
➤ Beschrijvende	Beschrijvende vraagstelling: wie, wat, welke, wanneer, hoe?	Hoe komt een pandrecht tot stand?	Hoeveel stille verpandingen van motorvoertuigen vinden jaarlijks plaats?
➤ Definiërende	Wat is de plaats in het grotere geheel, tot welke soort behoort...; Waar kan het bij ingedeeld worden?	Hoe kunnen we pandrechten wettelijk indelen?	Hoe verhoudt het aantal stille verpandingen van motorrijtuigen zich tot het aantal verpandingen van roerende zaken in het algemeen?
➤ Verklarende	Waarom, waardoor, hoe komt het dat, wat is de reden voor? Het verband tussen?	Op basis van welke argumenten is niet gekozen voor het registerpand maar voor een stil pandrecht bij invoering van het nieuwe BW?	Waarom worden er meer motorvoertuigen verpand dan fietsen? (causale vraagstelling die begint bij het gevolg (veelal geen deterministische maar probabilistische verbanden))
➤ Voorspellende	Wat gebeurt er als gevolg van? Tot welke gevolgen leidt..?	Valt het, gegeven het wettelijk systeem, te verwachten dat de Hoge Raad de mogelijkheid van verpanding van onbelichaamde goodwill zal erkennen?	Zal het aanscherpen van leennormen leiden tot meer of minder executies van stille pandrechten op motorvoertuigen? (causale vraagstelling die begint bij de oorzaak en toetsing van hypothesen centraal stelt)
➤ Vergelijkende	Wat zijn de verschillen tussen...en...? de overeenkomsten? Wat is beter? Sneller? Goedkoper?	Welke verschillen in vestigingsvereisten kent stille verpanding van motorvoertuigen in vergelijking met stille cessie?	Is de gemiddelde verpande waarde bij roerende zaken hoger dan bij vermogensrechten?
➤ Evaluerende	Werkt het goed? Is het geschikt? Wat zijn voor- en nadelen?	Is stille verpanding dogmatisch goed te onderscheiden van stille cessie?	Biedt de wijze waarop verpanding van motorrijtuigen wettelijk geregeld is, voldoende zekerheid tegen aanvaardbare kosten? Evaluatieve vraagstelling die een maatstaf behoeft (bijv. een normatief criterium, een exogene standaard)

VI. Een klein onderzoekje met Huls als outlier

33. In de vorige paragraaf poneerde ik de stelling dat Nederlandse privaatrechtswetenschap een kruispuntwetenschap is. Ik schat in dat in sommige faculteiten de nadruk meer zal liggen op interpretatieve positieve analyse, in andere wellicht op empirische positieve analyse of juist op normatieve analyse. Maar alles bij elkaar genomen kan men, zo is mijn hypothese, de driedeling *interpretatief*, *empirisch* en *normatief* wel volhouden voor de hedendaagse bestudering van privaatrechtswetenschap. Maar misschien is het beter om te zeggen dat het een nog veel betere *kruispuntwetenschap zou kunnen zijn* als Nederlandse privaatrechtswetenschappers met wat meer introspectie naar hun werk kijken. Ik vermoed dat zij zichzelf en hun collega's zelden categoriseren ("vandaag ben ik lekker interpretatief bezig; morgen volgt de empirie"). Dat zal ongetwijfeld te maken hebben met de toestand van het methodenonderwijs aan Nederlandse rechtenfaculteiten. Na de hernieuwde aandacht gevestigd door Stolker (2003) is in het Nederlands juridische discours veel gesproken en geschreven over methodologie en wetenschappelijkheid van de rechtenstudie en juridisch onderzoek.⁴⁸ Dat heeft nog niet geleid tot een paradigmawisseling. De rechtenopleiding blijft in veel opzichten, zo is mijn indruk, een interpretatieve beroepsstudie met grote maatschappelijke relevantie maar weinig methodologische aspiratie.⁴⁹ Daarmee is ook verklaard waarom in de opleiding vooral aandacht bestaat voor teksten, hun interpretatie en systematische ordening van de rechtsmaterie. Als juristen dan een bijdrage weten te leveren aan – laten we zeggen – kostenefficiënte geschilbeslechting, aan het ontwerpen van regelgeving die de gestelde doelen weet te bereiken, of aan het formuleren van regels die werkelijk problemen kunnen oplossen en voorkomen, dan is dat dus eigenlijk *toeval* – of beter gezegd: het is niet het beoogde gevolg van de methodologie van de rechtenopleiding. Want, zo is mijn indruk, dat leer je niet tijdens de rechtenstudie in Nederland.⁵⁰

Die indruk – wetenschappers zouden bij een "indruk" in het gunstigste geval van anekdotisch bewijs spreken – wordt versterkt als ik met collega's spreek over de plaats van wetenschapstheorie, methodologie van sociaalwetenschappelijk onderzoek en in het bijzonder de methoden van empirisch onderzoek in het rechtswetenschappelijk onderwijs. Die ongestructureerde waarnemingen leidden mij tot de volgende inductieve hypothesevorming: "er wordt nauwelijks aandacht besteed aan methodologische vragen in ons onderwijs buiten de interpretatieve methode". Die hypothese leidde tot de volgende concrete onderzoeksvraag: "is er in de Nederlandse bacheloropleiding rechtsgeleerdheid aandacht voor methodologie van wetenschappen als zodanig, de plaats van de juridische wetenschap tussen humanoria en

⁴⁸ C.J.J.M. Stolker, "“Ja, geleerd zijn jullie wel!” Over de status van de rechtswetenschap", *NJB* 2003, p. 766 e.v.

⁴⁹ Zie voor een overzicht van de literatuur over (de feilen van) rechtsmethodologie bijv. A.J. Muntjeswerff, "Methoden in rechtswetenschap en rechtspraktijk", *International Scientific Journal of methods and Models of Complexity*, 2010, afl. 10/1, p. 2 e.v.; vgl. J.B.M. Vranken, "Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?" in J.H. Nieuwenhuis en C.J.J.M. Stolker (eds.), *Vooruit met het recht - wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag, BJu, 2006, p. 26.

⁵⁰ Vgl. W.H. van Boom *et al.*, "Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording" in W.H.v. Boom *et al.* (ed.), *Gedrag en Privaatrecht - Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag, BJu, 2008, p. 30; W. Schrama, "Empirisch onderzoek in de familierechtswetenschap" in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 78 e.v.; W.H. van Boom *et al.*, "Civilologie en de vaart der privaatrechtelijke volkeren" in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 201 e.v.

sociale wetenschappen en de veronderstelde verschillen tussen empirie en geesteswetenschap?” Ik voerde het onderzoek als volgt uit:

- Beschrijvende hypothese: “de Nederlandse bacheloropleidingen besteden nauwelijks aandacht aan methodologische vragen buiten de interpretatieve methode”.
- Methode: het bevragen van de meest gebruikte handboeken in metajuridische vakken (inleiding, rechtsfilosofie, -sociologie, methoden en technieken en dergelijke) gedoceerd aan Nederlandse rechtenfaculteiten op kernbegrippen die als vertegenwoordiger (“proxy”) kunnen gelden voor de bedoelde aandacht.
- Werkwijze bij meting: er werd gezocht naar kernbegrippen in inhoudsopgave en register. Aanname hierbij was dat het meetinstrument – het zoeken op de twee genoemde plaatsen in het boek – optimaal sensitief is zodat het geen valse positieven en valse negatieven oplevert. Aanname was bovendien dat de inhoud van de gebruikte studieboeken een representatief beeld oplevert van de inhoud van het curriculum.
- De kernbegrippen zijn gekozen als representatieve termen voor het discours in het onderwijs in empirisch georiënteerde wetenschappen. De gekozen kernbegrippen waren :
 1. Empirisch
 2. Statistisch
 3. Methodisch (≠ interpretatiemethode, rechtsvergelijkende)
 4. kwantitatief
 5. Case-stud# / casestud# / case stud#
 6. Kwalitat# (≠ kwalitatieve aansprakelijkheid)
 7. Werkelijk# / Realis#
- Om de representativiteit van de kernbegrippen te valideren, zijn eerst de inhoudsopgave en registers van drie gangbare studieboeken in sociaal-wetenschappelijke studies bevestigd op deze 6 termen.⁵¹ Er werd dichotoom gecodeerd: steeds als het begrip voorkwam in ofwel inhoudsopgave ofwel register, werd het begrip als waargenomen met “1” gecodeerd. Zoniet, dan werd een “0” genoteerd. Het resultaat valideerde de meeste kernbegrippen:

Kernbegrip	1	2	3	4	5	6	7
<i>'t Hart 2009</i>	1	1	1	1	1	1	0
<i>Verhoeven 2011</i>	1	1	1	1	1	1	0
<i>Swanborn 2005</i>	1	1	1	1	1	1	0
<i>Billiet en Waage 2003</i>	1	1	1	1	0	1	0

Hier blijkt dat het begrip “werkelijk# / realis#” nergens werd gevonden. Dit kernbegrip is daarom uit de lijst verwijderd. De boeken scoren dus alle overgebleven 6 punten.

⁵¹ Het betreft: H. 't Hart *et al.*, *Onderzoeksmethoden*, Den Haag, Boom Lemma, 2009, 368 p.; N. Verhoeven, *Wat is onderzoek? - Praktijkboek methoden en technieken voor het hoger onderwijs*, Den Haag, Boom Lemma 2011, 334 p.; P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005; J. Billiet en H. Waage (eds.), *Een samenleving onderzocht - Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Berchem, De Boeck, 2003, 320 p..

- Waarnemingen: vervolgens werden 15 veelgebruikte studieboeken uit het metajuridisch bacheloronderwijs onderzocht.

Kernbegrip	1	2	3	4	5	6	totaal
Westerman 1998	0	0	0	0	0	0	0
Westerman 1998 b	0	0	1	0	0	0	1
Verheugt 2011	0	0	0	0	0	0	0
Van Klink en Broekers-Knol 2011	0	1	0	0	0	0	1
Taekema, Gaakeer, Loth 2011	1	0	1	0	0	0	2
Soeteman 2010	0	0	0	0	0	0	0
Schwitters 2008	1	0	1	0	0	0	2
Posner 2002	0	0	0	0	0	0	0
Kloosterhuis 2011	0	0	0	0	0	0	0
Jacobs Maris 1996	0	0	0	0	0	0	0
Huls 2008	1	1	1	1	0	1	5
Hage 2010	0	1	0	0	0	0	1
Cliteur en Ellian I 2011	1	0	1	0	0	0	2
Cliteur en Ellian II 2011	0	0	0	0	0	0	0
Bos 2011	0	0	1	0	0	0	1

- Uitkomsten: beschrijvende statistiek toont dat 15 waarnemingen waarden zien van gemiddeld (mean = median) 1 uit 6 kernbegrippen per boek, met een range tussen 0 en 2. Er is één boek dat sterk afwijkt van de andere 14 boeken. Dat is het boek “Actie en reactie” van Nick Huls.
- Het boek is een “outlier” want het wijkt in dit opzicht ernstig af van de andere boeken (zie boxplot).⁵²
- De vervolgstap is dus: hoe te verklaren dat Nick Huls een buitenbeentje is? Is het zijn werkomgeving? Zijn persoon? Ik voel dat de volgende onderzoeksstap moet zijn triangulatie door middel van – om te beginnen! – een kwalitatief interview met collega Huls.

⁵² De standaarddeviatie (dat is een maat voor de gemiddelde afwijking van het gemiddelde) van mean .071 bedraagt slechts 0.825. Als we het boek van Huls meetellen, is mean 1 en de standaarddeviatie echter 1.363. Zou men een grafiek tekenen van de normaalverdeling met als gemiddelde 1, dan zou de waarde 5 (het boek van Huls) meer dan 2 maal de standaarddeviatie van het gemiddelde aflaggen. Daarmee ligt het boek van Huls niet binnen de normale verwachtingen en is geen sprake van een normaalverdeling (het boek is 1 uit 15, dus 6,7% van het totaal aantal boeken, en 6,7% ligt dus meer dan 2 maal buiten de standaarddeviatie, terwijl bij de normaalverdeling een maximum van 2,1% aan waarnemingen 2 maal buiten de standaarddeviatie wordt aangehouden).

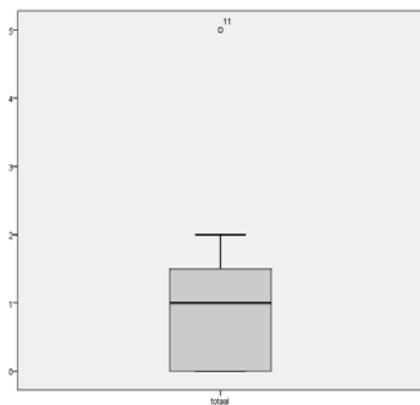


Figure 1 Boxplot met bovenin outlier boek 11 (Huls)

- Discussie: afgezien van de outlier Huls, lijkt dit onderzoek mijn hypothese te bevestigen dat nauwelijks aandacht wordt besteed aan methodologische vragen in ons onderwijs (buiten de interpretatieve methode). Nader onderzoek is nodig. Beperkingen aan deze methode van waarneming van de werkelijkheid is namelijk dat ander onderwijsmateriaal dan deze studieboeken niet is onderzocht. Triangulatie met een enquête onder docenten en documentanalyse van leerdoelformulering kan bovendien zinvol zijn.

Dit is in een notedop een klein empirisch onderzoekje. En het is dat type onderzoek – variërend van simpele tot meer complexe vormen – dat ik in hoofdstuk VII nader wil verkennen.

VII. Enkele algemene opmerkingen over empirisch onderzoek

A. KERNWAARDEN

34. Empirisch onderzoek is het op systematische en objectieve wijze verzamelen en classificeren van waarnemingen van feiten, omstandigheden of processen die zich in de werkelijkheid voordoen, met gebruik van betrouwbare methoden om feiten en/of verbanden tussen die feiten, omstandigheden of processen vast te stellen.⁵³ Van juridisch onderzoek wordt wel gezegd dat het geen empirisch onderzoek is, maar als we precies naar de definitie kijken, valt daar nog wel iets op af te dingen. Een juridische tekstanalyse van 200 rechterlijke uitspraken over stil pandrecht waarbij de gebruikte argumentatie om pandhouders al dan niet in het gelijk te stellen, wordt onderzocht, kan ook als “het op systematische en objectieve wijze verzamelen en classificeren van waarnemingen” worden gezien.⁵⁴ Toch zal men

⁵³ R.H. Hoyle *et al.*, *Research Methods in Social Relations (7th ed.)*, Wadsworth, Thomson, 2002, 592 p.; M. Leezenberg en G. De Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam, A.U.P., 2010, p. 16 e.v.

⁵⁴ Voor een mooi voorbeeld daarvan, zie J.P. Fockema Andreae, *Tien jaren rechtspraak van den Hoogen Raad. Bijdrage tot de leer der wetsuitlegging (diss. Leiden)*, Leiden, Van Doesburgh, 1904, p. 31: een rechtspraakanalyse van de interpretatietechnieken gebruikt in de rechtspraak van de Hoge Raad tussen 1893 en 1903. Een vergelijkbare techniek gebruikt J.M. Polak, *Theorie en praktijk der rechtsvinding (diss. Leiden)*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1953, 94 p. Vgl. H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter - Een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de Gerechtshoven (diss. Leiden)*, Deventer, Kluwer, 1978, p. 11, die terecht stelt dat deze werken op de drempel van kwantitatieve analyse staan. Ik wijs ook nog op J. Valkhoff, *Wetenschap en onwetendheid in het privaatrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1966, 48 p. die

aanvoelen dat een dergelijk interpretatief tekstonderzoek van 200 uitspraken iets anders is dan – houd u vast! – een statistisch onderzoek waarbij men 200 aselechte uitspraken waarin een pandhouder optreedt, codeert op een dichotome uitkomstvariabele [pandhouder wint of pandhouder verliest] en op een oorzaakvariabele [pandhouder is eiser of is gedaagde] als men met statistische berekening wil achterhalen of het waarschijnlijker is dat een pandhouder de zaak zal winnen als hij de eiser is dan wanneer hij de gedaagde is. Tegelijk hebben deze twee werkwijzen – waarbij de eerste als “echt juridisch” wordt beschouwd omdat het de argumentatie zelf wordt onderzocht en waarbij de tweede als kwantitatief empirisch onderzoek wordt beschouwd omdat rekenkundig waarschijnlijkheden worden onderzocht en niet de argumenten in de teksten zélf – gemeen dat ze beide *de werkelijkheid* proberen construeren. In beide onderzoeken staat als kennisprobleem centraal welke factoren van invloed zijn op het winnen of verliezen van een zaak als pandhouder.

Men zou de documentanalyse, zoals wij die als civilisten vaak bedrijven wanneer wij arresten samenvatten, analyseren, interpreteren in het licht van wet, systeem en eerdere rechtspraak, dus in zekere zin empirisch kunnen noemen.⁵⁵ Maar die kwalificatie krijgt zij zelden. Om te onderscheiden is het m.i. beter om dergelijk onderzoek *interpretatief* dan empirisch noemen, omdat dit klassiek-juridische werk vooral tekst op argumentatieve hermeneutische waarde analyseert en ook omdat het als empirisch onderzoek slecht scoort op de elementen systematisch, objectief en betrouwbaar. Dat zou anders zijn als de documentanalyse volgens een vaste en geëxpliciteerde methode zou plaatsvinden met codeerschema, met ten minste twee codeurs die onafhankelijk van elkaar de uitspraken coderen, met een rekenkundige toets om de onafhankelijke coderingen op intercodeurbetrouwbaarheid te testen en met een rekenkundige toets om de samenhang tussen de gescoorde variabelen te zekeren. Dan is documentanalyse in mijn definitie niet langer interpretatief maar empirisch.

Dat brengt ons weer terug bij empirisch onderzoek. De kernwaarden waar men empirisch onderzoek aan afmeet, zijn:

1. Openbaarheid

Transparantie van methodologie en wijze van samenstelling van datasets

2. Objectiviteit

Het streven naar minimaliseren van vooringenomenheden of beïnvloeding van het onderzoek

3. Betrouwbaarheid

*De afwezigheid van toevallige waarnemingsfouten*⁵⁶

4. Herhaalbaarheid

De waarnemingen moeten op betrouwbaarheid getoetst kunnen worden

5. Validiteit

De afwezigheid van systematische fouten in de methode die zouden maken dat de waarneming niet de werkelijkheid dekt

- Een goed voorbeeld betreft het volgende. Als men in een aansprakelijkheidsprocedure, waar een vrouw met borstkanker stelt dat de radioloog een fout heeft gemaakt door op het mammogram ten onrechte niet de kwaadaardige knobbel als zodanig te herkennen, wil vaststellen of van een beroepsfout sprake is, zal een deskundige zich moeten uitlaten over de betreffende foto. Men zou dan de deskundige de vraag kunnen voorleggen of hij een kwaadaardige knobbel in de foto ziet. Maar het gevaar van een

een systematische tekstanalyse uitvoert van verschijningsvormen van wetenschap en onwetendheid van partijen in het privaatrecht.

⁵⁵ Vgl. G.-J. Veerman, “Evidence en privaatrechtelijke wetgeving” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 54.

