

HOOFDSTUK 23

AFSLUITENDE OBSERVATIES

*A.J. Verheij, I. Giesen en W.H. van Boom*¹

1 INLEIDING

In dit afsluitende hoofdstuk komen wij naar aanleiding van de voorgaande bijdragen nog tot enkele afrondende observaties. Daarbij is een eerste belangrijke vraag wat de mogelijkheden en beperkingen zijn van de in deze bundel gevolgde multidimensionale methode. Deze kwam er (zie par. 5 van de Inleiding) kort gezegd op neer dat de resultaten van andere disciplines worden gebruikt om door juristen² (wetgever en rechter) gehanteerde gedragspresumpties en gedragseffecten nader te onderzoeken. Hoewel enkele auteurs ook zelf empirisch onderzoek hebben verricht (Bacharias, Lindenbergh en Mascini) of eerder eigen empirisch onderzoek hebben gebruikt (Van Erp; Loonen; Van Dijk; Huls en Jungmann), is voor de hier gekozen methode nu juist typerend dat een jurist de onderzoeksresultaten gebruikt die een niet-jurist in niet-juridisch onderzoek heeft vergaard, om vervolgens tot een eigen normatief oordeel te komen. Het normatieve oordeel wordt uiteraard niet direct gebaseerd op de empirische gegevens, maar is daar wel door geïnformeerd.

De bijdragen in deze bundel kunnen, zo beschouwd, gezien worden als ‘empirische’ gegevens omtrent de werkbaarheid en het nut van de multidimensionale methode. Wij gingen bij de aanvang van deze bundel namelijk zelf ook uit van verschillende veronderstellingen:

- 1 er zijn eenduidige niet-juridische of empirische gegevens beschikbaar;
- 2 deze zijn op zichzelf beschouwd te extrapoleren naar een juridische context;
- 3 degene die deze vertaalslag maakt, hoeft niet geschoold te zijn in de discipline waaraan de onderzoeksresultaten worden ontleend; en

1 Albert Verheij is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en honorair universitair hoofddocent aan de Universiteit Utrecht, Ivo Giesen is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Utrecht en Willem van Boom is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Waar we in dit hoofdstuk het begrip ‘jurist’ hanteren, hebben we in de eerste plaats het oog op de privatist.

- 4 de niet-juridische of empirische gegevens hebben meerwaarde voor de normatieve juridische besluitvorming door de rechter of wetgever.

In het navolgende wordt allereerst onderzocht in hoeverre deze presumpties houdbaar waren (par. 2). Vervolgens komt aan de orde of er een rode draad valt te constateren in de bijdragen (par. 3). Daarmee wordt bedoeld of de kanttekeningen die door de resultaten uit andere disciplines worden geplaatst bij gedragspresumpties en gedragseffecten van

juristen in hetzelfde vlak liggen. Met andere woorden: zijn er één of meer typerende vooringenomenheden te constateren waar juristen blijk van geven? Ten slotte proberen wij een eerste inschatting te geven van de toekomst van de multidimensionale methode. Is dat een zinvolle weg (par. 4)?

2 PRESUMPTIES

2.1 Presumptie 1: er zijn eenduidige niet-juridische of empirische gegevens beschikbaar

Een eerste belangrijke presumptie was dat schrijvers niet-juridische of empirische gegevens zouden kunnen vinden die eenduidig zijn in de zin dat er geen sprake is van tegenstrijdigheid. In de meeste gevallen klopte deze presumptie, maar in een aantal gevallen werden schrijvers met problemen geconfronteerd doordat onderzoeksresultaten tegenstrijdig waren of omdat er te weinig onderzoeksresultaten waren om algemene conclusies te trekken.

Bacharias, Lindenbergh en Mascini trachten bijvoorbeeld zicht te krijgen op de (ongewenste) gevolgen die het implementeren van veiligheidsbeleid kan hebben in een bedrijf. Het beperkte empirische materiaal dat zij voorhanden hebben (één casestudy binnen een Nederlands energiebedrijf en twee onderzoeken naar Engelse bedrijven), maakt het echter niet goed mogelijk om algemene conclusies te trekken. En Van Dijck en Lamers zijn van oordeel dat onvoldoende informatie beschikbaar is over de bekendheid bij ondernemers met de regels die schuldeisersbenadeling trachten te voorkomen. Zij achten nader onderzoek op dit punt daarom aangewezen. Raaijmakers concludeert aan het einde van zijn bijdrage dat er behoefte is aan diepgaander onderzoek over de softere factoren die van invloed zijn op het gedrag van bestuurders en commissarissen. Ook Faure en Van Boom komen tot de slotsom dat er geen onomstotelijk bewijs is, in hun geval van de invloed van anti-selectie (par. 3.1). Zij noemen drie onderzoeken waarin geen anti-selectie is aangetoond en drie onderzoeken waarin dat wel is aangetoond. Voor het bestaan van pro-selectie achten zij tot op zekere hoogte bewijs aanwezig (par. 3.2). Zij concluderen in (par. 3.4 van) hun bijdrage dat er in bepaalde studies wel bewijs is van moreel risico;

algemene conclusies willen zij daar niet aan verbinden. Het algemene probleem waar zij tegenaan lijken te lopen is dat iedere verzekering weer anders is en dat bovendien ook de verzekeringsmarkten verschillen per land. Dit maakt het niet goed mogelijk om conclusies te trekken over de gehele breedte van het verzekeringsveld. Verder onderzoek naar de empirische juistheid van klassieke veronderstellingen van de verzekeringseconomie en het verzekeringsrecht achten zij dan ook wenselijk.

Er zijn dus gevallen waarin de eerste presumptie die aan dit boek ten grondslag ligt, niet helemaal bleek te kloppen. Er was in die gevallen geen (eenduidig) empirisch materiaal voorhanden. Dat was uiteraard te verwachten omdat, net als bij ander niet-juridisch materiaal, het overgrote deel van het onderzoek door niet-juristen is verricht en dus niet vanuit een juridische vraagstelling is opgezet. Het ligt dan ook voor de hand dat een jurist die een juridisch probleem wil oplossen geen onderzoek vindt dat precies aansluit op zijn vraagstelling. Dat slechts in een grote minderheid van de gevallen auteurs opliepen tegen een gebrek aan bruikbaar materiaal, is dan wellicht ook verrassend. Hoewel het riskant zou zijn om uit een enkele bundel als deze te concluderen dat er in de meeste gevallen voldoende relevant niet-juridisch (of zelfs empirisch) materiaal voorhanden zal zijn, mag uit dit gegeven toch enige hoop worden geput voor de hier gebruikte methode. De jurist die zicht wil krijgen op de werkelijkheid zal niet altijd zelf onderzoek hoeven te doen met alle tijd en kosten van dien (om nog maar niet te spreken van het feit dat hij hiertoe niet is opgeleid). Het loont de moeite om eerst eens in de grabbelton van de andere wetenschappen te graaien.

2.2 Presumpties 2 en 3: extrapolatie door een jurist is mogelijk

Met uitzondering van Van Dijck en Lamers lijkt geen van de auteurs erg te hebben geworsteld met het probleem van de extrapolatie, althans dat blijkt vaak niet erg expliciet uit hun bijdragen. Van Dijck en Lamers doen dit wel expliciet. Zij beschouwen hun bijdrage zelfs in de eerste plaats als '(...) een methodische verkenning van het vertalen van inzichten uit gedragswetenschappelijke studies naar het juridische domein (...)’ (par. 1). Uiteindelijk (par. 6) stellen zij zich op het standpunt dat gedragswetenschappelijke studies '(...) slechts aanleiding voor een aantal vermoedens [geven], die nader zouden moeten worden onderzocht (...)’ en formuleren zij vervolgens een viertal zaken die in hun optiek nader onderzoek verdienen. Zij zijn dus van mening dat het door hen bestudeerde empirische materiaal niet direct kan worden vertaald in juridische aanbevelingen. In dat opzicht verschilt deze bijdrage dan ook wezenlijk van de overige bijdragen. Terwijl de overige auteurs zonder discussie kennelijk aannemen dat de door hen gevonden resultaten direct relevant zijn, lijken Van Dijck en Lamers van een tegengesteld vertrekpunt

uit te gaan. De door hen bestudeerde gedragswetenschappelijke studies geven ‘slechts’ aanleiding voor nader te onderzoeken vermoedens.