⁵⁶ *Nice to know*: In mei 2012 was mijn score op de h-index in *publisorperish.com* 4. Op Google Citations was deze 5. Beide metingen zijn echter *onbetrouwbaar* omdat er publicaties tussen staan die niet mijn naam zouden moeten dragen en omdat er door de wijze van meting publicaties ontbreken die wél bij mij horen.

dergelijke vraagstelling is dat deze de deskundige te zeer leidt naar het bevestigende antwoord omdat hij weet in welk verband de vraag gesteld wordt en hij maar één foto te zien krijgt, namelijk mét de kwaadaardige knobbel! Zou men de waarneming van de deskundige van een dergelijke systematische “*outcome bias*” willen ontdoen, dan moet men denken aan een equivalent van de OSLO confrontatie van verdachten (“*line up*”). Het onderdrukken van de “*outcome bias*” bij de deskundige kan dus geschieden door hem een reeks foto’s te laten zien met daarin de bewuste foto verborgen. Zo kan men beïnvloeding door subjectieve factoren (zoals bijvoorbeeld de wetenschap van de afloop van een zaak) onderdrukken.⁵⁷

6. Generaliseerbaarheid

Het streven om door onderzoek naar een specifiek deel van de werkelijkheid uitspraken te kunnen doen die bredere werkelijkheidspretentie hebben

- Bijv. statistische generaliseerbaarheid door middel van een aselechte steekproef om naar de gehele populatie generaliseerbare uitspraken te doen; generaliseerbaarheid ziet ook de vraag van op externe validiteit van verkregen waarnemingen uit een experiment naar de werkelijkheid

7. Zuinigheid (parsimony)

het streven naar zo eenvoudig mogelijke waarneming van een minimaal aantal variabelen teneinde een maximaal betrouwbaar, valide en generaliseerbaar resultaat te behalen

35. Eén onderzoeksopzet die op al deze kernwaarden de maximale score behaalt, is onuitvoerbaar of te duur. Elke opzet heeft beperkingen. Daarom is triangulatie – het gebruiken van een meervoudige onderzoeksopzet om door een combinatie van methoden de validiteit en betrouwbaarheid van verkregen uitkomsten te vergroten – een goede manier om robuustheid te optimaliseren.

36. De genoemde kernwaarden zijn dienstig aan de optimale precisie van de waarnemingen, die op hun beurt moeten resulteren in *beschrijving* van de werkelijkheid (“80% van de respondenten verklaarde voorstander van hogere gevangenisstraffen te zijn”), maar liever nog in het tonen van *relaties*, van *samenhang tussen variabelen* (“de respondenten die verklaarden voorstander van hogere gevangenisstraffen te zijn, waren significant⁵⁸ vaker politiek rechts geïntereerd dan respondenten die het tegenovergestelde verklaarden”) en in het *toetsen van hypotheses* die een verklaring geven van die samenhang (“individuen die politiek rechts geïntereerd zijn, zijn punitiever van karakter”).

37. Over de juiste manier van toetsing bestaat scholenvrijd. In sociaalwetenschappelijk onderzoek is met name de tegenstelling tussen verificationisme, confirmationisme en falsificationisme relevant.⁵⁹ Men kan hypotheses formuleren en onderzoeken, maar het doel waartoe kan verschillen. Verificatie is de methode waarmee kan worden vastgesteld of een uitspraak *waar of onwaar* is. Omdat we er echter nooit helemaal zeker van kunnen zijn dat alle eenden een snavel hebben, is een minder strenge methode die van confirmatie: als alle waarnemingen de hypothese ondersteunen, is zij bevestigd (confirmatie) nemen we haar (voorlopig) voor waar aan.

⁵⁷ Giard vraagt hier in verschillende publicaties aandacht voor onder juristen. Zie bijv. R.W.M. Giard, “Waarheidsvinding: worstelen met wijsheid achteraf”, *Expertise en Recht* 2009, p. 41 e.v.

⁵⁸ “Significantie” betekent in de context van dit hoofdstuk dat iets waarschijnlijk geen toeval kan zijn. In statistiek wordt bijvoorbeeld in verschillende opzichten getoetst of de verkregen resultaten toevallig zijn of niet, tegen de achtergrond van een voorspellende hypothese. Daarbij staat bijvoorbeeld centraal de vraag hoe groot de kans is dat de gevonden afwijkingen van de nulhypothese op toeval berusten. Indien met behulp van deze toets het antwoord luidt dat die kans niet groot genoeg is (bijv. Probability < 0,05) om van toeval te kunnen spreken, dan wordt de nulhypothese verworpen en is de alternatieve hypothese voorlopig aanvaard. Zo kan een onderzoek tonen dat “met 95% betrouwbaarheid kan worden gezegd dat er statistisch verband bestaat tussen variabele A en variabele B” (P < 0,05).

⁵⁹ M. Leezenberg en G. De Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam, A.U.P., 2010, p. 58 e.v.

Confirmatie is dus het streven naar bevestiging van de onderzoekshypothese. Daarmee genereert men geen zekere kennis, zo argumenteerde de wetenschapsfilosoof Karl Popper. Het confirmeren van de hypothese (“conjecture”) door het doen van observatie is in wezen inductief redeneren. Zou men de hypothese “alle zwanen zijn wit” opstellen en vervolgens in de werkelijkheid alleen maar witte zwanen tegenkomen, dan is de hypothese geconfirmeerd, maar nog steeds is in wezen sprake van inductief redeneren: “ik zie alleen maar witte zwanen; dus alle zwanen zijn wit”. De inductieve methode kan geen *zekere* kennisgroei opleveren.⁶⁰ Het is dus niet mogelijk om aan de hand van confirmatie met zekerheid na te gaan of een algemene uitspraak écht waar is.⁶¹ Falsificatie van de hypothese daarentegen, *weerlegging* dus, kan onwaarheid van de hypothese leveren zodra er een zwarte zwaan gezien wordt.⁶² Daarom wordt van falsificatie wel gezegd dat deze methode meer zekere kennis kan opleveren door het verwerpen van hypothesen en dat wetenschap dus op falsificatie gericht moet zijn.⁶³ Men moet dan wel op de koop toe nemen dat men omwille van absolute zekerheid soms wel heel lang in onzekerheid moeten leven (namelijk totdat we die zwarte zwaan waarnemen....).

38. Empirisch onderzoek lijkt dus de tegenpool te zijn van speculatief onderzoek en normatief onderzoek. Wat betreft speculatie, die is nuttig en nodig in een wetenschappelijk proces maar ze behoort niet het eindstadium doch het begin van onderzoek te zijn: een speculatieve stelling over de werkelijkheid noemen we een hypothese, en die is nu juist onderwerp van onderzoek. Empirisch onderzoek staat dus niet haaks op speculatie, maar vooronderstelt deze. *Normatief* onderzoek daarentegen is wél de tegenpool van empirisch onderzoek. Ze begint met een normenstelsel en is als zodanig niet objectief en herhaalbaar.

39. De toetsbaarheid van het normenstelsel is mogelijk gelegen in de toetsing van de logische structuur waarmee vanuit een abstract uitgangspunt naar concrete regels wordt geredeneerd. Een normatieve theorie kan – in theorie – geheel zonder empirie; ze hanteert rationalisme als raamwerk en logica als bouwstenen. Maar omdat recht moet functioneren in de werkelijkheid, zal het niet snel voorkomen dat een normatieve rechtswetenschappelijke theorie geheel losgezongen is van de werkelijkheid. Zeker als de theorie de wereld wil verbeteren, zal ze moeten aangeven waar het in werkelijkheid aan schort. Dit is een indicatie voor de juistheid van mijn stelling dat rechtswetenschap, en dus ook privaatrechtswetenschap, een kruispuntwetenschap is waar interpretatief, empirisch en normatief onderzoek samenkomen.

40. Empirisch onderzoek reduceert de werkelijkheid tot een model, dat wil zeggen: richt het vizier op een deel van die werkelijkheid teneinde die werkelijkheid te kunnen begrijpen en daartoe toetsbare hypothesen te formuleren. *Modelleren* is dus het versimpelen van de werkelijkheid in het licht van de theorie. Als men details weglaat, kan men zich concentreren

⁶⁰ M. Leezenberg en G. De Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam, A.U.P., 2010, p. 68 e.v.; F. Kunneman, *Rechtswetenschap*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1991, p. 29 e.v.; E.A. Huppel-Cluysenaer, *Wetenschapsleer voor juristen*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 95.

⁶¹ Dit noemt men wel *fallibilisme*: het uitgangspunt dat kennis feilbaar is (namelijk door falsificatie weerlegd kan worden).

⁶² Falsificatie werkt volgens een model waarbij de theorie getoetst wordt aan een falsificator (basiszin; een zin die als tegenspraak dient): (theorie): alle zwanen zijn wit; (falsificator): er bestaat minstens één zwarte zwaan; de waarneming van een zwarte zwaan maakt dat de oorspronkelijke theorie gefalsificeerd is en dus bijstelling behoeft. Zie M. Leezenberg en G. De Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam, A.U.P., 2010, p. 71.

⁶³ Zie de heldere uiteenzetting bij P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005, p. 35-36. Vgl. ook J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid - Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming (diss. Tilburg)*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 25 e.v., die de Popperiaanse falsificatieleer tracht toe te passen op de normatieve queeste naar rechtvaardigheid in het privaatrecht. Over falsificatie in rechtswetenschappelijk onderzoek P.G.J. Van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht (diss. Rotterdam)*, Deventer, Gouda Quint, 2000, p. 491 e.v.; J.A.I. Wendt, *De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief (diss. Rotterdam)*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2008, p. 61 e.v.

op de relevante variabelen en om hypotheses te formuleren over de werkelijkheid.⁶⁴ Waarneming zonder (impliciete) theorie is niet mogelijk omdat men zonder theorie geen informatie kan selecteren.⁶⁵ Dat modelleren doen juristen op hun manier natuurlijk ook.⁶⁶ Alleen feiten en omstandigheden die relevant zijn, worden onderzocht, onbelangrijke elementen worden buiten beschouwing gelaten. Een loepzuivere methode voor het isoleren van wat relevant is, kent de rechtswetenschap niet,⁶⁷ maar het *systeem* van het recht geeft als zodanig wel het kader waarbinnen relevante elementen van niet-relevante gescheiden kunnen worden.

B. VERBANDEN LEGGEN

41. Zoals gezegd kunnen waarnemingen van de werkelijkheid, zoals die in empirisch onderzoek worden gedaan, beschreven worden. Doet men veel waarnemingen, dan kunnen ze in beschrijvende statistieken worden weergegeven.⁶⁸ Maar in empirisch onderzoek ambieert men vaak meer dan alleen descriptie van de waarnemingen. Ook inferentiële analyse, het blootleggen van verbanden en het geven van verklaringen voor die verbanden, hoort tot het werkerrein. Elke wetenschap heeft eigen manieren om naar die verbanden en hun verklaringen te zoeken. De cyclus die daarbij gevolgd kan worden, noemt men wel de *empirische cyclus*. Over die cyclus later meer.

42. Een historisch perspectief is hier passend. Het waren juristen die de kracht van statistisch denken zagen. In de beginjaren van de medische en demografische statistieken was het heel gewoon om retoriek als methode van kwantitatief onderzoek te beschouwen.⁶⁹ Het vak statistiek, de leer van het inzicht in de staat van het land en haar inwoners, werd aan het begin van de 19e eeuw aan *rechtenfaculteiten* geïntroduceerd.⁷⁰ Maar dat heeft niet lang geduurd, mogelijk vanwege de voorliefde

⁶⁴ R.M. Lawless *et al.*, *Empirical Methods in Law*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p. 9. Vgl. E.A. Huppés-Cluysenaer, *Wetenschapsleer voor juristen*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 75 e.v.

⁶⁵ Zo in essentie al C.W. Opzoomer, *De Weg der Wetenschap - Een Handboek der Logica*, Leiden, Gebhard & Comp., 1851, p. 29, nr. 8. Daarover met verdere verwijzingen K.H. Roessingh, *De moderne theologie in Nederland. Hare voorbereiding en eerste periode*, Groningen, Erven B. van der Kamp, 1914, p. 149. Vgl. E.A. Huppés-Cluysenaer, *Wetenschapsleer voor juristen*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 103 e.v.; J.M. Barendrecht *et al.*, “Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?”, *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 149 e.v. Zo is het in het privaatrecht natuurlijk ook.

⁶⁶ Soms wordt hier de term “contextualiseren” voor gebruikt, althans zo denk ik J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ****, Deventer, Kluwer, 2005, p. 116 (derde niveau) te kunnen begrijpen. Onbewuste theorievorming door “*Vorverständnis*” maakt hier natuurlijk ook deel van uit.

⁶⁷ Vgl. A.J. Muntjeswerff, “Methoden in rechtswetenschap en rechtspraktijk”, *International Scientific Journal of methods and Models of Complexity* 2010, afl. 10/1, p. 17.

⁶⁸ Beschrijvende statistiek “telt en turft” (het aantal inwoners in een land bijvoorbeeld) en presenteert de data op ordelijke wijze. Het gebruikt geen techniek van waarschijnlijkheidsrekenen. Denk aan instrumenten van descriptieve statistiek als manieren om spreiding (distributie), gemiddelde, mediaan, modus, variantie, en standaardafwijking te berekenen. Een voorbeeld van gebruik van beschrijvende statistiek in rechtswetenschappelijk onderzoek treft men bij P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst (diss. Rotterdam)*, Den Haag, BJu, 2012 en T. Nowak *et al.*, *National Judges as European Union Judges – Knowledge, Experiences and Attitudes of Lower Court Judges in Germany and the Netherlands*, Den Haag, BJu Eleven, 2011, 160 p.

⁶⁹ Philip Kraeger in E. Magnello en A. Hardy (eds.), *The Road to Medical Statistics*, Amsterdam, Rodopi, 2002, p. 3.

⁷⁰ Zie de bijdragen van P.M.M. Klep, C.J.H. Jansen, I.H.S. Paul en M.M. Klep (eds.), *The statistical mind in a pre-statistical era: The Netherlands 1750-1850*, Amsterdam, Aksant, 2002, 374 p.; vgl. algemeen over de verhouding volkshuishoudkunde en rechtsgeleerdheid in de 19^e eeuw J. Valkhoff, *Rechtssociologische elementen in de Nederlandse rechtswetenschap van de XIXde eeuw*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zn., 1955, p. 22 e.v.

van juristen voor interpretatief talig onderzoek. Al snel werd duidelijk dat het *genereren* van statistische informatie *niet* aan universiteiten plaatsvond, maar bij de praktisch ingestelde *ingenieurs*. Het duurde dan ook niet lang dat de wetenschappelijke beoefening van mathematische statistieken al snel bij anderen dan juristen ondergebracht werd.⁷¹ Zo rond 1850 waren rechtenfaculteiten hun grip op staatshuishoudkunde en statistiek aan het kwijtraken. En misschien ging het daar wel fout met onze werkelijkheidsliefde.

43. Hier volgt eerst een korte inleiding op het leggen van verbanden. In kwantitatief empirisch onderzoek – onderzoek dat met behulp van statistieken de werkelijkheid poogt weer te geven – wordt *verband* gezien als de statistische maat om samenhang tussen variabelen te duiden. Maar ook als men niet met statistieken werkt, wordt de idee van variabelen en verbanden gehanteerd.

44. Een variabele is een eigenschap van een eenheid (unit) die tenminste twee waarden (values) kan aannemen (indien niet dan is het namelijk een *constante*). Zo kan men het verband willen onderzoeken tussen twee variabelen: (1) het aantal brandweermannen (waarde van de eenheid) dat bij het blussen van een brand betrokken is en (2) de omvang van de financiële schade door de brand.

45. Er zijn grofweg drie vormen van verband die men zou kunnen proberen te onderzoeken: covariantie, correlatie en causaal verband. *Covariantie* is een maat die aanduidt in hoeverre twee variabelen met elkaar variëren, waarbij geldt dat hoe groter de covariantie, des te meer hangen de beide variabelen samen en des te sterker is het verband tussen beide. Een positieve covariantie betekent dat hoge waarden bij de ene variabele samengaan met hoge waarden bij de andere; een negatieve covariantie betekent dat hoge waarden bij de ene variabele samengaat met lage waarden bij de andere variabele (en een covariantie van 0 betekent dat er geen samenhang is).

Als klanttevredenheid wordt gemeten bij gebruikers van rechtspraak, zal het niet verbazen dat personen die de zaak hebben gewonnen, vaker dan gemiddeld tevreden zijn dan personen die zaak hebben verloren.⁷² Het winnen van een civiele zaak vertoont dan dus positieve covariantie met tevredenheid.

46. Samenhang wordt ook wel uitgedrukt in *correlatie* (soms ook wel associatie genoemd) en dat drukt significant verband uit waarbij niet (per se) causaliteit bestaat. Het aanwijzen van oorzaak en gevolg is dan niet beoogd of niet mogelijk. Denk aan het IQ van gehuwden; dat correleert veelal, maar veroorzaakt elkaar niet. Bij correlatie geldt dat het op covariantie voortbouwt en dat het veel wordt toegepast als het doel is het geven van een index die de mate van associatie tussen twee variabelen beschrijft (uitgedrukt in een getal tussen 0=geen lineair verband en 1=perfect lineair verband (of uitgedrukt in een getal tussen -1 en 0, als men negatieve correlatie uitdrukt)).⁷³ Correlatie zegt nog niet heel erg veel. Dat er sterke correlatie is tussen het aantal brandweermannen en de omvang van de schade bij brand, zegt iets maar niet alles.⁷⁴

⁷¹ I.H.Stamhuis en P.M.M. Klep (ed.), *The statistical mind in a pre-statistical era: The Netherlands 1750-1850*, Amsterdam, Aksant, 2002, p. 189.

⁷² B. Kuhry et al., *Waar voor ons geld? Prijs en kwaliteit van publieke diensten*, Den Haag, Sociaal en Cultureel Planbureau, 2012, p. 175.

⁷³ Correlatieanalyse heeft beperkingen want drukt “slechts” een lineair verband tussen twee variabelen (gemeten interval- of ratio-niveau) uit; non-lineair verband tussen twee variabelen en verband tussen meer dan twee variabelen kan niet met correlatie uitgedrukt worden.

⁷⁴ Daarnaast kan sterke correlatie verklaard worden door een derde variabele die niet gemeten is (denk aan: strandbezoek en ijsconsumptie).

Eigenlijk is het vinden van correlatie het moment – zie de “empirische cyclus” – waarop de onderzoeker creatief moet speculeren over plausibele verklaringen voor wat hij heeft gevonden. Het moment dus waarop hij verdere hypothesen moet ontwikkelen én toetsen over de causale mechanismen die hier aan het werk zijn. In bepaalde gevallen is minder creativiteit nodig dan in andere. Wat verklaart de correlatie tussen de hoogte van de vordering en de beslissing van de claimant om juridische hulp in te schakelen?⁷⁵ De plausibele causale verklaring ligt voor het oprapen. Maar wat verklaart dat er sterke correlatie is tussen rookgedrag van zwangere moeders en later crimineel gedrag van het eenmaal volwassen kind? Daar komt wat meer creativiteit aan te pas.

47. Causaal verband is de derde vorm van verband. Causaal verband draait om het “vinden” van de onafhankelijke en de afhankelijke variabelen: De afhankelijke variabele (uitkomstvariabele) kan verklaard en voorspeld worden uit een of meer onafhankelijke variabelen (oorzaakvariabelen).