Het probleem is, zo denken wij, dat er in het algemeen weinig te zeggen valt over de vraag of de resultaten van een in een andere discipline verricht onderzoek kunnen worden vertaald naar de juridische context. Soms kan dat wel, maar soms ook niet. De vraag is nu juist aan de hand van welke argumenten dat moet worden bepaald. In deze bundel hebben de auteurs hun argumenten voor of tegen extrapolatie niet duidelijk geëxpliciteerd. Mogelijk hebben zij materiaal dat ze niet extrapolateerbaar vonden eenvoudigweg niet gebruikt. De argumenten daarvoor zijn om die reden begrijpelijkerwijze niet in hun bijdragen terechtgekomen. Het lijkt immers niet zinvol om een lijst te geven van gelezen studies die bij nader inzien geen licht op de zaak wierpen en die daarom verder niet zijn gebruikt.

Om het extrapolatieprobleem voor de toekomst transparanter te maken, kan de jurist die gebruikmaakt van niet-juridische onderzoeksresultaten wellicht kort in een voetnoot aangeven in welke databases of tijdschriften hij heeft gezocht en welke trefwoorden zijn gebruikt. Op die manier wordt dit soort onderzoek straks beter te controleren voor andere juristen die ook geïnteresseerd zijn in gegevens uit andere disciplines en wordt het gemakkelijker om in discussie te treden over de relevantie van de onderzoeksresultaten uit andere disciplines. Omdat wij eerst gaandeweg de totstandkoming van dit boek ontdekten dat er hier een transparantieprobleem zou kunnen spelen, is aan de auteurs van deze bundel nog niet gevraagd op deze wijze te opereren, maar als gedachte voor de toekomst verdient het overweging. Overigens zou nadere gedachtevorming over hoe ver die transparantie moet gaan, wel zinnig zijn. Transparantie van het type ‘en toen heb ik een trefwoord op “google scholar” ingetypt’ voegt weinig toe aan wat we al weten over onderzoeksmethoden.

Dit is temeer van belang omdat het extrapolatieprobleem door discussie zal moeten worden opgelost. De reikwijdte van empirisch onderzoek is nu eenmaal geen hard gegeven, maar is een kwestie van discussie. Ook in de desbetreffende niet-juridische wetenschap zelf. Dat betekent dat de vraag of extrapolatie van bijvoorbeeld een psychologisch onderzoek is toegestaan, niet eenduidig beantwoord kan worden. Het is een beredeneerde mening.

Door discussie zal, zo hopen en menen wij, consensus ontstaan over de mate waarin bepaald niet-juridisch onderzoek extrapolateerbaar is naar een juridische context. Een voorwaarde voor het zinvol gebruiken van niet-juridische onderzoeksgegevens is dus dat veel juristen dat gaan doen en er met elkaar over in discussie gaan. Het signaleren van het probleem mag naar onze mening geen vrijbrief zijn om dan maar niet over de muurtjes te kijken.

De grootste mentale valkuil voor juristen is dat zij in hun opleiding veelal niet getraind worden als onderzoekers, maar als ‘argumenteerders’ en wie argumenteert, selecteert: in de regel worden de sterke argumenten op tafel gelegd, de minder sterke argumenten noemt men (liever) niet. Hoe begrijpelijk dit ook is, wie zich beroept op gegevens uit andere disciplines dient een volledig overzicht te geven van de relevante stand van het onderzoek. Wij zien overigens geen redenen om te veronderstellen dat juristen een dergelijke mentale ‘switch’ niet zouden kunnen maken. Bovendien geloven wij in de corrigerende werking van discussie. Een auteur die niet zorgvuldig omgaat met niet-juridische onderzoeksresultaten zal worden gecorrigeerd door andere auteurs, als het debat ten minste transparant is.