Men zou causaal verband in twee vormen kunnen onderverdelen: deterministisch en probabilistisch. Deterministisch causaal verband is digitaal van aard (het is er of het is er niet; “als A dan B”). Binnen de groep deterministisch causaal verband wordt wel de volgende simpele onderverdeling gehanteerd: noodzakelijke voorwaarde, voldoende voorwaarde, noodzakelijke én voldoende voorwaarde, noodzakelijke maar onvoldoende voorwaarde.⁷⁶ In het aansprakelijkheidsrecht herkennen we dergelijke onderverdelingen terug.⁷⁷ Uitspraken over probabilistische causaliteit (“de kans dat zich gevolg B voordoet als A aanwezig is, is significant”) bieden schijnbaar minder zekerheid, maar in wetenschappelijke zin is het tegendeel waar. Ze geeft namelijk juist *preciezer* weer hoe de werkelijkheid in elkaar steekt.⁷⁸ In empirisch onderzoek wordt zelden gezocht naar deterministisch causaal verband, ofwel omdat het in werkelijkheid zelden bestaat, ofwel omdat als het bestaat, het zo evident is dat het geen onderzoek waard is.

48. Determinisme komen we overal tegen in het *rechtsbedrijf*. Als een rechter in een aansprakelijkheidsprocedure vaststelt dat er causaal verband bestaat tussen longkanker en blootstelling aan een toxische stof waarvan het bekend is dat deze longkanker kan veroorzaken, dan “staat causaal verband vast”. Maar in werkelijkheid zal er vermoedelijk veeleer sprake zijn van een *grote kans* dat de longkanker door deze blootstelling is veroorzaakt. Andere oorzaken zijn in concreto niet uit te sluiten – longkanker is namelijk geen ziekte waar de oorzaak een visitekaartje heeft achtergelaten, netzomin als eenduidige oorzaken voor hart- en vaatziekten of suïcide zijn aan te wijzen. In wetenschappelijk opzicht is preciezere kennis van de ziekte-oorzaak te vinden door epidemiologisch onderzoek, dat probabilisme als causaliteitscriterium hanteert. Het juridisch determinisme van het *condicio sine qua non*-vereiste (art. 6:162 BW) leidt tot een alles-of-niets beslissing. Het juridisch bedrijf creëert hier een schijnzekerheid, terwijl er een foutkans blijft bestaan. De foutkans is hierin gelegen dat de benadeelde 100% schadevergoeding krijgt voor een schade die niet met 100% zekerheid is veroorzaakt door de aansprakelijk gestelde. Let wel: hiermee is niet gezegd dat deze juridische *praktijk* goed of slecht is, wel dat zij haaks staat op wat door beoefenaren van probabilisme als *wetenschappelijke* standaard wordt gezien.⁷⁹

⁷⁵ Vgl. K.-C. Huang, “How Legal Representation Affects Case Outcomes: An Empirical Perspective from Taiwan”, *JELS* 2008, p. 205.

⁷⁶ Daarnaast kent men ook de zogenaamde *INUS voorwaarde* (“An insufficient but necessary part of a condition which is itself unnecessary but sufficient for the result”) en de *SUIN voorwaarde* (“a sufficient but unnecessary part of a factor that is insufficient but necessary for an outcome.”).

⁷⁷ Zie bijv. J. Spier *et al.*, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, p. 253 e.v.

⁷⁸ Overigens kan een causale relatie nooit geverifieerd worden, hooguit bevestigd. Falsificatie is wel mogelijk. Zie P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005, p. 88. Vandaar dat in veel empirisch onderzoek de nulhypothese wordt gebruikt.

⁷⁹ Voor een overzicht van oorzaken die maken dat mensen een voorkeur hebben voor simpele deterministische verklaringen van gebeurtenissen boven genuanceerd probabilisme, zie bijv. D.J. Watts, *Everything is Obvious - how common sense fails*, London, Atlantic Books, 2011, p. 108.

49. In de wetenschap(sfilosofie) wordt al eeuwen nagedacht over hoe men betrouwbare kennis over verbanden kan opdoen. Het is pas met het volwassen worden van de methodologie van statistiek dat een gedegen probabilistische benadering van causaal verband in de sociale wetenschappen mogelijk werd, bijvoorbeeld om verklaringen van het gemiddelde effect van een variabele in een grote populatie van gevallen mogelijk te maken. Determinisme helpt de onderzoeker niet verder bij het zoeken naar “meer” en “minder” verband. Het gebruik van statistieken maakt het juist wel mogelijk om verder te gaan dan de klassieke onderverdeling in noodzakelijke en voldoende voorwaarden. Het maakt een verschuiving mogelijk van determinisme naar probabilisme: “een gegeven gevolg wordt waarschijnlijker naarmate...” et cetera.

50. In kwantitatief empirisch onderzoek wordt bijvoorbeeld *regressie-analyse* gebruikt om voorspellende hypothesen te toetsen als onderdeel van de zoektocht naar probabilistisch causaal verband. Regressie-analyse wordt toegepast als het doel is om een afhankelijke variabele (uitkomstvariabele) te voorspellen uit een of meer onafhankelijke variabelen (oorzaakvariabelen). Een bivariate regressie betreft bijvoorbeeld één onafhankelijke variabele, een multi-pele (multivariate) regressie betreft het voorspellen van één afhankelijke variabele uit meer dan één onafhankelijke variabelen. In een simpele opzet zou men de volgende voorwaarden voor veroorzaking van B door A kunnen aanhouden:⁸⁰

- Er moet covariantie zijn tussen A en B
- De onafhankelijke variabele A moet in tijd voorafgaan aan de afhankelijke variabele B
- Schijnbaar causaal verband (andere verklaringen gelegen in een derde variabele die A en B beïnvloedt; *confounds*) moet worden uitgesloten

51. Een voorbeeld van kwantitatief empirisch-juridisch onderzoek dat probabilistische causaliteit probeert aan te tonen is het zogenaamde “legal origins” en “law matters” onderzoek – dit is een stroom van literatuur over de vraag of er een verband is tussen de herkomst en inrichting van een rechtssysteem (“legal family” of “origin”) en economische groei. Zo kan men bijvoorbeeld de vraag stellen of landen met een “common law” origine (Engeland, VS) het economisch gezien beter doen dan landen met een “civil law” origine (bijv. Frankrijk, Duitsland). Ook kan men de vraag stellen of ondernemingen volgens het Rijnlandse bestuursmodel versus het Angelsaksische bestuursmodel het beter of slechter doen in termen van winst, continuïteit en groei. Dit type onderzoek is buitengewoon moeilijk vorm te geven en er bestaat veel kritiek op de gevolgde methode en de manier van coderen van data in sommige van deze onderzoeken (“garbage in, garbage out”). Dat er veel kritiek is ontstaan op dit type onderzoek, heeft vermoedelijk ook met de uitkomsten te maken. Sommige uitkomsten suggereren dat de “common law” (Engeland, VS) superieur is aan “civil law” (Duitsland, Frankrijk, etcetera) voor economische groei. Het laatste woord over dit type onderzoek is nog niet gezegd. Methodologisch interessant is het zeker, al was het maar omdat het ook juristen kan scherpen en betrekken in empirisch onderzoek.⁸¹

Een ander voorbeeld : Robbenolt 2003 voerde een gecontroleerd internet-experiment uit naar het verband tussen aanbieden van excuses door de veroorzaker van een ongeval en hoe de benadeelde zijn schade inschat, het karakter van de veroorzaker beoordeelt en de schuldvraag beantwoordt.⁸² De onderzoeker neemt een steekproef uit de populatie “universiteitsmedewerkers” (dus niet alleen academici) en legt ze een aantal items voor naar aanleiding van een ongevalscausus. Steeds wordt respondenten gevraagd om het slachtofferperspectief te kiezen, en vervolgens om te beslissen of ze het

⁸⁰ Vgl. R.M. Lawless *et al.*, *Empirical Methods in Law*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p. 31.

⁸¹ Zie de overzichten bij M. Faure en J. Smits (eds.), *Does Law Matter? On Law and Economic Growth*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 416 p.

⁸² J.K. Robbenolt, “Apologies And Legal Settlement: An Empirical Examination”, *Michigan Law Review* 2003, p. 482 e.v. In werkelijkheid was het experiment iets ingewikkelder, maar de complicaties heb ik hier buiten beschouwing gelaten.

schikkingsaanbod in de casus zouden accepteren, aan te geven of ze de excuses adequaat vonden, welke motieven de veroorzaker naar hun idee had, hoe zij de ernst van de verwondingen inschatten, of en in hoeverre zij gedeelde verantwoordelijkheid voor het ongeval accepteerden, hoe zij het karakter van de wederpartij beoordeelden en in hoeverre zij boosheid of sympathie en vergevingsgezindheid ervoeren. De respondenten zijn aselekt onderverdeeld in drie groepen: de eerste groep wordt blootgesteld aan de onafhankelijke variabele “excuses”, de tweede aan “halve spijtbetuiging” en de derde groep aan “geen enkele vorm van excuses”. Vervolgens wordt multivariate analyse gehanteerd om significantie van het effect van excuses op al deze variabelen te meten. Significantie wordt gesteld op $p < .05$ (minder dan 5%) en marginale significantie op $p < .1$ (minder dan 10%). Het experiment liet zien dat het rechtstreeks verband tussen aanbieden van volledige excuses en schikkingsbereidheid marginaal significant was ($p = .057$). Het aanbieden van volledige excuses had wel significante invloed op een aantal andere variabelen zoals perceptie van motieven. Het aanbieden van “halve excuses” had een direct significant gevolg: het deed de twijfel om al dan niet te schikken, drastisch toenemen. Het onderzoek toont dus geen significant statistisch verband aan tussen het bieden van volledige excuses en het accepteren van het schikkingsaanbod maar wel een significant verband tussen het bieden van “halfzachte excuses” en het twijfelen over het al dan niet aanvaarden van het aanbod.

Hooghiemstra en Ees 2011 onderzochten naleving van de Code Tabaksblad.⁸³ Die Code stelt 126 “aanbevelingen” over corporate governance volgens het “comply or explain” principe. Ondernemingen plegen in hun jaarverslagen aan te geven dat (en waarom) zij afwijken. Uit eerdere literatuur kan een aantal voorspellende hypotheses worden geformuleerd over naleving van dergelijke codes, waaronder de hypothese dat de grootte van de onderneming positief geassocieerd is aan naleving. Die hypothese kan getoetst worden als men 126 jaarverslagen van ondernemingen turft op “uitegelegde afwijkingen” (de afhankelijke variabele) en vervolgens de associatie meet met de grootte van de onderneming (onafhankelijke variabele). De onderzoekers vonden een matig sterk verband (coëfficiënt = -0,26; P-waarde < 0.001).⁸⁴

Huys e.a. (2011) onderzoeken het verband tussen stamcelregulering en technologische activiteit op het gebied van stamcelonderzoek.⁸⁵ Zij vergelijken met dat doel 23 landen op stamcel-octrooi activiteit over de periode 1997-2003 en de wijze waarop stamcelonderzoek in die periode wettelijk geregeld was in de betreffende landen.⁸⁶ De oorspronkelijke groep van 27 landen werd teruggebracht naar 23 omdat een aantal landen met bijzonder kleine aantallen octrooien (bijv. Tjechië) of een bijzonder kleine bevolkingsomvang (bijv. Luxemburg) “outliers” produceerden. De onderzoekers verdelen wettelijke regulering onder in 4 categorieën: 1) stamcelonderzoek gericht op menselijk klonen, 2) onderzoek gericht op therapeutisch klonen, 3) isoleren van embryonale stamcellen uit restembryo’s en 4) gebruik voor onderzoek van stamcellen van volwassenen. Bij het coderen van de regulering per land blijkt evenwel dat 1) overall verboden is en 4) overall toegestaan. Daarom worden alleen nog wetgevingsaspecten 2) en 3) onderzocht. De onderzoekers coderen dan die twee overgebleven aspecten, met behulp van juridische experts, waarbij van jaar tot jaar werd gecodeerd als volgt: 0 = verbod, 1 = geen verbod, 2 = ambigue of niet wettelijk geregeld. De afhankelijke variabele is technologische productiviteit gemeten als het aantal verleende octrooien gedeeld door het inwonertal van het betreffende land. De onafhankelijke categorale variabelen zijn de twee genoemde wetgevingsaspecten, het octrooisysteem (USPTO of EPO), het soort stamcelonderzoek dat in het octrooi centraal staat, en de

⁸³ R. Hooghiemstra en H.v. Ees, “Uniformity as response to soft law: Evidence from compliance and non-compliance with the Dutch corporate governance code”, *Regulation & Governance* 2011, p. 480 e.v.

⁸⁴ Dat wil zeggen: de coëfficiënt is hier -0,26: hoe groter de onderneming, hoe minder afwijkingen van de Code men in het jaarverslag zal aantreffen (bij toename grootte met 1 valt een daling van 0,26 aan afwijkingen van de Code te verwachten). De P-waarde is een uitdrukking van de waarschijnlijkheid dat een vergelijkbaar meetresultaat wederom verkregen zal worden onder de assumptie dat de nulhypothese (hier: er is *geen* verband tussen de grootte van de onderneming en afwijkingen van de Code) correct is. Die waarschijnlijkheid is kleiner dan 1 op 1000 (0,001) en dat maakt dat men van statistisch significant verband uit de meetresultaten mag spreken.

⁸⁵ I. Huys *et al.*, “The Impact of Legislative Framework Conditions on the Development of Stem Cell Technology: Assessment of National Innovation Systems”, *Biotechnology Law Report* 2011, p. 191 e.v.

⁸⁶ Uit eerder onderzoek was al gebleken dat het meten van octrooieringsactiviteit een betrouwbare “proxy” is voor technologische productiviteit en innovatie. Vgl. Z. Griliches, “Patent Statistics as Economic Indicators: A Survey”, *Journal of Economic Literature* 1990, p. 1661 e.v.

status van het octrooi (aanvraag/toegewezen). Met de ANCOVA methode wordt vervolgens covariantie gemeten tussen onafhankelijke variabelen en afhankelijke variabele. Om te voorkomen dat eigenlijk de invloed van een andere variabele – namelijk de mate van overheidsinvestering in onderzoek en technologische ontwikkeling – wordt gemeten, wordt die overheidsinvestering per land als controlevariabele ingevoerd. De uitkomsten tonen als verwacht verband tussen de reguleringskeuzes en productiviteit: de landen die isolatie van restembryo's toestaan (categorie 3), laten als gevolg daarvan een 2,5 tot 3 maal zo grote technologische productiviteit zien in vergelijking met landen die zulks niet toestaan. Het verband voor therapeutisch klonen (categorie 2) is ook significant, maar het verschil is wel minder groot (15-20%).

C. DE EMPIRISCHE CYCLUS

52. In de sociale wetenschappen wordt wetenschappelijk onderzoek gezien als een cyclus die begint met het waarnemen van *feiten* (observaties) en het uit die feiten afleiden van regelmatigheden en wetmatigheden. Dit afleiden is *inductief*: uit de waarnemingen redeneert de onderzoeker – met de nodige voorkennis en voorgevoel – naar een theorie. Uit die theorie kunnen deductief hypothesen (veronderstellingen) worden geformuleerd die vervolgens toetsbaar zijn. Na toetsing worden hypothesen verworpen of bevestigd. En die evaluatie geeft weer aanleiding tot nieuwe vragen. Een theorie is in de sociale wetenschappen een samenhangend stelsel van uitspraken waarmee empirische wetmatigheden beschreven, verklaard en/of voorspeld kunnen worden (deductief-nomologisch model).

53. Wetmatigheden kunnen we associëren met meerdere waarnemingen. Stel dat een rechtshistoricus de volgende vraagstelling overweegt: “wat veroorzaakte de plotselinge verruiming van de interpretatie van artikel 1401 BW in het arrest Lindenbaum/Cohen?”. Deze vraagstelling ziet op een specifieke gebeurtenis die zich al heeft voorgedaan en zich nadien niet meer heeft voorgedaan. Dat maakt het een studie naar één casus, één waarneming (small-N onderzoek; N=1 onderzoek; case study), en dus zijn de uitkomsten van een dergelijke studie beperkt generaliseerbaar.⁸⁷ Als de onderzoeker na uitvoering van deze *case study* “Lindenbaum/Cohen” de focus verbreedt en bijvoorbeeld de vraag stelt: “wat veroorzaakt plotseling optredende veranderingen in opvattingen in de rechtspraak van de Hoge Raad?”, dan gaat hij ruimer op zoek naar *wetmatigheden*.

54. Bij de zogeheten empirische cyclus vangt men aan met een kennisprobleem dat geëxploreerd moet worden.⁸⁸ Vanuit observatie gaat de onderzoeker naar inductie, vervolgens van theorieformulering naar deductie, toetsing en evaluatie.⁸⁹ Al in de observatiefase worden abstracties gemaakt (constructs) en selecties, zodat informatieve kennis ontstaat. De inductie van de waargenomen verschijnselen leidt naar een “exploratieve hypothese”, een begin van een algemene uitspraak over verbanden en dus naar het formuleren van een wetmatigheid. Door die hypothese te toetsen komt men uiteindelijk tot theorievorming en kan men vanuit de theorie vervolghypothesen deduceren (en weer toetsen).

Als ons door ongestructureerde waarneming bijvoorbeeld opvalt dat bij civiele appelprocedures appellanten vaker ondernemingen lijken te zijn dan individuen, dan zouden we op inductieve wijze uit deze waarnemingen bijvoorbeeld een hypothese kunnen formuleren van het volgende type: natuurlijke personen komen minder vaak in appel van een verloren rechtbankprocedure dan ondernemingen (1). Deze hypothese is een beschrijvende hypothese. Als we de hypothese empirisch toetsen, zal de uitkomst een zuiver numerieke

⁸⁷ Vgl. J. Mahoney *et al.*, “The Logic of Historical Explanation in the Social Sciences”, *Comparative Political Studies* 2009, p. 114 e.v.

⁸⁸ A.D. De Groot, *Methodologie - Grondslagen van onderzoek en denken in de gedragswetenschappen*, Den Haag, Mouton, 1961, 424 p.

⁸⁹ P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005, p. 21 e.v.

uitkomst zijn (bijv. appellanten in percentages onderverdeeld) en daarmee hebben we wetenschappelijke kennis vergroot. Maar de sociaalwetenschapper zal niet het gevoel hebben dat hiermee het kennisprobleem is opgelost. De uitkomst zegt wel iets maar lang niet alles. Als we bijvoorbeeld na toetsing van de hypothese door waarneming weten dat van 500 ondernemingen die in eerste aanleg in het ongelijk gesteld zijn, er 30 in appel gaan (6 %), en van 500 natuurlijke personen slechts 15 (3 %), dan weten we namelijk nog niet wat het verschil verklaart.

55. Observaties vragen om verklaring. Waarom zijn de data zoals ze zijn? Wat verklaart verschillen? Zodoende valt onderzoek naar de werkelijkheid vaak uiteen in een beschrijvende en een verklarende analyse. De werkelijkheid bestaat aldus beschouwd uit feiten en verbanden.