Tot slot nog een relativerende opmerking voor de juristen die nog steeds koudwatervrees hebben ten aanzien van het gebruik van onderzoeksresultaten uit andere disciplines. In veel proefschriften – en de proefschriften van de redacteurs van deze bundel vormen daarop geen uitzondering – wordt ingegaan op en geredeneerd vanuit buitenlands recht, maar dit buitenlandse recht wordt in het Nederlands beschreven. Het methodologische probleem is hierbij dat de *Nederlandse* promotiecommissie en het *Nederlandse* juridische publiek in de meeste gevallen niet in voldoende mate zullen kunnen beoordelen of de promovendus het buitenlandse recht goed heeft geïnterpreteerd en al het relevante materiaal heeft gevonden. *Buitenlandse* juristen kunnen dit evenmin, omdat ze geen Nederlands kunnen lezen. Ondanks dit probleem zijn tientallen juristen gepromoveerd op in het Nederlands geschreven rechtsvergelijkende proefschriften. Dat dit aanvaardbaar werd (en wordt) geoordeeld, en zelfs sterk gestimuleerd, heeft waarschijnlijk te maken met het geloof in de corrigerende werking van discussie. Indien onderzoeker A iets beweert over het Duitse recht dat niet klopt, kan dit later weer worden gecorrigeerd door onderzoeker B die hetzelfde soort onderzoek verricht en zich eveneens door het Duitse recht laat inspireren.³ Eenzelfde ontwikkeling die de rechtsvergelijking heeft doorgemaakt (klein begonnen en nu vrij algemeen benut) zou zich ook kunnen voltrekken voor die methoden die de uitkomsten van andere wetenschappen benutten.

2.3 *Presumptie 4: Empirische gegevens hebben meerwaarde voor de normatieve juridische besluitvorming door de rechter en de wetgever*

Het heeft alleen maar zin voor juristen om zich te verdiepen in andere disciplines indien ze daar wijzer van worden. Dat wil zeggen dat die discipline licht moet kunnen werpen op bijvoorbeeld de gedragspresumpties achter privaatrechtelijke regels, op de effecten en

3 Dit pleit er voor om in Nederland rechtsvergelijkend onderzoek vooral in het Engels te publiceren zodat het geschetste correctiemechanisme beter kan werken.

meer specifiek op de effectiviteit van de privaatrechtelijke regel, zodat evaluatie van die regels mogelijk wordt. Is dat het geval, uitgaande van de diverse bijdragen aan dit boek? Een aantal auteurs (Van Dijk/Lamers en Raaijmakers) komt tot de conclusie dat het aan onderzoeksgegevens ontbreekt, zodat er geen harde conclusies te trekken zijn. Dat is op zichzelf overigens een zeer zinvolle conclusie, omdat juristen zich in hun argumentaties vaak bedienen van allerlei empirische presumpties. Indien zij er op worden gewezen dat er geen bewijsmateriaal is te vinden voor die presumpties levert dat een gedegen bijdrage aan het juridisch debat. Ook als er wel bewijsmateriaal te vinden is, maar dat bijvoorbeeld weersproken wordt door ander onderzoek, kan dat een bijdrage aan een genuanceerd juridisch debat opleveren. Verder is het zo dat pas nadat inzicht is verkregen in het bestaande onderzoeksmateriaal het mogelijk wordt om scherpe onderzoeksvragen te stellen. Dit opent de poort naar de toename van kennis op bepaalde gebieden. De niet-jurist had dergelijke scherpe onderzoeksvragen nooit kunnen stellen bij gebrek aan kennis van de juridische context; de jurist had zonder kennisname van het niet-juridische onderzoek deze vragen evenmin kunnen stellen. Er wordt dus onderzoek mogelijk dat anders nooit zou zijn verricht.

Voor het overige bleek het voor veel auteurs mogelijk om (impliciete) presumpties te onderscheiden en deze met behulp van de onderzoeksresultaten van andere disciplines van commentaar te voorzien. Ook wanneer geen heel specifieke presumpties konden worden gevonden, gaf het niet-juridisch onderzoeksmateriaal toch aanleiding om verbeteringen van het geldend recht voor te stellen of vragen te stellen bij de wenselijkheid daarvan. Wij geven een overzicht van enkele van de gevonden resultaten, in willekeurige volgorde.