56. Als we bij het tellen er toevallig achter komen dat bij de 30 ondernemingen die in appel gingen, het geldelijk belang *hoog* was en bij de 15 natuurlijke personen het geldelijk belang *laag*, dan kan dat een onverwachte uitkomst zijn! Een onverwachte uitkomst noemen we *contra-intuïtief*. Kennelijk hebben we een andersluidende, maar onuitgesproken veronderstelling (*hypothese*) over procesgedrag. Het kan zijn dat we hadden verwacht dat uitsluitend of voornamelijk in de zaken met een hoog geldelijk belang geappelleerd zou worden. In dat geval hebben we, als we 6 % en 3% zouden vinden, getallen verzameld die om nadere verklaring vragen. En we komen er dan dus ook achter dat we onuitgesproken ideeën hadden over welk gedrag van ondernemingen en natuurlijke personen te verwachten valt in deze context.

57. Na exploratieve en beschrijvende hypothesen is dus iets meer nodig, te weten een *theorie* waaruit op deductieve wijze verklarende (inferentiële) hypothesen worden geformuleerd. Een simpele overkoepelende theorie over gedrag van procespartijen kan bijvoorbeeld zijn dat zij hun procesgedrag op rationele wijze laten leiden door financiële overwegingen. Concreet kan de deeltheorie dan bijvoorbeeld luiden: *partijen die in eerste aanleg in het ongelijk gesteld worden, zullen alleen in appel gaan als de te verwachten financiële baten groter zijn dan te verwachten financiële kosten van appel*. Op basis van deze simpele theorie over menselijk beslissingsgedrag, kan men deductief het volgende syllogistische hypothesemodel formuleren:

(2) Het al dan niet instellen van appel in civiele zaken covarieert met het geldelijke belang van de zaak	Majorpremissie (uit theorie gededuceerd)
(3) Het financieel belang bij zaken waarin ondernemingen in eerste aanleg in het ongelijk gesteld worden, is veelal groter dan bij zaken waarin natuurlijke personen in het ongelijk gesteld worden	Minorpremissie (door waarneming te toetsen hypothese)
(4) Te verwachten valt dat ondernemingen vaker in appel gaan dan natuurlijke personen	conclusie

De verwachting die hier wordt geformuleerd, is dat als we de zaken van 500 natuurlijke personen vergelijken met de zaken van de 500 ondernemers, bij die laatste groep het geldelijk belang van de zaken gemiddeld hoger was dan bij de eerste groep, en dat de gemiddelde bedragen in de dossiers van de 30 resp. 15 appellanten eerder hoger dan lager waren. Die veronderstellingen kunnen we door waarneming toetsen. En als dan blijkt dat onze hypothese onjuist is – bijvoorbeeld omdat bij de 30 ondernemers die in appel gingen, het geldelijk belang *hoog* was en bij de 15 natuurlijke personen het geldelijk belang *aanmerkelijk lager* (die uitkomst hadden we niet verwacht!) – dan beginnen we weer overnieuw met de cyclus.

58. De empirische cyclus is overigens een *model* van empirisch onderzoek. In werkelijkheid gaat het er niet altijd zo netjes aan toe (en in de volgorde zoals hier gepresenteerd).⁹⁰ Zolang de empiricus rekenschap kan afleggen van de gemaakte stappen in het onderzoeksproces, is dat geen bezwaar. De cyclus toont ook dat ongestructureerde waarneming met intuïtieve en impliciete theorie als raamwerk een belangrijk onderdeel van de cyclus uitmaakt. Gestructureerde dataverzameling geschiedt echter idealiter aan de hand van hypotheses. Vermelding verdient nog dat binnen de empirische methodologie in dat verband soms als vereiste wordt geformuleerd – bijvoorbeeld met het oog op statistische toetsing – dat voor verklarende en voorspellende hypotheses twee versies geformuleerd worden: de nulhypothese en de alternatieve hypothese. De *nulhypothese* (null hypothesis; basisveronderstelling, H_0) blijft gehandhaafd tenzij er voldoende bewijs is voor de alternatieve hypothese. Veelal is de nulhypothese negatief: “er is geen verband, effect of verschil”. De *alternatieve* hypothese (H_1) postuleert dat de nulhypothese verworpen moet worden. Als het bewijs de alternatieve hypothese ondersteunt, is deze dus bevestigd door het onderzoek.

Denk aan een bivariate regressie-analyse waarbij de nulhypothese is dat alcoholconsumptie (=de onafhankelijke variabele) de rijvaardigheid (= de afhankelijke variabele) niet beïnvloedt en waarbij de alternatieve hypothese is dat alcoholconsumptie de rijvaardigheid wél beïnvloedt. Na formulering van de hypothese, wordt het empirisch onderzoek (experiment) opgezet. Daarbij wordt een experimentele groep en een controlegroep gevormd. De eerste groep krijgt alcohol te drinken, de tweede een placebo. Vervolgens worden alcoholpromillages gemeten en het rijvaardigheidsexperiment uitgevoerd en worden de waarnemingen met statistische analyse bewerkt. De uitkomst van het onderzoek kan zijn dat de alternatieve hypothese bevestigd wordt en de nulhypothese niet bevestigd.

Een ander voorbeeld is psychologisch onderzoek van Rachlinski en Guthrie (nog ongepubliceerd). Onderzocht werd door middel van een experimentele survey welk effect het aanbieden van excuses door schadeveroorzakers had op het oordeel van de proefpersoon over de strafwaardigheid van de schadeveroorzaker. De ene groep kreeg een casus met, de andere zonder de excuses-variabele voorgelegd. In veel gevallen bleken de experimentele groep en de controlegroep weinig uiteenlopende oordelen te vellen over strafwaardigheid. De nulhypothese (“er is geen verband tussen het aanbieden van excuses en het oordeel over strafwaardigheid”) werd in die experimenten in zoverre dus bevestigd.⁹¹

D. KWALITATIEF EN KWANTITATIEF ONDERZOEK

59. Als laatste onderdeel van deze paragraaf over empirisch onderzoek volgen hier nog enkele opmerkingen over het verschil tussen kwalitatief onderzoek en kwantitatief onderzoek. Dit zijn twee uitersten van een spectrum.⁹² Aan de ene kant van het spectrum staat het op open en flexibele wijze verzamelen van data door bijvoorbeeld ongestructureerde interviews en observatieonderzoek, aan de andere kant is er de nadruk op volledig voorgestructureerde experimentele methode met perfecte isolatie van variabelen en statistische analyse van harde

⁹⁰ Vgl. H.F.M. Crombag *et al.*, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen, HD Tjeenk Willink, 1977, p. 16-17.

⁹¹ Dat is het soort uitkomst waar empirici niet op zitten te wachten: dat soort uitkomsten krijgt men niet snel gepubliceerd hoewel het voor de wetenschap een even zo relevante kennisvermeerdering kan zijn als onderzoek dat wél significant verband vindt. Gelukkig is er tegenwoordig de *Journal of Articles in Support of the Null Hypothesis*. Daarin wordt onderzoek opgenomen dat niet met voldoende significantie de nulhypothese heeft weten te weerleggen. Ik vrees alleen dat het tijdschrift geen impactfactor heeft (of lezers).

⁹² P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005, p. 341.

cijfers. Een gemengde methode zit tussen de twee uitersten in, waarbij door gecombineerd gebruik van kwalitatieve en kwantitatieve methoden *triangulatie* plaatsvindt.⁹³

Kwalitatief onderzoek wordt vaak in verband gebracht met de sociale wetenschappen waarbij mensen centraal staan en kwantitatief onderzoek met de meer exacte wetenschappen. Maar in een goed deel van de sociale wetenschappen is kwantitatief onderzoek heel gebruikelijk. Dus het onderscheid tussen kwalitatief en kwantitatief onderzoek is in de praktijk minder scherp dan in theorie. Misschien is per saldo het meest opvallende onderscheid dat bij kwantitatief onderzoek wordt gepoogd om de onderzoeksdata in numerieke waarden uit te drukken om zo een statistische bewerking mogelijk te maken.

60. Kwantitatieve methode wordt vaak in verband gebracht met statistieken. Maar statistieken komen in verschillende vormen voor. Met name het onderscheid tussen beschrijvende en inferentiële statistiek is hier van belang. In een recente studie wordt bijvoorbeeld onderzocht welke attitudes rechters hebben tegenover Europees (privaat)recht.⁹⁴ De onderzoekers hanteren een *mixed approach* waarbij zowel een enquête als interviews worden georganiseerd. Ze verspreiden een online-enquête onder rechters in twee landen. De relevante populatie in het ene land is 1900 personen, in het andere land 900. 103 (10%) resp. 127 (32%) rechters reageren. Met de antwoorden uit de items kan van deze respondenten op geaggregeerd niveau weergegeven hoe ze geantwoord hebben, wat de spreiding van de antwoorden was, etcetera. Dat is beschrijvende statistiek. Inferentieel wordt de statistiek als men uit de antwoorden ook met enige mate van zekerheid uitspraken wil doen over verbanden tussen gegeven antwoorden (bijv. correlatie van variabelen) en/of over de generaliseerbaarheid van de gevonden resultaten naar de relevante populatie in algemene zin. De onderzoekers kiezen niet voor de inferentiële statistiek maar slechts voor de beschrijvende statistiek.

61. Kwalitatief onderzoek is wat dit betreft kwetsbaar want het scoort niet maximaal op herhaalbaarheid (en dus betrouwbaarheid) en op validiteit (generaliseerbaarheid) en er is ruimte voor interpretatie en dus meetfouten.⁹⁵ Maar kwalitatief onderzoek kan anderzijds een rijke schakering van de werkelijkheid tonen die verloren gaat bij modellering voor kwantitatief onderzoek.

62. Binnen de onderverdeling kwalitatief / kwantitatief onderzoek zijn er nog tal van verfijningen die hier niet behandeld worden. In kwalitatief onderzoek is “*grounded theory*” een stroming voor (m.n.) exploratieve hypothesevorming. De *grounded theory* (gefundeerde theorie) is een van de methodologieën binnen kwalitatief onderzoek. Ze heeft een inductief karakter, waarbij de waarnemingen tot conceptvorming en theorievorming (moeten) leiden en niet andersom.⁹⁶ Daarbij wordt aan de hand van de probleemstelling bij wijze van iteratief proces gezocht naar *sensitizing concepts* (richtinggevend begrippen). Iteratief onderzoek is hier het herhalen van het onderzoeksproces totdat een betrouwbaar antwoord op de onderzoeksvragen ontstaat, waarbij constante vergelijking tot grotere betrouwbaarheid van de gevonden resultaten leidt.⁹⁷

⁹³ Over triangulatie bijv. R.M. Lawless *et al.*, *Empirical Methods in Law*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p. 46 e.v.

⁹⁴ T. Nowak *et al.*, *National Judges as European Union Judges – Knowledge, Experiences and Attitudes of Lower Court Judges in Germany and the Netherlands*, Den Haag, BJu Eleven, 2011, 160 p.

⁹⁵ Vgl. L. Webley, “Qualitative approaches to empirical legal research” in P. Cane en H.M. Kritzer (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, OUP, 2010, p. 935 e.v. Overigens liggen meetfouten bij kwantitatief sociaal-wetenschappelijk onderzoek ook op de loer, bijvoorbeeld bij het coderen, maar zeker ook bij het operationaliseren van de onderzoeksvraag.

⁹⁶ Vgl. J.W. Creswell, *Research design: qualitative, quantitative, and mixed method approaches*, Thousand Oaks, Calif. Sage Publications, 2003, p. 131 e.v.; L. Webley, “Qualitative approaches to empirical legal research” in P. Cane en H.M. Kritzer (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, OUP, 2010, p. 943-945.

⁹⁷ Zie nader J.M. Corbin en A.L. Strauss, *Basics of qualitative research: techniques and procedures for developing grounded theory*, Los Angeles, Calif.: Sage Publications, 2008, 336 p.; B.G. Glaser en A.L. Strauss, *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for qualitative research*, New Brunswick, Aldine 1967/2009; K.

63. Toch heeft men zowel kwantitatief als kwalitatief onderzoek nodig in een op menselijk denken, beslissen en handelen gerichte onderzoekdiscipline als de privaatrechtswetenschap. Kwalitatief onderzoek kan vaak uitkomsten genereren die kwantitatief onderzoek niet kan realiseren – en andersom. Waar nog weinig onderzoek is gedaan en toetsing via kwantitatief onderzoek nog een stap te ver lijkt, kan bijvoorbeeld stapsgewijs theorievorming via kwalitatief onderzoek plaatsvinden (explorerend onderzoek) om vervolgens met kwantitatief onderzoek verdere toetsing van de aldus gevormde theorieën mogelijk te maken (toetsend onderzoek).⁹⁸ Of omgekeerd: men kan de uit kwantitatief onderzoek gevonden samenhang verder betekenis geven met kwalitatief onderzoek.

Het geschamper van sommige kwantitatieve empirici over kwalitatief onderzoek (“anecdotes zijn onbetrouwbare waarnemingen”) is dus misplaatst.⁹⁹ In sociaalwetenschappelijk onderzoek, waar het gaat om mensen, is kwalitatief onderzoek onmisbaar. Het gaat er bij het kiezen van een methode om de “zuinigste” weg te kiezen (een zo eenvoudig mogelijke waarneming van een minimaal aantal variabelen teneinde een maximaal betrouwbaar, valide en generaliseerbaar resultaat te behalen). En kwalitatief onderzoek is daarbij hard nodig.¹⁰⁰

64. Ik geef hier een voorbeeld van onderzoek waarbij de te volgen methode goed overdacht moet worden. Denk aan een onderzoeksvraag of in civiele zaken in eerste aanleg eisers vaker in het gelijk worden gesteld indien een enkelvoudige rechter rechtspreekt, vergeleken met vonnissen door meervoudige kamers. De uitsprakendataset die men hier voor nodig heeft is redelijk eenvoudig samen te stellen, de variabelen te kiezen, te coderen en met beschrijvende statistieken te analyseren. Of het interessante uitkomsten oplevert, is een andere vraag. Stel dat deze onderzoeksfase toont dat eisers vaker gelijk krijgen van enkelvoudige rechters dan van meervoudige kamers, dan is de vervolgvraag uiteraard: hoe is dat verschil te verklaren? Wellicht zijn er verschillende verklarende vervolghypothesen op te stellen, maar of die ook op eenvoudige wijze kwantitatief te toetsen zijn, is minder zeker. Laten we aannemen dat het in werkelijkheid de beleidsregels van het gerechtshof zijn die bepalen welke zaken enkelvoudig en meervoudig afgedaan worden en dat het beleid is dat “eenvoudige zaken” naar een enkelvoudige rechter gaan. Men kan dan speculeren dat er in de toepassing van dat beleid verband is tussen “eenvoudige zaken” en zaken waarin de eiser vaker gelijk krijgt. De vervolghypothese kan dan zijn dat de toewijzingsregels enkelvoudig/meervoudig ertoe leiden dat de zaken waarbij het gelijk aan de zijde van de eiser ligt, aan enkelvoudig samengestelde kamers toegedeeld worden. Een precieze, kwantitatieve manier om die hypothese te onderzoeken zou een volgende kunnen zijn. Men zou kunnen werken met blinde codering van een aselechte steekproef van een x-aantal dossiers: men laat twee ervaren juristen (bijv. twee personen die dat werk al doen op een rechtbank) onafhankelijk van elkaar een x-aantal dossiers coderen, zodat alle dossiers op basis van toewijzingsregels enkelvoudig/meervoudig tot dichotome variabele “enkelvoudig” of “meervoudig” worden teruggebracht. Vervolgens laat men dezelfde dossiers door een tweetal ervaren rechters – zonder ze de informatie te geven over de eerdere codering enkelvoudig/meervoudig – scoren op variabelen “eenvoudige zaak” / “niet eenvoudige zaak” en “het gelijk ligt duidelijker aan de zijde van de eiser” / “het gelijk ligt niet duidelijk aan de zijde van de eiser”. Als vervolgens covariantie blijkt te bestaan tussen variabelen “enkelvoudig”, “eenvoudige zaak” en “het gelijk ligt duidelijker aan de zijde van de

Charmaz, *Constructing Grounded Theory - A Practical Guide Through Qualitative Analysis*, Los Angeles, Sage, 2006, 224 p. Ook kan gewezen worden op verfijningen binnen kwantitatieve methode, zoals de “fuzzy-set” methode, waarover C.C. Ragin, *Fuzzy-set Social Science*, Chicago, U. Chicago Press, 2000, 370 p.

⁹⁸ Overigens wordt kwalitatief onderzoek tegenwoordig zeker niet door iedereen als de “laatste optie” beschouwd. De scholienstrijd daarover laat ik voor wat ze is.

⁹⁹ Dit is goed in kaart gebracht door de Tilburgse econoom Hagenaars, die waarschuwt tegen verheerlijking van de kwantitatieve methode in sociaalwetenschappelijk onderzoek. Zie J.A. Hagenaars, *De weggecijferde mens?*, Tilburg, Universiteit van Tilburg, 2003, 27 p.

¹⁰⁰ Het onderscheid tussen kwalitatief en kwantitatief kan bovendien gradueel zijn. Een enquête afgenomen onder 2000 aselechte respondenten is waarschijnlijk kwantitatief van opzet, terwijl als de enquête bij twee personen afgenomen wordt zeer waarschijnlijk sprake is van kwalitatief onderzoek. Die twee personen zijn dan misschien experts zodat er slechts twee waarnemingen mogelijk zijn en dus juist geen aselechte steekproef nagestreefd werd.

eiser” dan ondersteunt dat bewijs de hypothese. Men kan vervolgens, om de methode te valideren, controleren hoe de dossiers in werkelijkheid zijn toegewezen en beslist. In dit voorbeeld wordt overigens ook duidelijk dat ook bij kwantitatief onderzoek veel interpretatie en constructie nodig is. Bij een kwalitatief onderzoek dat een semi-gestructureerd interview als methode gebruikt, moeten de gegeven antwoorden geïnterpreteerd worden, maar in ons voorbeeld geldt hetzelfde voor de keuze voor variabelen en coderingswerkzaamheden.¹⁰¹ Ook in die fase spelen interpretatie en het maken van keuzes een rol.¹⁰²

65. Er zijn twee bezwaren aan het kiezen van deze kwantitatieve weg. Het eerste bezwaar is van praktische aard: hoe uitvoerbaar is dit onderzoek? Gaat het gerechtsbestuur hier medewerking aan verlenen (privacy en reputatie issues; kostbare uren van juristen en rechters)? Hoe lang gaat het duren? Het tweede bezwaar is van fundamentele aard: kan dit onderzoek niet eenvoudiger worden opgezet? Die vraag klemmt temeer gezien het feit dat de hypothese die ermee onderzocht wordt, geen verklarend mechanisme zal tonen: het beantwoordt niet de écht interessante vraag: wat verklaart het verband tussen een selectiecriteria “eenvoudig” en de grotere winstkans van eisers? In theorie is deze kwantitatieve weg wel dus begaanbaar, maar de onderzoeker doet er verstandiger aan om eerst *aanvullend kwalitatief* onderzoek te verrichten, bijvoorbeeld in de vorm van interviews met rechters en het gerechtsbestuur, om mogelijke verklaringen van dit verband op het netvlies te krijgen voordat hij vol op het “kwantitatieve orgel” gaat.