Adriaanse en Kuijl komen bijvoorbeeld tot de conclusie dat het debiteurvriendelijker maken van de insolventiewetgeving met als doelstelling het vergroten van de kans op overleving van de onderneming, waarschijnlijk eerder tot meer dan tot minder faillissementen zal leiden. Van Raaij identificeert maar liefst vijf in hun algemeenheid onjuiste presumpties waar de wetgever van uitgaat bij regelgeving ter bescherming van consumenten, terwijl Rassin in zijn bijdrage vooral kanttekeningen plaatst bij de presumptie dat mensen bij het nemen van beslissingen gebruik moeten maken van alle relevante informatie.

Croes concludeert op basis van onderzoek dat de Engelse civielrechtelijke *Anti-Social Behaviour Order* (ASBO) gericht tegen asociaal gedrag in ongeveer de helft van de gevallen wordt overtreden. Hij maakt onder verwijzing naar onder meer andere literatuur aannemelijk dat dit geen slecht resultaat is. Uit die literatuur blijkt namelijk dat er geen bewijs is dat punitieve sancties en andere beperkingen een preventieve werking hebben. Tegen die achtergrond is de kennelijke presumptie dus dat de ASBO geen afschrikkende werking heeft, maar in werkelijkheid heeft zij dat in ongeveer 50% van de gevallen wel.

Huls en Jungmann tonen op hun beurt aan dat de gedragsprikkel die in de Wsnp is neergelegd om crediteuren te stimuleren mee te werken aan informele hulpverlening niet heeft gewerkt. Zij identificeren de onjuiste aannames die de wetgever heeft gehanteerd. Een interessante misrekening was dat de harde en formele karakteristieken van het recht voor sommige actoren (gemeenten en crediteuren) aantrekkelijker waren dan een informele minnelijke hulpverlening. Het recht wordt hier dus geprefereerd boven een meer informele regeling.

Van Erp constateert in haar bijdrage dat de afschrikwekkende werking van het schadevergoedingsrecht in de juridische literatuur vaak ten onrechte alleen wordt gekoppeld aan de directe kosten die zijn verbonden aan de procedure en het uiteindelijk betalen van schadevergoeding. Zij wijst erop dat ondernemingen gevoelig zijn voor hun reputatie en dat om hierop in te spelen een veroordeling (ex art. 6:103 BW) tot publicatie van de rechterlijke uitspraak waarin schadevergoeding wordt toegekend, aan te bevelen is. Niemeijer en Klein Haarhuis trachten te komen tot een beter begrip van de factoren die het gebruik van rechtspraak en andere procedures bepalen. Deze factoren zijn niet alleen financieel of materieel, maar psychologisch (bijvoorbeeld ervaren rechtvaardigheid) en sociaal (bijvoorbeeld reputatie). De financiële factor is dus van wel belang, maar het is niet de enige factor.

Loonen onderzoekt de effecten van het cliëntenprofiel. Het doel hiervan, zoals het de wetgever voor ogen stond, was om onverantwoorde beleggingsbeslissingen te voorkomen. Uit onderzoek blijkt echter dat de wijze waarop het cliëntenprofiel wordt ingezet in de financiële dienstverlening per financiële onderneming verschilt en dat ook particuliere beleggers (afhankelijk van hun opleidingsniveau) het cliëntenprofiel niet zien als leidraad voor de inrichting van hun beleggingsportefeuille. Pape komt tot verbeteringen van productwaarschuwingen met behulp van bevindingen uit de cognitieve psychologie en ergonomie. Zij ontkracht zo de presumptie die mogelijk aan sommige regels die tot waarschuwing verplichten ten grondslag ligt, namelijk dat consumenten rationeel waarschuwingeninformatie verwerken.

De Hoon stelt de vraag aan de orde of de schuldvraag in het contractenrecht niet minder prominent op de agenda moet worden gezet. Achtergrond van deze vraag is haar analyse van het psychologisch onderzoek op het gebied van het vellen van oordelen waaruit blijkt dat een moreel oordeel vooral op intuïtie is gebaseerd en dat deze intuïtie achteraf wordt gerationaliseerd. Luzak concludeert dat de waarschuwingsplicht van de aannemer weliswaar bescherming van die wederpartij tot doel heeft, maar dat zij ook in het belang van aannemers zelf is. Nakoming van de waarschuwingsplicht leidt namelijk tot grotere tevredenheid bij de wederpartij waardoor deze niet zal kiezen voor een andere aannemer.