66. Ook als men in een bepaalde onderzoeksopzet alleen zou kiezen voor kwantitatief onderzoek, dan kan een combinatie van verschillende methoden aangewezen zijn. Als men een experiment opzet waarbij de invloed van één oorzaakvariabele gemeten wordt, terwijl men weet dat die variabele in werkelijkheid zelden of nooit in isolatie voorkomt, dan kan men wellicht overwegen om een gecompliceerd experiment uit te voeren waarin meer dan één oorzaakvariabele wordt gebruikt. Denkbaar is ook dat men met een enquête aanvangt om vervolgens verdieping aan te brengen met een experimentele opzet. Veel zal in dit verband afhangen van de onderzoeksvragen.

67. Stel dat een onderzoeker wil weten welke factoren voor een consument relevant zijn bij de keuze om al dan niet “in te stappen” op de Common European Sales Law (CESL). Dit zogeheten “optionele instrument” is een kant-en-klaar wetboek voor veelvoorkomende grensoverschrijdende consumententransacties (bijv. een internetaankoop bij Amazon) dat pas van toepassing wordt als een ondernemer de toepasselijkheid aanbiedt aan de consument en deze daar expliciet mee instemt. Bij het verkrijgen van die instemming geldt als vereiste dat de ondernemer een gestandaardiseerde tekst aan de consument geeft zodat deze informatie krijgt over de gevolgen van de “opt in” keuze. Het ontwerpen van deze standaardtekst is belangrijk want de tekst – de manier waarop deze is samengesteld, de informatie die deze behelst en de informatie die weggelaten wordt – kan de consument wellicht

¹⁰¹ Variabelen worden gecodeerd om meting te vergemakkelijken, bijvoorbeeld als een *survey* met gesloten vragen werkt met vooraf vastgestelde antwoordcategorieën zijn de antwoorden dus te precoderen (man = 1, vrouw = 0). Bij kwalitatief onderzoek vindt overigens ook codering plaats maar de wijze waarop en de gestrengheid waarmee kan variëren. Het moment waarop codering plaatsvindt, wijkt ook af. Zie nader J.M. Corbin en A.L. Strauss, *Basics of qualitative research: techniques and procedures for developing grounded theory*, Los Angeles, Calif.: Sage Publications, 2008, p. 163 e.v.

¹⁰² Een voorbeeld van hoe lastig dat keuzeproces is, biedt G. Van Dijck *et al.*, “Wat doen juridische onderzoekers? Een empirische blik”, *Recht der Werkelijkheid* 2010, p. 44 e.v. De auteurs onderzoeken drie “onderzoeksstijlen” in juridische dissertaties om te bezien of bepaalde stijlen significant vaker voorkomen in “klassieke rechtsgebieden” zoals privaatrecht, strafrecht etc. dan in “niet-klassieke rechtsgebieden”. Maar de onderzoekers hebben geen scherpe afbakening gemaakt van wat zij als “rechtsgebied” zien en onduidelijk blijft hoe zij een bepaalde dissertatie in dat vakgebied hebben geplaatst. Zo plaatsen de onderzoekers bijvoorbeeld criminologie, rechtshistorie, rechtseconomie en -sociologie in de groep “niet-klassieke rechtsgebieden”, terwijl dit geen rechtsgebieden (object) maar een wijze van bestudering van recht (methode) betreft. Hun variabele “rechtsgebied” lijkt dus per saldo veeleer op een onderverdeling in *vakgroepen* en *secties*, of misschien in positiefrechtelijke gebieden (object) tegenover meta-juridica of paradigmatisch onderverdeelde wetenschapstakken (methode).

beïnvloeden. Zou men willen weten wat voor consumenten relevante informatie is (bijv. : binnen hoeveel tijd kan ik retourneren? waar kan ik terecht met klachten?), dan zou een brede enquête een inventarisatie moeten kunnen opleveren. Vervolgens zou men kunnen overwegen om een experiment uit te voeren om te zien wat de invloed is van het geven/weglaten van die relevante informatie en wellicht ook variatie in *presentatie* van informatie.

E. OVERZICHT VAN VERSCHILLENDE METHODEN

68. Kwantitatieve en kwalitatieve onderzoeksmethoden hebben alle voor- en nadelen, zoveel moet nu wel duidelijk zijn. Bij wijze van overzicht volgt hier een tabel waarin de mogelijkheden en beperkingen van een aantal empirische methoden voor privaatrechtswetenschappelijk onderzoek op een rij zijn gezet.

Enquête (survey)

Voorbeeld gebruik

- inzicht verkrijgen in kennis of opvattingen over normen en waarden (veelal kwantitatief)¹⁰³
- opinies peilen: wat vinden slachtoffers belangrijk: geld, erkenning en genoegdoening, voorkoming van herhaling? Dat kunnen we vragen.¹⁰⁴
- economisch onderzoek naar bereidheid om te betalen voor bepaalde goederen waarvoor geen markt bestaat (bijv. schoon milieu). Enquêtes die vragen stellen waar met geldbedragen geantwoord moet worden (Contingent valuation method(CVM), gebruikmakend van Stated preference (Willingness to Pay WTP en Willingness to Accept WTA) vs. revealed preference)

Voordelen / wanneer te gebruiken?

- Doel is het verzamelen van informatie uit mededelingen van ondervraagde personen. Indien juist uitgevoerd is statistische analyse mogelijk. Gestructureerde en systematische dataverzameling verzamelt opinies, attitudes, gevoelens, gedachten, kennis, intenties en omstandigheden

Beperkingen

- Geen meting van gedrag
- Betrouwbaarheid, validiteit (sociaal wenselijke antwoorden, verschil tussen wat mensen zeggen te doen en werkelijk gedrag, selectief geheugen, invloed “biases”)
- underreporting en overreporting (maatschappelijk wenselijke antwoorden) kunnen bijv. de meting van achterliggend gedrag onbetrouwbaar maken.¹⁰⁵
- non-respons en non-respons bias kunnen hardnekkige spelbreker zijn¹⁰⁶

Interview

Voorbeeld gebruik

¹⁰³ Voorbeeld: W.H. van Boom *et al.*, “Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels - virtuele werkelijkheid?”, *NTBR* 2010, p. 36 e.v.

¹⁰⁴ Zie het overzicht bij A.J.J.G. Schijns, “Het ombudsmanrapport “Behoorlijk omgaan met schadeclaims” in het licht van de behoeften van slachtoffers van rampen”, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2010, p. 24 e.v.

¹⁰⁵ Vgl. R.M. Lawless *et al.*, *Empirical Methods in Law*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p. 76 e.v.

¹⁰⁶ P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005, p. 273 e.v.

- Vbl. rechtssociologisch onderzoek naar ervaringen van letselschadeslachtoffers met het aansprakelijkheidsrecht ¹⁰⁷
- Vbl. rechtssociologisch onderzoek naar opkomst claimcultuur bij asbestschade¹⁰⁸ (veelal kwalitatief)

Voordelen / wanneer te gebruiken?

- Verzamelt opinies, attitudes, gevoelens, gedachten, kennis, intenties en omstandigheden
- Voor exploratief onderzoek ter vorming van hypothesen en voor “narratieve” positieve analyse goed geschikt

Beperkingen

- Wenselijke antwoorden
- Open interview is ongestructureerde dataverzameling (hooguit topic-lijst)
- Een gesloten interview is eigenlijk een enquête die mondeling wordt afgenomen (dwangbuis)
- Een semi-gestructureerd interview zit tussen beide vormen in

Observatie

Voorbeeld gebruik

- Vbl. etnografische studie van gedrag partijen in civiele rechtszitting¹⁰⁹

Voordelen / wanneer te gebruiken?

- Meet gedrag

Beperkingen

- Geen meting van intenties

“lab” experiment

Voorbeeld gebruik

- Vbl. speltheoretisch experiment om invloed proceskosten-veroordelingsregel op procedeedrag te meten (kwantitatief)

Voordelen / wanneer te gebruiken?

- Systematische waarneming in een gecontroleerde situatie onder voorwaarden die door de onderzoeker zijn vastgesteld, en waarbij bepaalde variabelen worden gemanipuleerd. Bijv. in een gecontroleerde (lab)situatie wordt een aselekt deel van de proefpersonen aan een variabele blootgesteld terwijl het andere deel er niet aan wordt blootgesteld.¹¹⁰
- Het experiment geschiedt door middel van dataverzameling door observatie, interview, vragenlijst of test (of een combinatie daarvan).

¹⁰⁷ S.D. Lindenbergh, “Vier kinderen en hun lotgevallen in het aansprakelijkheidsrecht”, *NJB* 2009, p. 2670 e.v.

¹⁰⁸ Bijv. M.G.P. Peeters, *Compensatie en erkenning voor werknemers met asbestziekten tussen 1978 en 2005* (diss. EUR), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2007, 303 p.

¹⁰⁹ Dit was een deel van het onderzoek van J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg), Deventer, Kluwer, 2010, 293 p.

¹¹⁰ R.M. Lawless *et al.*, *Empirical Methods in Law*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p. 93 e.v. Vgl. B.N. Moore en R. Parker, *Critical Thinking*, Boston, McGraw-Hill, 2007, p. 400 e.v.; L. Epstein en A.D. Martin, “Quantitative approaches to empirical legal research” in P. Cane en H.M. Kritzer (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, OUP, 2010, p. 903.

- Voordeel: zeer geschikt om variabelen te isoleren zodat heel precies gemeten kan worden

Beperkingen

- Externe validiteit staat onder druk, juist omdat variabelen geïsoleerd worden. Daarom mist een experiment de context die in werkelijkheid wel bestaat en dus kan het experiment juist daarom minder generaliseerbare uitkomsten opleveren;¹¹¹ zo kan bij een evaluatiestudie door middel van een experiment een bepaald neveneffect uitblijven dat zich in werkelijkheid wel voordoet.¹¹²
- Gebruik van controlegroep met blinde toewijzing (random controlled trial; gerandomiseerd onderzoek met controlegroep) vergroot de betrouwbaarheid

Economische data

Voorbeeld gebruik

- Vbl. gebruik groeicijfers van economie in rechtseconomisch onderzoek naar invloed corporate governance op groei (kwantitatief)

Voordelen / wanneer te gebruiken?

- Geschikt om geaggregeerd marktgedrag in kaart te brengen en oorzaakvariabelen
- Relatief goede beschikbaarheid door openbare databanken

Beperkingen

- Vanwege het geaggregeerde niveau van de data kan scherpte ontbreken en is niet altijd zeker of het juiste gemeten wordt

Survey experimen

Voorbeeld gebruik

- Vbl. rechtspsychologisch onderzoek naar invloed framing effects, biases, heuristics (kwantitatief)¹¹³

Voordelen / wanneer te gebruiken?

-

Beperkingen

Case study

Voorbeeld gebruik

- Vbl. exploratief onderzoek naar werking van private zelfregulering in een bepaald domein¹¹⁴
- Veel onderzoek begint met een case; medische wetenschap en rechtswetenschap zijn van oudsher casusgerichte wetenschappen. Maar hoewel casestudy grote diepgang kan hebben, blijft N=1. Dus scoort casestudy slecht op de schaal van probabilisme: kan

¹¹¹ Een “zuiver experiment” in de werkelijkheid uitvoeren is vrijwel altijd ondoenlijk, vandaar dat vaak naar alternatieven wordt gegrepen. L. Epstein en A.D. Martin, “Quantitative approaches to empirical legal research” in P. Cane en H.M. Kritzer (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, OUP, 2010, p. 904; P.G. Swanborn, *Evalueren*, Den Haag, Boom, 2007, p. 255.

¹¹² P.G. Swanborn, *Evalueren*, Den Haag, Boom, 2007, p. 260 e.v.

¹¹³ Het werk van J. Rachlinski is hier exemplarisch. Zie een overzicht bij J.J. Rachlinski, “How Judges Make Decisions” in R.W.M. Giard (red.), *Judicial decision making in civil law - determinants, dynamics, and delusions*, De Haag, Eleven 2012, p. 87 e.v.

¹¹⁴ Een voorbeeld biedt: W.H. van Boom *et al.*, *Handelspraktijken, reclame en zelfregulering – Pilotstudy Maatschappelijke Reguleringsinstrumenten (WODC Rapport 1535)*, Den Haag, BJu, 2009.

men met enige validiteit correlaties of causaal verband aantonen?¹¹⁵ Is de casus een voorbeeld van wetmatigheid of van uitzondering? Zo bezien krijgt de casestudy vaak een plaats toegewezen als minder valide uitwijkmogelijkheid wanneer een onderzoekszopzet met meer waarnemingen en modellering niet eenvoudig mogelijk is.

Voordelen / wanneer te gebruiken?

- gevalstudie; intensief onderzoek van een programma, gebeurtenis, activiteit, proces of één of meer individuen, waarbij verschillende manieren van dataverzameling gedurende langere tijd plaatsvindt.

Beperkingen

- Veel onderzoek begint met een case; medische wetenschap en rechtswetenschap zijn van oudsher casusgerichte wetenschappen. Maar hoewel een case study grote diepgang kan hebben, het blijft “N=1”. Dus scoort de case study slecht op generaliseerbaarheid naar een grotere populatie. Het is hachelijk om op basis van één case (of een klein aantal cases) uitspraken te doen over bijvoorbeeld correlaties of causaal verband.¹¹⁶ Zo bezien krijgt de case study vaak een plaats toegewezen als “tweede keuze” wanneer een onderzoekszopzet met meer waarnemingen en modellering niet eenvoudig mogelijk is (bijv. exploratief).

F. EEN VOORBEELD: RECHTSVERGELIJKENDE EMPIRIE

69. Ten slotte nog een voorbeeld van een juridisch onderzoeksgebied waarin men zowel kwantitatieve empirie als kwalitatieve empirie tegenkomt. Dit voorbeeld, de “rechtsvergelijkende empirie”, kan de relatieve sterktes en zwaktes van kwalitatief en kwantitatief onderzoek tonen. Om die reden sta ik er uitgebreid bij stil.

Stel dat men wil weten wat verklaart dat in bepaalde landen de hoogste rechters in civiele zaken gebruik maken van rechtsvergelijkende argumentatie door in hun uitspraken te verwijzen naar uitspraken van hoogste rechters in andere landen, terwijl dat in andere landen veel minder of in het geheel niet gebeurt. Er zijn er een aantal empirische methodes denkbaar om waarnemingen te doen die een antwoord kunnen genereren op de onderliggende vraagstelling. Elk van deze methodes heeft voor- en nadelen.

Men zou onderzoek op micro-niveau kunnen doen door vragen voor te leggen aan de personen zelve die deel uitmaken van die oppergerechten om een beeld te krijgen van de incidentie en de motieven. Doet men dit door middel van een gestructureerde vragenlijst, dan levert dat kwalitatief onderzoek op. Toepassing van deze methode zien we bijvoorbeeld bij Mak (2011).¹¹⁷ Dat is een uiterst zinvolle methode, maar zij heeft ook beperkingen. Methodologische beperkingen die zich aandienen, zijn ondermeer:

¹¹⁵ Hierover bijv. P.G. Swanborn, *Case-study's - Wat, wanneer en hoe?*, Den Haag, Boom, 2008, p. 130 e.v. Als men begrippen als correlatie en regressie reserveert voor kwantitatief onderzoek, moet overigens het gebruik van die begrippen in andere, meer kwalitatieve studies uiteraard worden vermeden. Laat men bijvoorbeeld zes verschillende rechters dezelfde zaak op comparitie behandelen, dan kan men vervolgens bezwaarlijk – zoals S. Praagman, “Comparitierechters in eenzelfde zaak vergeleken: de individuele aanpak van rechters”, *Recht der Werkelijkheid* 2011, p. 26 doet – conclusies trekken over *correlatie* tussen stijl, vaardigheden en uitkomst.

¹¹⁶ Zie de vorige noot.

¹¹⁷ E. Mak, “Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law?”, *Cambridge Law Journal* 2011, p. 420 e.v.

- Hoe komt de onderzoeker aan de respondenten? Zijn degenen die bereid zijn te spreken met de onderzoeker, een aselechte steekproef of behoren zij juist tot de groep rechters die “pro-rechtsvergelijking” zijn zodat een selectie bias optreedt?
- Zijn de gestelde vragen wel geschikt om antwoorden te genereren die echt inzicht geven in *werkelijke* motieven?
- Kan de gekozen methode wel inzicht geven in de relatieve zwaarte van de verschillende oorzaakvariabelen?
- Hoe scoort het onderzoek op betrouwbaarheid, validiteit en herhaalbaarheid?

Men zou hetzelfde kennisprobleem te lijf kunnen gaan met onderzoek op macro-niveau door databases van uitspraken van hoogste rechters te doorzoeken op relevante trefwoorden, de gevonden verwijzingen op te schonen en te coderen, om vervolgens de data af te zetten tegen een aantal andere variabelen. Met statistische regressieanalyse zou het dan theoretisch mogelijk moeten zijn om uitspraken te doen over het (probabilistisch) verband tussen de uitkomstvariabele (al dan niet verwijzen naar “vreemde rechtspraak”) en verschillende oorzaakvariabelen. Dit is kwantitatief onderzoek omdat de waarnemingen met behulp van beschrijvende statistieken geordend en met behulp van inferentiële statistieken geanalyseerd worden.

Gelter en Siems (2013) onderzoeken op deze wijze grensoverschrijdende kruisverwijzingen tussen hoogste rechters in civiele en strafzaken in een aantal Europese jurisdicties.¹¹⁸ De onderzoekers proberen de variabelen te identificeren die bepalend zijn voor (de mate van) kruisverwijzing en dus is de centrale vraag wat verklaart dat die verwijzing al dan niet plaatsvindt. De onderzoekers hebben data van een tiental hoogste rechters in civiele en strafzaken verzameld door openbare en commerciële databases op relevante trefwoorden te doorzoeken. De keuze voor de onderzochte jurisdicties is onder andere gebaseerd op beschikbaarheid en prima facie “dominante” vs. “receptieve” jurisdictie (bijv. Frankrijk vs. België, Duitsland vs. Oostenrijk, Engeland vs. Ierland).

Vervolgens werden de data gezuiverd van valse positieven, werd een nadere codering aangebracht (m.n. door te onderscheiden tussen “pure rechtsvergelijking”, verwijzingen gebaseerd op historische banden met het betreffende stelsel en verwijzingen naar interpretatie van internationale verdragen en EU-recht) en werden keuzes gemaakt om bepaalde data wel of niet binnenboord te houden.¹¹⁹

In de presentatie van hun bevindingen geven de onderzoekers allereerst een beschrijvende statistiek van kruisverwijzingen tussen tien Europese hoogste rechters. 1430 waarnemingen van kruisverwijzing worden vervolgens gerangschikt. De onderzoekers verifiëren zo de hypothese dat receptieve jurisdicties meer verwijzingen naar dominante jurisdicties kennen dan andersom.

¹¹⁸ M. Gelter en M.M. Siems, “Language, Legal Origins, and Culture before the Courts: Cross-Citations between Supreme Courts in Europe”, *Supreme Court Economic Review* 2013 (nog te verschijnen).

¹¹⁹ Opmerkelijk is dat M. Gelter en M.M. Siems, “Language, Legal Origins, and Culture before the Courts: Cross-Citations between Supreme Courts in Europe”, *Supreme Court Economic Review* 2013 (nog te verschijnen) verwijzingen van Ierse rechters naar Engelse uitspraken coderen als verwijzingen naar vreemde rechter. Voor zover de Engelse uitspraken echter overtuigende autoriteit toekomt in de wijze van rechterlijke rechtsvinding onder Ierse “common law” kan dergelijke verwijzing bezwaarlijk op één lijn worden gezet met een verwijzing door – laten we zeggen – de Engelse House of Lords naar een uitspraak van de Hoge Raad der Nederlanden (*Fairchild et al v. Glenhaven Funeral Services Ltd et al*, [2002] UKHL 22, no. 23 e.v.)