Van Tilburg concludeert dat de presumptie dat iemand met ‘renteneurose’ geen schadevergoeding dient te krijgen zodat hij ook van zijn ‘renteneurose’ is verlost, te simplistisch is. Er zijn vele redenen waardoor het herstelproces na letsel abnormaal kan verlopen. Een psychische predispositie kan daarbij een rol spelen, maar hoe groot die is, valt met behulp van de huidige diagnostiek niet goed te bepalen. Giesen onderzoekt de presumptie dat het aansprakelijkheidsrecht preventief werkt met behulp van psychologische onderzoeksresultaten op het vlak van attributie (gebeurtenissen toeschrijven aan oorzaken). Hij concludeert dat preventie ten dele niet te bereiken is, omdat mensen de neiging hebben om de oorzaak van een negatief ernstig gevolg, bijvoorbeeld een ongeluk dat leidt tot ernstige letselschade, niet bij zichzelf te zoeken (‘defensive attribution’).

Van Dam onderzoekt de rechtseconomische presumptie dat de overgang van een fault naar een no-fault systeem zal leiden tot meer verkeersongevallen en concludeert dat het empirisch onderzoek tegenstrijdig is. Faure en Van Boom concluderen op basis van empirisch onderzoek dat de presumptie dat verzekeraars het moreel risico gedurende de loop van de verzekering controleren in een aantal gevallen onjuist is. Tevens blijken verzekeraars in strijd met de theoretische presumptie soms bewust anti-selectie toestaan, bijvoorbeeld vanwege de sociale functie van de desbetreffende verzekering.

Kroeze verklaart aan de hand van de sociale psychologie waarom het bestuur of de raad van commissarissen vrijwel nooit een vordering wegens onbehoorlijke taakvervulling zal instellen tegen een zittende of voormalige bestuurder of commissaris. Met behulp van dezelfde discipline signaleert hij ongewenste neveneffecten als gevolg van een stijging van de kans van bestuurdersaansprakelijkheid en de resultaatsafhankelijke beloning. Ten slotte legt hij bloot welke psychologische mechanismen bevorderen dat het bestuur eenzijdig wordt samengesteld.

Engelhard en Engelhard corrigeren met behulp van psychiatrische onderzoeksgegevens een aantal presumpties die ten grondslag liggen aan het oordeel van de Hoge Raad in het Taxibus-arrest inzake de toekenning van schokschade.⁴ Zo hoeft een Post Traumatische Stress Stoornis niet altijd het gevolg te zijn van een emotionele schok, van eigen waarneming van het ongeval en van het overlijden of de ernstige verwonding van een dierbare persoon.

Bacharias, Lindenbergh en Mascini laten zien dat toegenomen responsabilisering van individuele medewerkers voor preventie van arbeidsuitval heeft geleid tot het ontlopen van verantwoordelijkheid, het niet melden van incidenten en een meer beschermende opstelling van de rechter. Giard onderzoekt de presumptie bij regels over ‘informed consent’ dat een patiënt in staat is om met alle relevante informatie over de voor- en nadelen van een voorgestelde behandeling een goed besluit te nemen. Het beschik-

4 Zie HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 nt. JBMV (Taxibus).

bare empirische materiaal geeft belangrijke nuanceringen op die presumptie, waarbij overdaad aan informatie maar vooral ook de toestand van de patiënt in de weg kan staan aan realisatie van het ideaal van de goed ingelichte en autonoom beslissende patiënt.

3 DE RODE DRAAD?

In deze bundel zijn vele impliciete of expliciete presumpties die door de rechter of door de wetgever werden gehanteerd, gewogen en vaak te licht bevonden. De vraag rijst of deze ‘correctie’ onder één noemer kan worden gebracht. Met andere woorden: is er een patroon te herkennen in de geheel of gedeeltelijke onjuiste presumpties van juristen?

Dat lijkt inderdaad tot op zekere hoogte het geval. Als er iets is dat naar voren komt in verschillende bijdragen, dan is het dat de nutsmaximaliserende, rationeel afwegende, goed geïnformeerde mens ten beste een modelmatig gemiddelde persoon is. Mensen zijn vaak niet goed geïnformeerd en als ze dat wel zijn, wil dat nog niet zeggen dat ze de juiste beslissing nemen.

Mensen zijn veelal niet goed geïnformeerd over regels (Van Dijck en Lamers). Zij schatten risico’s vaak niet goed in (Kroeze) waardoor zij bijvoorbeeld ten onrechte wel of geen verzekering afsluiten (Faure en Van Boom). Bij het leggen van causale relaties kennen mensen te veel gewicht toe aan de rol van de handelende persoon en deze persoon is geneigd om gevolgen niet aan zijn eigen handelen, maar aan externe factoren toe te schrijven (Giesen; De Hoon). Bovendien leidt het leggen van een causaal verband vaak tot het vellen van een moreel oordeel (De Hoon). Langer nadenken leidt niet altijd tot de beste beslissing (Rassin), maar dat gaat weer niet op voor een oordeel over causaal verband (Giesen). Waarschuwingsinformatie wordt niet altijd optimaal verwerkt, veel hangt af van de wijze waarop de waarschuwing is vormgegeven (Pape). Bij het verwerken van informatie hebben mensen de neiging om vooral die informatie te gebruiken die in overeenstemming is met hun bestaande opvattingen. Verder zijn mensen over het algemeen veel te optimistisch (Van Dijck en Lamers).

Omdat organisaties uiteindelijk ook bestaan uit mensen, kunnen deze ook ten prooi vallen aan voornoemde (en andere) gebreken (zoals ‘group think’, waarover Kroeze in deze bundel). Van Erp toont dit aan aan de hand van de risico-inschatting van fabrikant Ford bij de introductie van de Ford Pinto. Evenals iedere andere organisatie heeft ook de overheid bij de interpretatie van de werkelijkheid en het inschatten van de gevolgen van nieuwe regelgeving te maken met ‘biases’. Huls en Jungmann enerzijds en Kuijl en Adriaanse anderzijds geven daar voorbeelden van en zij merken op dat weliswaar inschattingen worden gemaakt van de kosten die regelgeving tot gevolg heeft, maar dat de gedragseffecten en onwenselijke neveneffecten veel minder scherp op het netvlies staan bij de beleidsmaker. Daar komt bij dat beleidsmakers ‘ook maar mensen zijn’ in

een omgeving waarin niet alleen het publieke belang maar vaak ook private belangen een rol kunnen spelen.⁵

Dit alles betekent natuurlijk niet dat mensen als regel onvoorspelbaar en irrationeel handelen, maar wel dat beleidsmakers en rechters er rekening mee dienen te houden dat mensen bij hun besluitvorming door een veelheid aan beperkingen, vooringenomenheden en cognitieve vertekeningen worden gehinderd en dat zij bij het maken van een belangenafweging niet alleen rekening houden met ‘harde’ economische gegevens, maar ook met ‘softe’ sociale en psychologische gegevens (Niemeijer en Klein Haarhuis; Raaijmakers).

4 TOEKOMST VAN DE CIVILOLOGIE

Ten slotte rest de vraag in hoeverre de in de inleiding van deze bundel besproken civilologie toekomst heeft. Kan deze methode opboksen tegen de dominante juridisch-dogmatische benadering van het recht? Wij hopen dat de civilologie op zijn minst een courante methode van onderzoek wordt, maar dat dit zal gebeuren is niet vanzelfsprekend. In de inleiding werden al vier factoren opgesomd die – waarschijnlijk – aan het doorbreken van een ‘privaatrecht der werkelijkheid’ in de weg hebben gestaan. Naar het zich laat aanzien zullen deze factoren niet gauw veranderen. Er zijn evenwel ook lichtpuntjes te bespeuren. Deze bundel illustreert wat ons betreft dat de eerste factor (in het juridisch onderwijs wordt geen aandacht geschonken aan empirisch onderzoek) geen grote belemmering hoeft te vormen. Ook de tweede factor (belangstelling in andere disciplines voor de werking van rechtsregels is niet groot) hoeft niet altijd een probleem te vormen: verscheidene niet-juridische onderzoekers bleken bereid om hun medewerking aan deze bundel te verlenen.