Vervolgens wordt een multivariate regressie-analyse aangevangen waarbij de kruisverwijzingen als afhankelijke variabelen aan een aantal onafhankelijke variabelen worden getoetst. Die onafhankelijke variabelen (per land) zijn onder meer: het aantal uitspraken dat de betreffende hoogste rechter jaarlijks doet, bevolkingsomvang, corruptiescores, BNP, taalgelijkheid, “legal origin”, rechtsfamilie, geografische afstand, “culturele afstand”. Voor het coderen van deze variabelen wordt gebruik gemaakt van bestaande vergelijkende bronnen. Zoals er een gangbare meting voor BNP bestaat, zijn er ook onderzoeken die bijvoorbeeld “culturele afstand” van landen tot elkaar meten. Door dergelijke secundaire bronnen te gebruiken voor de meting van waarden, is slim gebruik gemaakt van eerder werk.

Het onderzoek toont dat er nauwelijks verband bestaat tussen het absolute aantal uitspraken dat een hoogste rechter doet en het aantal verwijzingen. Maar er is wel een causerende invloed van bevolkingsomvang van het geciteerde land, laag corruptieniveau, talenkennis van het land dat vergelijkt, taalverwantschap, rechtsfamilie, vergelijkbare economische en culturele instituties. De invloed van taal en taalverwantschap blijken superieur ten opzichte van gedeelde rechtsfamilie.

70. Beperkingen van dergelijk kwantitatief onderzoek zijn ondermeer:

- Als men de attitude van rechters naar rechtsvergelijking wil kennen, terwijl in het land in kwestie een lange traditie bestaat om in rechterlijke beslissingen geen enkele verwijzing op te nemen – ook niet naar bijvoorbeeld lokale rechtsgeleerden – dan is het meten van het aantal verwijzingen (dat wil zeggen: geen enkele!) nietszeggend.
- Het tellen en vergelijken van het *aantal* uitspraken van hoogste rechters is op zichzelf in dit verband zinloos omdat de institutionele condities verschillen: een onbeperkte toegang tot de hoogste rechter na feitelijke instanties levert relatief meer uitspraken op dan een verlofstelsel.
- Bij sommige jurisdicties is er de rol van een rapporteur, advocaat-generaal of anderszins adviseur. Mogelijk bevat dat “advies” wél verwijzingen naar vreemde rechtsstelsels en de eigenlijke uitspraken van de hoogste rechter niet. Telt men deze “adviezen” wel mee, dan miskent men het verschil tussen het “advies” en de uitspraak zelve.¹²⁰
- Het gebruik van waarnemingen uit ander onderzoek als basis voor variabelen introduceert het risico dat “slecht” onderzoek van anderen doorwerkt in de eigen resultaten.

VIII. Privaatrechtswetenschap als kruispuntwetenschap

A. EEN KORTE KRUISPUNTHISTORIE

71. In hoofdstuk V kwam aan de orde dat privaatrechtswetenschap een kruispuntwetenschap is (of zou moeten zijn). Op deze plek wil ik wat langer stilstaan bij de vraag hoe civilisten in de loop der tijd in Nederland zelf dat kruispunt hebben ervaren. Want als we naar de gangbare

¹²⁰ M. Gelter en M.M. Siems, “Language, Legal Origins, and Culture before the Courts: Cross-Citations between Supreme Courts in Europe”, *Supreme Court Economic Review* 2013 (nog te verschijnen) lijdt aan dit euvel. Vgl. M. Gelter en M. Siems, “Networks, Dialogue or One-Way Traffic? An Empirical Analysis of Cross-Citations Between Ten of Europe’s Highest Courts”, 8 *Utrecht Law Rev.* 2012, p. 88 e.v.

interdisciplinariteit in rechtswetenschappelijk onderzoek in het algemeen kijken, blijkt dat er al heel veel gebeurt op het kruispunt. Denk bijvoorbeeld aan criminologie, rechtseconomie, rechtssociologie en rechtspsychologie. Geldt dat ook voor het privaatrecht? Om daar zicht op te krijgen, sta ik hier wat langer stil bij de ontwikkelingshistorie van de manier waarop in het Nederlandse privaatrechtelijke discours tegen empirisch georiënteerde disciplines als rechtssociologie en rechtspsychologie werd en wordt aangekeken.

Rechtssociologie – de sociologische bestudering van recht, voortkomende uit toenemende aandacht voor het onderscheid tussen het normatieve rechtsbegrip van de jurist en het empirische begrip van de socioloog¹²¹ – was als exponent van de sociaalwetenschappelijke bestudering van het recht al zeker sinds de tweede helft van de 19^e eeuw in de kiem aanwezig,¹²² maar kreeg pas serieuze vorm in Nederland in de jaren 1960 en 1970.¹²³ De rechtspsychologie kreeg in de jaren 1970 voet aan grond in Nederland.¹²⁴ Het belang daarvan leek aanvankelijk voor de rechtswetenschappen in brede zin te bestaan,¹²⁵ maar later verengde het onderzoek zich tot het strafrecht.¹²⁶

72. De verhouding tussen empirici en dogmatici was niet eenduidig. Van Nederlandse civilisten als Meijers en Scholten wordt wel gezegd dat zij oog hadden voor de noodzaak van de empirische fundering van privaatrecht.¹²⁷ Meijers was bijvoorbeeld betrokken bij de Commissie voor Rechtsgewoonten van de KNAW, die de rechtswerkelijkheid in kaart wilde

¹²¹ E.A. Huppel-Cluysenaer, *Wetenschapsleer voor juristen*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 87-88. De “waarheidsliefde” als bron van de latere rechtssociologie kan in ieder geval teruggevoerd worden op auteurs uit de tweede helft van de 19^e eeuw – zo bijv. J. Valkhoff, *Rechtssociologische elementen in de Nederlandse rechtswetenschap van de XIXde eeuw*, Haarlem, H.D.Tjeenk Willink & Zn., 1955, p. 90 e.v.

¹²² J. De Bosch Kemper, *Handleiding tot de kennis van de wetenschap der samenleving*, Amsterdam, Müller, 1863; H.J. Hamaker, “Dogmatische en empirische rechtsbeschouwing (Diesrede 1884)” in W.L.P.A. Molengraaff en C.W.S. Busmann (eds.), *Verspreide Geschriften van mr. H.J. Hamaker (1913)*, Haarlem, Erven F. Bohn, 1884; H.J. Hamaker, “Het recht en de maatschappij”, in: W.L.P.A. Molengraaff en C.W.S. Busmann (red.), *Verspreide Geschriften van mr. H.J. Hamaker (1913)*, Haarlem, Erven F. Bohn, 1888. Zie ook J. Valkhoff, *Rechtssociologische elementen in de Nederlandse rechtswetenschap van de XIXde eeuw*, Haarlem, H.D.Tjeenk Willink & Zn., 1955, 133 p. die het pad van de rechtssociologie terug volgt naar de 19^e eeuw.

¹²³ Zie de schets bij C.J.M. Schuyt, *Recht en samenleving*, Assen, Van Gorcum, 1981, p. 155 e.v.. Vermoedelijk is er een verband tussen de toenemende belangstelling voor interdisciplinariteit in de rechtswetenschap en de academische rationaliseringstendens van de jaren 1970, zoals M.T. Croes en F.L. Leeuw, “De logos van het civiele” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 8-9 en p. 20, stellen.

¹²⁴ J. Griffiths, “De rechtspsychologische benadering van rechterlijk beslissingsgedrag: enkele kanttekeningen bij recent Nederlands onderzoek”, *Mens en Maatschappij* 1986, afl. II, p. 199.

¹²⁵ Zie vooral H.F.M. Crombag *et al.*, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen, HD Tjeenk Willink, 1977, p. 1 e.v. over denken en beslissen door juristen, gebruikmakend van conceptuele netwerken en gecombineerd inductief-deductief redeneren.

¹²⁶ P.J. Van Koppen *et al.*, “Over de rechtspsychologie” in P.J. Van Koppen *et al.* (eds.), *Reizen met mijn Rechter - Psychologie van het Recht*, Deventer, Kluwer, 2010, p. 4 e.v.

¹²⁷ J.M. Smits, “E.M. Meijers (1880-1954)” in C.J.H. Jansen *et al.* (ed.), *Zestien juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen, Ars Aequi, 2004, p. 61 e.v.; W.H. van Boom *et al.*, “Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Gedrag en Privaatrecht - Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag, Bju, 2008, p. 27 e.v.; I. Giesen, “De “multidimensionale” rechtswetenschap van en na Molengraaff” in M. Bijl (ed.), *150 jaar Molengraaff: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag, Bju, 2008, p. 29 e.v.; M.T. Croes en F.L. Leeuw, “De logos van het civiele” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 14.

brengen. Er kwamen twee werken uit voort¹²⁸ maar na de dood van Meijers was het snel gedaan. Het “recht der werkelijkheid”, zoals Hijmans het noemde, stond niet voorop in de civielrechtelijke wetenschapsbeoefening van de eerste helft van de 20^e eeuw. Uitzonderingen waren genoemde Hijmans, Sinzheimer en Valkhoff.

Hijmans (1910) brak een lans voor rechtsvinding die “de werkelijkheid” als uitgangspunt nam en niet met kille deductieve logica de wettekst van het Burgerlijk Wetboek. Zijn argumentatie hield kort gezegd in dat nu de bronnen van ons burgerlijk recht diffuus zijn en historisch bepaald, bij de rechtsvinding de wet niet als directief gezien moest worden. Alleen als de wettekst onmiskenbaar bevelen inhield, moesten deze gevolgd worden. Voor het overige moesten juristen vooral “de werkelijkheid” kennen, met als voorspelling dat ze dan wel anders te werk zouden gaan. Daarvoor zou meer nodig zijn dan observatie van hetgeen in de maatschappij als rechtvaardig privaatrecht werd ervaren, aldus Hijmans, omdat dit kort gezegd te weinig informatie zou opleveren. Bij gebrek aan mogelijkheden om deze rechtvaardigheid te kennen, dient de rechter zijn rechtsgevoel te benutten. Rechters zouden daarop ook met “zorgvuldige sociale selectie” moeten worden aangesteld – zoals men alleen musici met muzikaal gehoor in een orkest aanstelt.¹²⁹ Wat het rechtsgevoel, waar het recht der werkelijkheid gevonden kan worden, precies dicteert, vertelde Hijmans overigens niet. Dat was in zijn opvatting een taak voor de experimentele psychologie – zoals die toendertijd in de kinderschoenen stond! – en “juridisch ontwikkelde psychologen en psychologisch geschoolde juristen”.¹³⁰

Sinzheimer (1935), die de “rechtelijke werkelijkheid” als object van de rechtssociologie benoemt, vraagt aandacht voor de kloof tussen de normatieve structuur van het recht en de samenleving. Die structuur gaat naar zijn waarneming uit van geïsoleerde mensen “die slechts in voorbijgaande, door hun vrijen wil bepaalde verhoudingen tot elkaar staan” terwijl zij in werkelijkheid in een onbegrensd collectief met elkaar verbonden zijn. Zo moeten naar zijn oordeel bijvoorbeeld eigendom en contract niet in die geïsoleerde vorm worden gezien maar ook tegen de achtergrond van de werkelijkheid – bijvoorbeeld de economische werkelijkheid dat de waarde van eigendom en de betrekkelijke contractsvrijheid door complexe marktwerking worden bepaald.¹³¹ Bovendien stelt Sinzheimer dat verandering in het recht uit de maatschappelijke werkelijkheid zelf voortkomt en in de context van maatschappelijke drijfkrachten – waaronder groepsbelangen – geanalyseerd moet worden.¹³²

Valkhoff (1938) presenteert een rechtssociologische ontwikkelingsgeschiedenis van het vermogensrecht van 1838 tot 1938, waarin toenemende overheidsinmenging en de ontwikkeling van (contracts)vrijheid en autonomie naar meer gebonden burgerlijke rechtsverhoudingen beschreven wordt in termen van collectivisering, socialisering en “vermaatschappelijking”.¹³³

73. De systematisch-empirische bestudering van recht kwam pas ruim na de Tweede Wereldoorlog op gang. Valkhoff (1955) noemt als oorzaken voor het lange tijd uitblijven van empirische rechtssociologie de afleiding die rechtspositivisme bracht – juristen hadden het kort gezegd al druk genoeg met wat zich in hun studeerkamer afspeelde en empirie nam meer tijd in beslag dan zij hadden.¹³⁴ Hij wijst er ook al op dat empirische bestudering van het recht idealiter team-work is – en als rechtswetenschappers van nature iets niet zijn dan is het teamspeler. Ik denk dat die laatste factor, gecombineerd met het ontbreken van institutioneel

¹²⁸ J.T. De Smidt, *Rechtsgewoonten: De gebruiken en plaatselijke gebruiken waarnaar het burgerlijk wetboek verwijst*, Amsterdam, Noord-Hollandsche Uitg. Mij., 1954, 374 p.; R. Bakkers, *Rechtsgewoonten betreffende de handelskoop (diss. Leiden)*, Amsterdam, Noord-Hollandsche Uitgevers Mij., 1961, 326 p.

¹²⁹ I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid (oratie UvA)*, Haarlem, Erven F. Bohn, 1910, p. 17.

¹³⁰ I.H. Hijmans, *Het recht der werkelijkheid (oratie UvA)*, Haarlem, Erven F. Bohn, 1910, p. 21.

¹³¹ H. Sinzheimer, *De taak der rechtssociologie*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zn., 1935, p. 76 e.v.

¹³² H. Sinzheimer, *De taak der rechtssociologie*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zn., 1935, p. 86 e.v. Vgl. M.T. Croes en F.L. Leeuw, “De logos van het civiele” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 14.

¹³³ J. Valkhoff, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling*, Amsterdam, Arbeiderspers, 1938, 249 p.

¹³⁴ J. Valkhoff, *Rechtssociologische elementen in de Nederlandse rechtswetenschap van de XIXde eeuw*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zn., 1955, p. 118 e.v.

georganiseerde kennis en kunde voor empirisch onderzoek, overtuigender verklaring bieden dan de drukke agenda's.¹³⁵ De vulling van de academische agenda is immers de "afhankelijke variabele" die als het ware door één "onafhankelijke variabele" wordt bepaald, namelijk prioritering.

74. Ook in die periode lijkt onder rechtspositivisten weinig belangstelling te hebben bestaan voor empirische bestudering van privaatrecht. Van Nederlandse na-oorlogse civilisten die zelf pionierswerk verrichten op het pad van de empirie, kunnen bij wijze van voorbeeld worden genoemd Bloembergen en Van Dunné.

De Leidse civilist Bloembergen (1927; hoogleraar te Leiden 1965-1979) had een duidelijke behoefte om de rechtswerkelijkheid achter het privaatrecht te onderzoeken. Zijn pleidooi voor verbetering van het recht rondom verkeersongevallen was geïnspireerd door de Amerikaanse wijze van onderzoek. Eind jaren 1960 vatte hij de empirische bestudering van het schadevergoedingsgebeuren bij verkeersongevallen aan. Daaruit kwamen relevante data, die de overheid zelf niet bijhield. Bloembergen vertrok evenwel in 1979 naar de Hoge Raad en daarmee was de motor voor dit type onderzoek in Leiden weer uitgezet. Bloembergen omschreef overigens achteraf de resultaten van zijn werk bescheiden, maar hij meende ook dat niet veel te verwachten was van een zo jonge wetenschapstak als de empirische bestudering van het privaatrecht.¹³⁶

Bloembergen c.s. (1972) analyseren civiele vonnissen van de rechtbanken Amsterdam, Den Haag, Haarlem en Rotterdam uit 1967 en 1968 inzake verkeersongevallen. Aan de hand van een variabelenlijst coderen de onderzoekers elke uitspraak en zoeken zij vervolgens naar correlaties tussen variabelen. Het onderzoek geeft inzicht in de duur van procedures, de spreiding van schadebedragen, de verhouding tussen verstekvonnis en contradictoir vonnis, en toont bijvoorbeeld dat relatief veel procedures regreszaken zijn die niet door het slachtoffer maar een risicodragers aangespannen worden. Het onderzoek liet destijds bovendien zien dat gerechtelijke statistieken die de overheid bijhield, weinig informatief waren en dat verbetering mogelijk was.¹³⁷

Het proefschrift van H.J. Snijders (1978) is ook een voorbeeld van deze kwantitatieve benadering in de onderzoeksgroep rondom Bloembergen. Snijders stelt zich ten doel om meer inzicht te verkrijgen in rechtsvinding door de burgerlijke rechter. Daartoe onderzoekt hij aan de hand van een aselechte steekproef de civielrechtelijke uitspraken van Hoge Raad (1970-1974) en hoven (elke vierde uitspraak gedaan in 1973). Hij laat twee onderzoekers onafhankelijk van elkaar per uitspraak een vragenlijst langsgelopen en elke uitspraak coderen op een groot aantal variabelen (bijvoorbeeld of de uitspraak een beroep doet op "redelijke wetsuitlegging" of niet, op een verdrag, gewoonte, woorden der wet, wetsgeschiedenis etcetera). Vervolgens wordt gekeken of de codering door de beide onderzoekers de betrouwbaarheidstoets kan doorstaan.¹³⁸ De uitspraken worden vervolgens ontleed in de variabelen en de frequenties van waarneming. Daarna wordt gekeken welke variabelen covariëren. Positieve

¹³⁵ Vgl. A.R. Bloembergen, "De open wetenschap van het privaatrecht (afscheidsrede Leiden, Deventer: Kluwer 1979)" in *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 436.

¹³⁶ A.R. Bloembergen, "De open wetenschap van het privaatrecht (afscheidsrede Leiden, Deventer: Kluwer 1979)" in *Bloembergens Werk*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 435.

¹³⁷ A.R. Bloembergen et al., *Duizend botsingen - Een kwantitatieve analyse van civiele rechtbankvonnissen in verkeerszaken*, Deventer, Kluwer, 1972, p. 63-64.

¹³⁸ Indien bij het coderen van data twee of meer beoordelaars onafhankelijk hebben gecodeerd, moet vervolgens worden berekend of het feit dat hun coderingen overeenstemmen, toe te schrijven is aan toeval of aan inhoudelijk correct coderen. Dit geschiedt met een wiskundige bearbeiding en wordt uitgedrukt in een getal tussen 0 en 1 (Kappa-waarde). Een waarde van 0 geeft aan dat de overeenstemming niet beter dan toevallig is, een waarde van 1 geeft aan dat de overeenstemming perfect is. Zie bijvoorbeeld de vragenlijst met k-waarden bij H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter - Een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de Gerechtshoven (diss. Leiden)*, Deventer, Kluwer, 1978, p. 229.

correlatie tussen “wettekst” en “weshistorie” blijkt het sterkst. Op het proefschrift van Snijders is qua methode het nodige aan te merken (en dat is dan ook gedaan¹³⁹), maar het proefschrift heeft wel bijgedragen aan de introductie van kwantitatief rechtspraakonderzoek in de Nederlandse privaatrechtswetenschap.