Verder is van belang dat de overheid ook meer oog lijkt te hebben voor ‘*evidence based*’ privaatrecht. Gedacht kan worden aan het parlementaire debat over de invoering van smartengeld voor nabestaanden, waar de roep om meer empirische gegevens over de behoeften van nabestaanden tot nadere bezinning en onderzoek leidde.⁶ Ook kan de ontwikkeling worden genoemd van privaatrecht als eigenstandig domein naar een privaatrecht als beleidsinstrument dat door de overheid ter verwezenlijking van bepaalde doelstellingen

5 Over ‘private interest’ bijv. Oguis 1994, p. 71 e.v. Voor iemands carrière kan het bijvoorbeeld van belang zijn dat een bepaald project slaagt of dat de evaluatie daarvan positief uitvalt. Uit onderzoek kwam in elk geval naar voren dat grote wetgevingsoperaties ter bestrijding van verontreiniging vaak niet werden geëvalueerd en dat hangt misschien samen met het niet parallel lopen van individueel belang en organisatorisch belang. Zie Faure en Verheij 2007, nr. 969.

6 De plenaire behandeling van wetsvoorstel 28.781 is op 12 september 2006 aangehouden in afwachting van de resultaten van nader onderzoek. Namens het ministerie van Justitie is aangegeven dat de eindresultaten van dit onderzoek in de loop van 2008 worden verwacht. De tussenrapportage is er al, zie Huver e.a. 2007.

kan worden ingezet.⁷ Wanneer dat gebeurt, ligt het voor de hand dat onderzoek naar effecten van privaatrechtelijke regelgeving ook vaker zal (moeten) plaatsvinden.

Of er ook vanuit de rechtspraak belangstelling voor deze methode zal opkomen en blijven bestaan, is minder eenvoudig te beantwoorden. Wat betreft rechters kan worden gesteld dat zij zich onder invloed van de veranderende opvattingen over rechtsvinding in de afgelopen eeuw bij de interpretatie van het privaatrecht meer op maatschappelijk wenselijke gevolgen van een bepaalde uitleg zijn gaan oriënteren, en dus wat minder op de precieze formulering of wetshistorische achtergrond van een regel. Maar de rechterlijke macht is geen onderzoeksinstituut en de rechter die zijn voorgenomen beslissing aan een maatschappelijke toets wil onderwerpen, zal noodgedwongen niet verder komen dan zijn oor te luisteren leggen bij onafhankelijke media en vertolkers van gevoelens in die maatschappij. Rechters hebben geen goede mogelijkheden tot onderzoek dus als er al onderzoek wordt verricht in de praktijk, zal dat vanuit de advocatuur moeten komen. Extra onderzoek kost echter weer meer geld en cliënten zullen lang niet altijd bereid zijn om hiervoor te betalen. Daarbij speelt mee dat onderzoek niet altijd in hun voordeel zal zijn. Het is dus niet bij voorbaat zeker of de investering de moeite loont.

Wat betreft het onderzoek naar presumpties in de rechtspraak en effecten van regels, zal het dus vooral aan de (rechts)wetenschappers zijn om dit onderzoek te verrichten. Behalve de criteria die NWO hanteert voor het honoreren van onderzoeksvoorstellen, ontbreken er echter ook op dat vlak nog duidelijke ‘incentives’. Dat betekent dat voornamelijk vooral de uit zichzelf al enthousiast geworden wetenschappers mee zullen willen doen. Dit boek vormt – zo hopen wij – de uitnodiging daartoe.

LITERATUUR

Faure en Verheij 2007

M.G. Faure en A.J. Verheij (red.), *Shifts in Compensation for Environmental Damage*, ESR/ECTIL/METRO Tort and Insurance Law Vol. 21, Wien/NewYork: Springer 2007.

Giesen 2007

I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Monografie Privaatrecht Deel 8, Kluwer: Deventer 2007.

Huiver e.a. 2007

R.M.E. Huiver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid*. Deel I. *Terreinverkenning*, Den Haag: WODC 2007.

Ogus 1994

A. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing 1994.

⁷ Bijvoorbeeld door in bepaalde gevallen niet aan te sturen op wetgeving maar juist op alternatieve regelgeving of zelfregulering, zie Giesen 2007.