De belangstelling van J.M. van Dunné (1941; hoogleraar te Rotterdam 1972-2006) voor interdisciplinaire bestudering van het privaatrecht bleek in zijn oratie (1973). Van Dunné wees daarin op het belang van de psychologie voor de bestudering van het privaatrecht. Met name het rechterlijk beslissingsproces had zijn belangstelling.¹⁴⁰ In de jaren die volgden, richtte een aantal Rotterdamse onderzoekers zich op dat beslissingsproces op het grensvlak van privaatrecht en psychologie.

75. Van Koppen & Ten Kate (1977) deden onderzoek onder 104 studenten rechtsgeleerdheid en rechterlijke ambtenaren in opleiding naar het verband tussen persoonskenmerken en de wijze van rechtsvindingsstrategie. Daartoe werd als hypothese geformuleerd dat er twee soorten beslissers zijn: kortweg de legisten enerzijds en de vrije rechtsvinders anderzijds. De proefpersonen ontvangen een vragenlijst met enkele standaardtests voor persoonskenmerken (bijv. op zekerheids- en zelfontplooiingsbehoefte); daarnaast moeten zij o.m. een vonnis schrijven worden in een zaak waarin een keuzemoment schuilt voor vrije rechtsvinding vs. legistische rechtsvinding. De onderzoekers concluderen dat persoonskenmerken in “hard cases” inderdaad invloed uitoefenen op de beslissing. De externe validiteit van het onderzoek, zo geven de onderzoekers aan, is beperkt. Bovendien zal bij vervolgonderzoek de tegenstelling vrije rechtsvinding vs. legistische rechtsvinding anders geconstrueerd moeten worden aangezien de proefpersonen dit niet als een absolute tegenstelling ervaren.¹⁴¹

Ten Kate & Van Koppen (1982) onderzoeken persoonsgebonden factoren die variatie in rechterlijke beslissingen teweeg kunnen brengen. Na een uitgebreid onderzoek om de methode te testen, leggen de onderzoekers een negental casus aan rechters voor. Met die casus wordt getest de mate waarin de rechter de sociaal-economisch zwakkere partij gelijk geeft, de mate waarin de rechter koos voor beslissingen die het dichtst tegen het geldend recht aanliggen en de mate waarin de rechter het meerderheidsstandpunt van andere rechters koos (beslissingsdimensies). Vervolgens moesten zij schaalsgewijs aangeven hoe zij de belangen en argumenten van partijen wogen, en werden hun persoonlijkheidskenmerken in kaart gebracht met enkele psychologische tests. De onderzoekers ontwikkelden en testten speciaal hiervoor een vragenlijst met items die inzicht gaf in rolideaal en rolverwachting van de betreffende persoon. Het onderzoek toont weinig structuur in rechterlijke beslissingen in die zin dat er weinig correlatie bestaat tussen beslissingen op verschillende casus die eenzelfde construct meten; er lijkt vooral te kunnen worden geconcludeerd dat naarmate een rechter langer in het juridisch vak zit, hij minder tot legistisch redeneren neigt. Wel lijkt er enig verband te

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld het dispuut tussen recensent d’Oliveira en promotor Bloembergen, *NJB* 1979, p. 228 e.v., p. 418 e.v. en p. 537 e.v. Ik denk dat het voornaamste probleem bij de studie is dat er geen duidelijk omliggende hypothesen geformuleerd zijn, het onderzoek (daardoor) te veel variabelen heeft willen onderzoeken (die bovendien van uiteenlopende orde waren) en daardoor uiteindelijk geen werkelijke verbanden heeft kunnen aantonen (of de invloed van tussenkomende variabelen heeft kunnen uitsluiten). Dat er verschil van inzicht over codering kan bestaan (t.a.p. d’Oliveira en G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 43-44) vind ik minder bezwaarlijk. Het betoog van Bloembergen dat de studie van Snijders een “exploratief onderzoek” is, en dat dus geen theorievorming nodig was, vind ik minder overtuigend. In een exploratief onderzoek gebruikt men veelal descriptieve statistiek of helemaal geen statistiek maar een kwalitatieve methode. Het zoeken en vinden van correlatie in de statistische zin geschiedt naar aanleiding van een hypothese over het verband tussen die variabelen. Ook het beroep van Bloembergen op de juridische theorievorming over rechtsvinding volstaat niet omdat die literatuur bij mijn weten geen hypothesen genereert over covariatie van variabelen, terwijl de studie van Snijders die wél onderzoekt.

¹⁴⁰ J.M. Van Dunné, *Riskante rechtsvinding*, Deventer, Kluwer, 1974, p. 22 e.v.; J.M. Van Dunné, “De persoon van de rechter en de rechtsvinding”, *Trema* 1980, p. 289-290. Vgl. ook zijn opmerkingen in U. Schaap en R. Scheltes, *Als juristen twisten*, Arnhem, Gouda Quint, 1988, p. 122.

¹⁴¹ P.J. Van Koppen en J. Ten Kate, *Rechtsvinding en persoonskenmerken*, Rotterdam, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1977.

bestaan tussen hoe rechters hun rol opvatten en hun beslissingen, maar er wordt geen verband aangetoond tussen persoonlijkheidskenmerk en de genoemde beslissingsdimensies.¹⁴²

76. Latere onderzoeken uit dezelfde onderzoeksgroep betrof exploratief onderzoek naar de inschatting van schikkingskansen door advocaten.¹⁴³ Een gemengd kwalitatieve/kwantitatieve methode werd gebruikt: interviews ter oriëntatie en bepaling van de determinanten van schikkingen, een experiment en een veldonderzoek waarbij zaken van advocaten werden gevolgd en ze prospectief werden bevraagd om hun verwachting uit te spreken over de uitkomst. Het onderzoek bevestigt de hypothese dat advocaten bij schikkingen vooruitlopen op hun inschatting van een eventuele procedure in de betreffende zaak en dat hun ex ante inschattingen van schikkingspercentages een redelijke voorspeller daarvan zijn. Ook geeft het onderzoek aanwijzingen van de invloed van factoren als de aard van de zaak, ervaringsjaren van de advocaat, of de betreffende advocaten elkaar kennen, maar ook of de cliënt de kosten van verder procederen zelf draagt of niet. Vergelijkbaar onderzoek vindt men bij Malsch (1990), die nog andere bepalende factoren noemt zoals sekse en complexiteit van de zaak. Bovendien onderzoekt Malsch de effecten van feedback op “calibratie” (de accuraatheid van de volgende voorspelling). Zij constateert bovendien dat het geven van algemene waarschuwing aan de advocaat over het gebrekkige voorspellingsvermogen van advocaten in eerdere zaken (vgl. “priming”) tot betere prestaties leidt.¹⁴⁴

77. De ontvangst binnen de civielrechtelijke kringen van de jaren 1970-1980 van het onderzoek van Van Dunné en Bloembergen was ronduit lauw. Ik vermoed dat zij hun tijd iets te ver vooruit waren. Een van de oorzaken daarvan zal mogelijk zijn geweest dat privaatrechtswetenschappers zich niet in staat achtten om de gebruikte methode te doorgronden en om kritiek op die methode op de juiste waarde te schatten. Die kritiek heeft anderen vermoedelijk kopschuw gemaakt. Maar inmiddels lijkt het er op dat een langzame herleving van belangstelling voor de empirie van het civiele recht gaande is. Vermoedelijk is sinds midden jaren 1990 onder invloed van de rechtseconomie hernieuwde belangstelling voor de privaatrechtswerkelijkheid ontstaan. Dat heeft geleid tot privaatrechtelijk onderzoek waarin rechtssociologische invalshoeken te ontwaren zijn, en later ook rechtspsychologische. Een pragmatische poging tot vermenging van al deze sociaalwetenschappelijke benaderingen voor het privaatrecht vindt men in de “civilologie”.¹⁴⁵ Deze stroming kan zeker geen school worden genoemd want een gedeelde methodologie en wetenschapsfilosofie heeft zij (nog) niet en in veel opzichten is zij “oude wijn in nieuwe zakken”. Wel lijkt ze een aantrekkelijk

¹⁴² J. Ten Kate en P.J. Van Koppen, *Invloed van persoonskenmerken van de rechter op civielrechtelijke beslissingen*, Rotterdam, Erasmus Universiteit Rotterdam, 1982. Zie de samenvatting bij J. Ten Kate en P.J. Van Koppen, “Invloed van persoonskenmerken in civiele rechtsvinding”, *Trema* 1982, p. 13 e.v. en de uitgebreide weergave in J. Ten Kate en P.J. Van Koppen, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen (diss. Rotterdam)*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, p. 21 e.v.; P.J. Van Koppen en J. Ten Kate, “Individual Differences in Judicial Behavior: Personal Characteristics and Private Law Decision-Making”, *Law & Society Review* 1984, p. 225. Vervolgonderzoek van de auteurs toonde bij rechters evenmin significante invloed van intelligentie en politieke voorkeur op de beslissing. Zie J. Ten Kate en P.J. Van Koppen, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen (diss. Rotterdam)*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, p. 33 e.v.. Vgl. nog P.J. Van Koppen en J.W. De Keijser, “Beslissende rechters” in P.J. Van Koppen *et al.* (eds.), *Het Recht van Binnen - Psychologie van het Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, p. 808-809.

¹⁴³ J. Ten Kate, “Schikkingen tijdens civielrechtelijke geschillen: Enige psychologische kanttekeningen bij het gedrag van onderhandelaars”, *Recht der Werkelijkheid* 1989; P.J. Van Koppen, “Risk Taking in Civil Law Negotiations”, *Law and Human Behavior* 1990; H.W. Richters, *Schikkingen en proceskansen (diss. Rotterdam)*, s.l.n.d., 1991; Vgl. ook het onderzoek naar correlatie tussen inschatting kansen en schikkingsbereidheid bij P.J. Van Koppen, “Justice and Power in Civil Law Negotiations”, *Social Justice Research* 1988, p. 148. Een en ander wordt nog eens samengevat door J. Ten Kate en P.J. Van Koppen, “Schikken of niet” in P.J. Van Koppen *et al.* (eds.), *Het Recht van Binnen - Psychologie van het Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, p. 41 e.v.

¹⁴⁴ M. Malsch, *Advocaten voorspellen de uitkomst van hun zaak*, Amsterdam, Swets & Zeitlinger, 1990, 109 p.

¹⁴⁵ W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Gedrag en Privaatrecht - Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag, BJu, 2008, 616 p. Zie recentelijk W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, 184 p.

“label” te zijn voor gedachtenvorming over de toekomst van de beoefening van privaatrechtswetenschappen.¹⁴⁶

B. DRIE METHODOLOGISCHE WEGEN

78. Het voorgaande bevestigt voor mij dat er nog veel te winnen valt bij aandacht in het privaatrechtsonderwijs voor methoden en methodologie, *voorbij* de klassieke interpretatieve methoden. Dat onderwijs lijkt er nu niet te zijn (zie paragraaf 6 over “outlier Huls”), terwijl er in het privaatrechtelijk onderzoeksdomein wel belangstelling voor de materie bestaat. Ik zou willen stellen dat meer aandacht de belangstelling voor empirisch privaatrecht opnieuw kan stimuleren en tot beter begrip leiden van de mogelijkheden en beperkingen van interpretatief, empirisch en normatief onderzoek. Die drie invalshoeken zijn idealiter naast elkaar te vinden in onderzoek en onderwijs. Wat mij betreft is er geen plaats voor imperialisme:¹⁴⁷ de drie methodologische wegen *interpretatief*, *empirisch* en *normatief* zijn gelijkwaardig en hebben elkaar nodig.

Ik geef enkele voorbeelden. Marketingstudies laten keer op keer zien dat producenten op allerlei slinkse manieren proberen om consumentenpreferenties te beïnvloeden. Zou dat onrechtmatig moeten worden geacht? Dat een producent probeert om consumentenpreferenties te beïnvloeden, wil nog niet zeggen dat het ook werkelijk lukt.¹⁴⁸ En als het wél werkelijk lukt, is dat slechts waarneming van feiten. Het is nog geen grond om in te grijpen. Een empirische studie die laat zien dat een bepaalde plaatsing van een product in de schappen van een winkel tot een omzettoename van 6% leidt, geeft op zichzelf geen normatieve sturing voor de vraag of dit handelen onrechtmatig is.¹⁴⁹ Voor de normatieve beoordeling van deze feiten heeft men een normatief model nodig.

In de Verenigde Staten komen jaarlijks relatief veel meer mensen om door vuurwapengeweld dan in andere Westerse landen, onder meer omdat het eenvoudiger is om (legaal) aan wapens te komen. Dat zijn de feiten. Maar die dicteren niet de normatieve conclusie dat wapenbezit verboden moet worden. Normatieve oordelen zijn vaak, ook in het privaatrecht, keuzes in het licht van strijdige belangen, beperkte middelen en fundamentele noties over de juiste inrichting van de maatschappij. Men kan het ook anders uitdrukken: een verklaring (causaal model, waarbij de ene variabele de andere veroorzaakt) – dicteert niet de oplossing. De verklaring biedt geen *finale argumenten*, een oplossingsrichting. Daar kan een normatief model voor dienen.

79. Waarom hebben we idealiter die drie wegen nodig? Een normatief model is conceptueel vergelijkbaar met het model dat de empiricus gebruikt om feiten waar te nemen of het model dat de rechtsvinder gebruikt om normen waar te nemen, maar dient er in de normatieve analyse toe om te beoordelen over gedrag fout is en voorkomen, gestraft of gecompenseerd zou moeten worden. Normatieve vraagstukken beantwoordt men niet met een empirische

¹⁴⁶ Zie W.H. van Boom *et al.*, “Civilologie en de vaart der privaatrechtelijke volkeren” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, BJu Eleven, 2012, p. 197 e.v.

¹⁴⁷ In zoverre sluit ik mij aan bij het betoog van J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 167. Vgl. I. Giesen, “De “multidimensionale” rechtswetenschap van en na Molengraaff” in M. Bijl (ed.), *150 jaar Molengraaff: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag, BJu, 2008, p. 29 e.v., die de empirische analyse als voorlichtend hulpmiddel ziet bij de taak van de privaatrechtelijke rechtswetenschap (het vinden van het betere recht).

¹⁴⁸ J.A. Henderson en J.J. Rachlinski, “Product-Related Risk and Cognitive Biases: The Shortcomings of Enterprise Liability”, *Roger Williams U. L. Rev.* 2000, p. 230.

¹⁴⁹ Vgl. J.A. Henderson en J.J. Rachlinski, “Product-Related Risk and Cognitive Biases: The Shortcomings of Enterprise Liability”, *Roger Williams U. L. Rev.* 2000, p. 233.

methodologie.¹⁵⁰ Ik zou zelfs willen zeggen dat men ze evenmin beantwoordt met een interpretatieve rechtsvindingstheorie (tenzij men erkent dat interpretatie soms verhuld normatief scheppende arbeid is). Het is moeilijk om zich een privaatrechtswetenschap voor te stellen die zonder normatieve aspiratie functioneert. Feiten en verbanden informeren, ze dicteren niets. Omgekeerd is een normatieve maar ongeïnformeerde stellingname wolkenfietserij die het privaatrecht niet vooruit helpt van het thans geldende recht naar het wenselijke recht.

Daarom juist zou ik menen – ik neem hier stelling – dat in de rechtswetenschappelijke bestudering van het privaatrecht de drie invalshoeken – interpretatief, empirisch, normatief – het niet zonder elkaar kunnen stellen.¹⁵¹ Empirische en normatieve privaatrechtswetenschap sluiten elkaar niet *uit* maar *in*. Mijn normatieve standpunt is dat privaatrechtswetenschap empirische aspiratie nodig heeft, bijvoorbeeld zodat plausibele argumentatie over hoe mensen denken, beslissen, handelen en hoe privaatrecht daarop uitwerkt, onderscheiden kan worden van feitelijk juiste argumentatie. Aspireert men niet te weten hoe de civielrechtelijke werkelijkheid in elkaar steekt, dan werkt men aan een privaatrecht zonder “*reality check*”, dat losgezongen kan raken van de werkelijkheid, dat mogelijk niet aansluit bij wat de maatschappij nodig heeft en dat geen concrete aanknopingspunten geeft voor de transitie van “*Sein*” naar “*Sollen*”.¹⁵² Empirische aspiraties van de privaatrechtswetenschap zijn kort gezegd nodig om de functie van het privaatrecht – het reguleren van het maatschappelijk verkeer tussen burgers – te kunnen vervullen.

80. Empirische aspiratie is bovendien nodig om te voorkomen dat wij blijven steken in plausibele argumentatie zonder feitelijke onderbouwing, en om te stimuleren dat we kritisch zijn op argumentaties over feiten en verbanden die niet ondersteund worden door empirisch bewijs.¹⁵³

Gebrek aan empirische aspiratie komen we op veel plaatsen tegen.¹⁵⁴ Wie zoals ik scripties begeleidt, maakt met enige regelmaat mee dat de scribent een vlammeende introductie wil schrijven en begint met one-liners als “er is in Nederland een toenemende claimcultuur” en “er wordt meer en meer geclaimd”, “niemand wil zijn eigen schade meer dragen”. Daar zet ik als begeleider een rode streep door. Binnenkomers als “wij leven in een risicomaatschappij” krijgen ook een rode streep. Ulrich Beck mag dat misschien schrijven, scribenten niet. Het zijn namelijk stellige uitspraken die te algemeen zijn om door bewijs te worden gedragen.

¹⁵⁰ Voorzichtig toegegeven door R.M. Lawless *et al.*, *Empirical Methods in Law*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, p. 21. Duidelijker is P.G. Swanborn, *Methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek*, Meppel, Boom, 2005, p. 34. Vgl. J. Valkhoff, *Rechtssociologische elementen in de Nederlandse rechtswetenschap van de XIXde eeuw*, Haarlem, H.D.Tjeenk Willink & Zn., 1955, p. 98. J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 103 vraagt aandacht voor een vergelijkbaar maar niet identiek standpunt. Hij relativiseert de relevantie van empirie onder meer omdat “what works” een instrumentele visie veronderstelt die het recht niet in alle opzichten heeft.

¹⁵¹ In ander verband kwam ik een vergelijkbaar standpunt tegen bij W. Huisman, “De bijdrage van empirisch onderzoek aan de vooruitgang van het recht” in J.H. Nieuwenhuis en C.J.J.M. Stolker (eds.), *Vooruit met het recht - wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag, BJu, 2006, p. 79 e.v. Zo ook bij H. Sinzheimer, *De taak der rechtssociologie*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zn., 1935, p. 25 e.v. en p. 144-145, die een vergelijkbare interactie schetst tussen positief recht, rechtsfilosofie en rechtssociologie.

¹⁵² Zo reeds P. Zonderland, *Methode van het privaatrecht*, Amsterdam, Agon Elsevier, 1974, p. 103 en p. 208.

¹⁵³ J.B.M. Vranken, *Algemeen deel* ***, Deventer, Kluwer, 2005, p. 48 e.v. Vgl. D.J. Watts, *Everything is Obvious - how common sense fails*, London, Atlantic Books, 2011, p. 212-213.

¹⁵⁴ Deze passage ontleen ik aan een eerdere opinie van mijn hand. Zie W.H. van Boom, “Privaatrecht: we stellen te veel en vragen te weinig”, *NTBR* 2007, p. 137.

Uitspraken over de werkelijkheid kunnen de plank behoorlijk mis slaan. Van “de” claimcultuur weten we bijvoorbeeld bijzonder weinig - al was het maar omdat het een vaag gedefinieerd en moeilijk meetbaar fenomeen is. WODC onderzoek wees enige jaren geleden in elk geval uit dat rechtbanken in de periode 1997-2000 niet meer claims toewezen, en evenmin dat er meer werden ingediend, maar wel dat er hogere bedragen werden toegekend.¹⁵⁵ Of herhaling van dit onderzoek over latere perioden hetzelfde beeld laat zien, is (mij) onbekend. Intussen kan de wijze van meten zijn verbeterd. En inmiddels kan er iets veranderd zijn in het claimedrag. Bovendien geeft het onderzoek geen beeld van andere indicatoren voor claimcultuur. Er kan dus heus (op deelreinen) een groeiende claimcultuur zijn, maar stelligheid zonder helder bewijs is minder verstandig.

Dat lijkt voor de hand liggend. Toch lees ik bijvoorbeeld in een rapport: de overheid legt steeds meer verantwoordelijkheden bij de burger; onderlinge relaties tussen burgers worden belangrijker; door toename van welvaart en daarmee het aantal juridische transacties, gecombineerd met de ontwikkeling van een terugtrekkende overheid, is een goede toegang tot het recht belangrijker dan ooit; het aantal private initiatieven groeit; voor bijna elk risico bestaat tegenwoordig een (verplichte) verzekering.¹⁵⁶ Dat zijn allemaal harde uitspraken over de werkelijkheid, maar “where is the evidence?” Legt de overheid *werkelijk* steeds meer verantwoordelijkheden bij de burger? Ik zou het niet weten; ik ken natuurlijk de bevestigende voorbeelden, maar dat wil niet zeggen dat er geen tegengestelde voorbeelden zijn. Het bewijs is misschien wel gevoelig voor de op confirmatie gerichte perceptie: toen mijn vrouw zwanger was, zag ik overal kinderwagens. Inmiddels zie ik ze niet meer zo vaak, maar dat zegt vermoedelijk meer over mij dan over het werkelijke aantal kinderwagens. Dus liever niet *stellen* dat de overheid meer verantwoordelijkheden bij de burger legt, maar *vragen*: doet de overheid dat werkelijk? Afgaan op anekdotisch bewijs blijft wat dit betreft hachelijk. Dat een bekende van mij door bliksem is getroffen, wil niet zeggen dat bliksem veel (of steeds meer) slachtoffers eist.

De werkelijkheid laat zich niet eenvoudig meten. Ik lees de laatste tijd dat zelfregulering het nieuwe privaatrechtelijke paradigma aan het worden is. Dat zelfregulering een belangrijk fenomeen is, zal niemand ontkennen. Dat is het al sinds de middeleeuwse gilden en Hanzesteden, en ongetwijfeld al eerder. Maar om nu te zeggen dat private regelgeving *steeds meer* wordt geaccepteerd en een *steeds belangrijker* instrument van regulering is, dat vind ik behoorlijk stellig. Waar blijkt die toename uit? Misschien is de vraag óf het een steeds belangrijker instrument is, het onderzoeken waard. Dat brengt forse methodologische problemen met zich: hoe meet men het toenemen van het belang van zelfregulering in het privaatrecht? Door het aantal convenanten en codes te meten? Door te meten hoe vaak de wetgever expliciet verwijst naar zelfregulering of hoe vaak de rechter er naar verwijst? Of juist: door te meten welke veranderingen zelfregulering in de civielrechtelijke werkelijkheid teweegbrengen die vroeger door wetgever en rechter teweeg werden gebracht? Of nog juist: een combinatie van meetwijzen? Ga er maar aan staan! Soms is het bijzonder moeilijk om de werkelijkheid in kaart te brengen.

81. Het bedrijven van empirie in de privaatrechtswetenschap helpt ons ook om rechtspraak en wetgeving te wijzen op lacuneuze redeneringen en onderliggende kennisproblemen.¹⁵⁷

Denk aan de rechter die een hoge aansprakelijkheidsdrempel wil hanteren omdat hij vreest dat anders onwenselijk “defensief gedrag” kan ontstaan van hen die blootstaan aan het risico om (al dan niet terecht) aansprakelijk te worden gesteld. De Hoge Raad is zo’n rechter. Zo oordeelde hij dat persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters slechts bij hoge uitzondering toegepast moet worden, omdat te grote aansprakelijkheidsrisico’s de kwaliteit van de arbitrage kan bedreigen: “de omstandigheid dat de (scheidings)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het hem voorgelegde geschil moet kunnen oordelen, waarbij over de beslissing van de zaak dikwijls in redelijkheid verschillend kan worden gedacht, noopt ertoe om een uitspraak die na aanwending van een rechtsmiddel wordt vernietigd slechts in uitzonderlijke gevallen onrechtmatig te achten.”¹⁵⁸ Eenzelfde hoge drempel werd op gelijke wijze beargumenteerd voor bestuurders van ondernemingen: “Door een hoge drempel te aanvaarden voor

¹⁵⁵ R. Eshuis, *Claims bij de rechtbank*, WODC Rapport 2003.

¹⁵⁶ Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Toegang tot recht*, RMO 2004, p. 7, p. 17 en p. 19.

¹⁵⁷ Vgl. G. Van Dijk, “Civilologie: ook in privaatrechtelijke annotaties?” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 177-178.

¹⁵⁸ HR 4 december 2009, LJN BJ7834, *Greenworld*.

aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.”¹⁵⁹

82. Het kennisprobleem is hier bijzonder groot. Wat weten we eigenlijk over de invloed van aansprakelijkheidsdreiging (in een Nederlandse context) op gedrag van arbiters en ondernemingsbestuurders? Op papier zijn de plausibele redeneringen zo uit te tekenen: angst voor aansprakelijkheid leidt tot voorzichtigheid; hoe makkelijker het is om met succes aansprakelijk te stellen, hoe voorzichtiger (banger) men wordt. Omgekeerd: hoe hoger de aansprakelijkheidsdrempel, hoe onvoorzichtiger men wordt. Assumpties die aan dit gedragsmodel ten grondslag liggen: benadeelden én potentiële aansprakelijken hebben perfecte rechtskennis, een correcte inschatting van het risico van aansprakelijkheid, benadeelden stellen altijd een actie in. Maar de werkelijkheid is vermoedelijk gecompliceerder: er bestaat onzekerheid over hoe in concreto beslist zal worden, er bestaan variabelen die ruis veroorzaken (zoals problematisch causaal verband). Een ander punt betreft de rol van verzekeringsdekking: misschien leidt die juist tot het wegvallen van gedragsprikkel?

83. Dat er hier een kennisprobleem bestaat, valt de Hoge Raad niet aan te wrijven. Het is aan de privaatrechtswetenschap om de Hoge Raad er op te wijzen dat hij plausibel maar ongefundeerd argumenteert, om vervolgens zichzelf tot taak te stellen onderzoek te doen naar de rechtswerkelijkheid op dit punt. Dat gebeurt de laatste jaren dan ook terecht steeds meer. In het begin betrof het vooral interpretatieve analyse van Amerikaans empirisch onderzoek.¹⁶⁰ Die fase was nuttig om methodologische voetangels en klemmen in beeld te krijgen. Nu is de volgende fase aangebroken: het doen van onderzoek voor de Nederlandse situatie. Want Amerikaans onderzoek op dit punt is niet zo maar toe te passen op Nederland.

C. BEPERKINGEN EN UITDAGINGEN

85. Als in de privaatrechtswetenschap met meerdere methoden naar het object privaatrecht wordt gekeken, wil dat niet zeggen dat een recept voor multidisciplinair onderzoek is gevonden. Als men drie onderzoekers in samenhang laat onderzoeken hoe het vermogensrecht op een bepaald punt luidt, hoe het in de praktijk wordt toegepast door bedrijven en hoe het idealiter zou moeten luiden, dan past men drie methodes toe – vermoedelijk in samenhang – maar er zal niet snel sprake zijn van een *nieuwe* methode, hooguit van een betere onderlinge verknoping. Ik zie hier voorlopig geen bezwaren tegen.¹⁶¹ Natuurlijk verzwaart onderzoek dat de drie methoden vervlecht, de verantwoording van het “hoe”, zoals Vranken terecht opmerkt.¹⁶² Als ik flauw riposteer, zou ik zeggen: “Hoe? Nou, *samen!*”¹⁶³ Samenwerking is essentieel omdat het civilologische kruispunt drie methoden nodig heeft. We moeten niet de pretentie hebben dat individuele onderzoekers van alle markten thuis zijn. Natuurlijk zal niet elke privaatrechtelijke onderzoeker alle methoden die op het civilologisch kruispunt

¹⁵⁹ HR 20 juni 2008, LNJ BC4959, *Willemsen Beheer v. NOM*. Vgl. ook HR 3 februari 2012, LNJ BT6947, waarin plausibel doch speculatief wordt geredeneerd omtrent de gevolgen van het toestaan van generieke verpanding van vorderingen.

¹⁶⁰ Zie vooral M.J. Kroeze, *Bange bestuurders (oratie Rotterdam)*, Deventer, Kluwer, 2005, 25 p.

¹⁶¹ J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ****, Deventer, Kluwer, 2005, p. 120 e.v. en J.B.M. Vranken, “Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?” in J.H. Nieuwenhuis en C.J.J.M. Stolker (eds.), *Vooruit met het recht - wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag, Bju, 2006, p. 30, waarschuwt in dit verband voor het klakkeloos overnemen van paradigmata van andere disciplines. Met name rechtseconomie neemt hij op de korrel. Men moet natuurlijk nooit iets klakkeloos overnemen, maar alleen datgene dat overtuigt in het licht van het bewijs.

¹⁶² J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ****, Deventer, Kluwer, 2005, p. 119.

¹⁶³ Vgl. A.J. Akkermans, “Enkele praktijkervaringen met empirisch juridisch onderzoek op het snijvlak van gezondheid en recht” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 108.

samenkomen, gebruiken. De belangrijkste waarde is dat de onderzoeker rekenschap aflegt van de gemaakte keuzes en dus de sterke en zwakke punten van de gekozen combinatie van probleemstelling en methode(n) onder ogen ziet,¹⁶⁴ transparantie betracht, de beperkingen van de gekozen methodologie zo duidelijk mogelijk verwoordt en gemaakte keuzes verantwoordt.¹⁶⁵

86. Is het voor individuele onderzoekers nodig om meerdere methoden toe te passen? Dat lijkt mij niet, voorzover het gaat om individueel onderzoek. Zolang dat individuele onderzoek past in een groter geheel – van programmatisch onderzoek bijvoorbeeld – waarin is nagedacht over de verhouding tussen de drie methoden, is monodisciplinair onderzoek volledig gerechtvaardigd.

Erkenning dat elke methode beperkingen heeft, is cruciaal. Een passend onderzoeksdesign is essentieel,¹⁶⁶ net als onderkenning van de valkuilen bij het opzetten. Zo zal bijvoorbeeld gewaakt moeten worden voor het “cherry picking” van inzichten uit andere disciplines als men een review maakt van sociaal-wetenschappelijk onderzoek.¹⁶⁷ Voor gezamenlijk werk zal men de juiste disciplinaire achtergrond moeten hebben.

IX. Afsluiting: van scepsis naar samenwerking

87. Mijn persoonlijke ervaring is dat sommige privatisten ronduit sceptisch zijn over het beeld van de “kruispuntwetenschap”. Het prototype van deze jurist is de persoon die zichzelf trots “logisch denker” noemt, die een logische redeneertrant combineert met een brede kennis van rechtsregels en een flair om over allerlei inhoudelijke onderwerpen een mening te hebben – ook als deze niet op feitenonderzoek is gebaseerd. Dat is niet alleen negatief. Ik heb veel bewondering voor de kracht van dat type juristen, civilisten voorop, die met een minimum aan methodologische gestrengheid een maximum aan maatschappelijk relevante activiteit weten te ontplooien.

88. Het zijn vaak deze civilisten die zich in de praktijk en privaatrechtswetenschap het liefst afficheren als de beoefenaren van een praktische vorm van besliskunst, waarbij het beslissingskader – het juridisch systeem – een maatschappelijk aanvaardbare beslissing eist, hoe onduidelijk de rechtsbronnen ook zijn, hoe belastend het resultaat voor een van beide partijen ook zal zijn en hoezeer de beslissing mogelijk ook strijdt met de onbekende feiten. Voor die praktische benadering is iets te zeggen. Juridische besluitvorming in de *rechtspraktijk* – of het nu door rechters, wetgevers en advocaten is – is immers de kunst van het nemen van besluiten in onzekerheid over de werkelijkheid. Elke beslissing over bewijslastverdeling en bewijswaardering, elke wettelijke regel gebaseerd op een

¹⁶⁴ J.M. Barendrecht *et al.*, “Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?”, *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 1419 e.v.; J.B.M. Vranken, “Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?” in J.H. Nieuwenhuis en C.J.J.M. Stolker (eds.), *Vooruit met het recht - wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag, BJu, 2006, p. 28.

¹⁶⁵ Zo ook J.B.M. Vranken, *Algemeen deel ****, Deventer, Kluwer, 2005, p. 125; J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag, BJu, 2009, p. 158 e.v.

¹⁶⁶ Zie terecht M.T. Croes en F.L. Leeuw, “De logos van het civiele” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 30.

¹⁶⁷ T. Hartlief, “De civilist en de civiloloog. Hoe vergaat het de civilist bij het beoefenen van deze nieuwe (?) tak van sport?” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 44 e.v. waarschuwt terecht voor het “kind in de snoepwinkel” effect: te veel keuze, te weinig methode.

veronderstelling over gedrag dat burgers na de invoering zullen vertonen, het zijn allemaal beslissingen in onzekerheid. Dat moet omdat de praktijk van het privaatrecht juist dient tot het beslissen en beëindigen van geschillen. Het is dus *final*, en dat is wetenschappelijk (empirisch) onderzoek nooit omdat het op oneindige reductie van onzekerheid over de werkelijkheid is gericht.

89. Het is dus begrijpelijk dat bepaalde civilisten zich ook als wetenschapper spiegelen aan de praktische beslistkunde, maar dat geeft geen vrijbrief om aan te rommelen. Het werk van artsen is ook een vorm van beslistkunde en van artsen verwachten we dat zij een “evidence based” benadering in hun werk kiezen. Die vergelijking met artsenij is vaker gemaakt.¹⁶⁸ Zo stellen Van Boom, Giesen en Smit:

“Juristen wijzen er (...) graag op (...) dat de juridische praktijk van de rechter geen wetenschappelijke praktijk is. Neem bijvoorbeeld de filterfunctie van stelplicht en bewijslastverdeling in het privaatrecht: die maken dat het civielrechtelijke proces kan uitmonden in juridische oordelen over feiten die zich niet hebben voorgedaan en causale verbanden die niet bestaan. Zoals voor het strafrecht geldt dat onschuldigen kunnen worden veroordeeld en schuldigen vrijgesproken. Dat kan men onwetenschappelijk noemen, maar daarmee miskent de empiricus – in elk geval voor het privaatrecht – dat het procesrecht er kennelijk niet alleen is om “de” waarheid boven tafel te krijgen, maar ook om tegen minimale (of: aanvaardbare) kosten een (liefst bevredigende) maatschappelijke oplossing te vinden (door bijvoorbeeld toedeling of verdeling van pijn en ongenoegen).¹⁶⁹ Toch is deze benadering voor wetenschappelijk georiënteerde sociale wetenschappers onbevredigend. Een huisarts zal namelijk ook niet beweren dat zijn praktijk wetenschappelijk is, maar hij baseert zich in de regel wél op de nieuwste inzichten die de medische wetenschap genereert. Zijn praktijk is dus in grote lijnen ook “evidence based”. En waarom zou dat vereiste niet voor de rechter (kunnen of moeten) gelden? Daar zit wat in. Voor civilisten zou dan bijvoorbeeld de opdracht kunnen zijn dat onderzocht wordt – voor zover dat mogelijk is – welke regels van stelplicht, bewijslast, etc. optimaal bijdragen aan het boven tafel krijgen van de echte feiten en de werkelijke causale verbanden. Maar voor de sociale wetenschappers die willen meewerken aan een rechtvaardiger privaatrecht is er ook een opdracht. In het strafrecht hebben rechtspsychologen vooral aandacht voor wat er fout gaat en waarom het fout gaat. Die fase is belangrijk, ook voor civilologen, maar zouden wij liefst overslaan. De opdracht moet dus ruimer zijn dan vanaf de zijlijn voornamelijk iets roepen over onwetenschappelijkheid.¹⁷⁰ Die taak kan zijn om te bouwen aan “evidence based” privaatrecht door te werken aan betere methoden om feiten vast te stellen en om causaal verband-vragen te benaderen. Dat ook de civielrechtelijke procedure tot “valse veroordelingen” leidt – en “valse vrijspraken” – nemen wij direct aan. Wat wij niet weten, is hoe vaak dat voorkomt in het privaatrecht, of het heel erg is dat dit (soms?) gebeurt en of het beter kan tegen kosten die nog aanvaardbaar zijn.”¹⁷¹

90. Het minimum aan gestrengheid met een maximum aan maatschappelijke relevantie moet geen geloofsartikel zijn in een serieuze wetenschap. Een duidelijker profilering van privaatrechtswetenschappelijk onderzoek langs de hiervoor besproken drie methodologische lijnen kan bijdragen aan verbetering van die “evidence based” basis. En voor zover civilisten

¹⁶⁸ Het is het wetenschappelijk leidmotief in het werk van Raimond Gaird (patholoog, epidemioloog en hoogleraar aan de Rotterdamse rechtenfaculteit). Zie zijn werk op <http://repub.eur.nl/res/aut/13833/>.

¹⁶⁹ Mijn toevoeging: Vergelijk over dit spanningsveld R.H. De Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure (diss. Tilburg)*, Deventer, Kluwer, 2011, p. 337 e.v. Men zou de civielrechtelijke procedure ook kunnen vatten in termen van “transformatie” van werkelijkheid naar juridische besluiten (vgl. C.J.M. Schuyt, *Ongeregeld heden - naar een theorie van wetgeving in de verzorgingsstaat*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1982, p. 28-29).

¹⁷⁰ Mijn toevoeging: Zie over de communicatieproblemen tussen juristen en psychologen bijvoorbeeld P.J. Van Koppen *et al.*, “Over de rechtspsychologie” in P.J. Van Koppen *et al.* (eds.), *Reizen met mijn Rechter - Psychologie van het Recht*, Deventer, Kluwer, 2010, p. 1 e.v.

¹⁷¹ W.H. van Boom *et al.*, “Civilologie en de vaart der privaatrechtelijke volkeren” in W.H. van Boom *et al.* (eds.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag, Bju Eleven, 2012, p. 204-205.

zich minderwaardig zouden voelen ten opzichte van “echte wetenschappers” die de werkelijkheid methodologisch beweerdelijk rechtlijner onderzoeken dan zij zelf, ben ik van oordeel dat dit gevoel van inferioriteit ronduit misplaatst is. Empirici zijn niet zelden gevangenen van hun eigen methode en de contemporele ethische modestromingen in hun vakgebied. De uitdaging is juist om de synergie te vinden die besloten ligt in het snijvlak van *interpretatieve*, *empirische* en *normatieve* privaatrechtswetenschapsbeoefening.