

Tien jaar civilologie: hoe ver staan de luiken open?

Willem van Boom en Ivo Giesen ♦

Gepubliceerd als: W.H. van Boom & I. Giesen, Tien jaar civilologie: hoe ver staan de luiken open?, in: J. Baeck (red.), *Privaatrecht in actie!*, Brugge: Die Keure 2018, p. 15-46. Originele paginanummers staan als volgt vermeld in de tekst: [p. xx].

[p. 15]

1. Introductie en vraagstelling

1.1 *Empirie en privaatrecht: op stoom geraakt sinds 2008*

De empirische bestudering van het recht vindt plaats onder verschillende noemers en binnen uiteenlopende disciplines. Soms is sprake van heuse scholen, met kenmerkende opvattingen over methodologie en gebiedsafbakening, zoals bij rechtssociologie, rechtspsychologie, rechtsantropologie, en rechtseconomie het geval is. Vaak ook is slechts sprake van een noemer, waaronder nogal uiteenlopende onderzoekslijnen te vinden zijn. Zo heeft ‘Empirical Legal Studies’ (ook: ELS) vooral het gebruik van kwantitatieve methoden gemeen en is voor sommigen de kern van ‘Socio-legal Studies’ juist het gebruik van kwalitatieve methoden.

Vanuit de juridische discipline bezien is de empirische bestudering van het recht in veel opzichten weinig opzienbarend. Criminologie heeft een vaste plek in veel rechtenfaculteiten verworven en in menig rechtenfaculteit zal men bijvoorbeeld (rechts)economen met een empirische agenda aantreffen.¹ Buiten de criminologie en rechtssociologie staat de empirische bestudering van het recht - en dan met name ook van het *privaatrecht* – echter nog in de kinderschoenen. De aandacht voor de empirische bestudering van het recht is in Nederland evenwel aan het groeien.² Zo werd onlangs de landelijke evaluatie van het juridisch onderzoek aan de rechtenfaculteiten afgerond; in de verschillende evaluatierapporten werden links en rechts complimenten uitgedeeld aan onderzoeksinspanningen op dat vlak.³ Daarnaast zijn er de laatste jaren informele [p. 16] samenwerkingsinitiatieven en kennisplatforms ontstaan;⁴ zelfs de Raad van Decanen van de rechtenfaculteiten lijken te bewegen in de ‘empirische richting’.⁵

De empirische bestudering van het recht is uiteraard niet van gisteren op vandaag ontstaan, maar had al een ruime geschiedenis⁶ achter de rug toen wij in 2008 (samen met Albert Verheij) een impuls wilden geven aan de

♦ W.H. van Boom is hoogleraar civiel recht te Leiden; I. Giesen is hoogleraar burgerlijk recht bij het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law, Universiteit Utrecht. De auteurs danken Tess van der Linden en Jos Meester voor onderzoeksondersteuning; ook danken zij Kees van den Bos voor nuttige opmerkingen.

¹ Over de verschillende bloedgroepen binnen rechtenfaculteiten, zie men bijv. W.H. Van Boom, *Door meten tot weten - Over rechtswetenschap als kruispunt (oratie Leiden)*, Den Haag: BJU 2015.

² Zie ook M.V. Antokolskaia, ‘Opkomst van Empirical Legal Studies: een vloek, een zegen of allebei?’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2016, p. 423-424, en G. van Dijk, ‘Doe maar een cursusje empirisch-juridisch onderzoek’, *Ars Aequi* 2018, p. 102 e.v..

³ Zie in het algemeen W. van Genugten, *Aanhaken waar het kan, eigen(zinnig)heid waar gepast - Ontwikkelingen in de rechtswetenschap en de visitatie ervan (Overkoepelend rapport in het kader van de visitatie rechtswetenschappelijk onderzoek, 2016-2017)*, 2017, p. 12 (te vinden via <http://njb.nl/nieuws/visitation-rechtswetenschappelijk-onderzoek.27317.lynkx>). Kritisch: R. van Gestel, ‘De visitatie van het Nederlandse rechtswetenschappelijke onderzoek 2009-2015’, *Ars Aequi* 2018, p. 160 e.v.

⁴ Bij wijze van voorbeeld kunnen worden genoemd een initiatief om onderzoeksmiddelen voor empirisch onderzoek vrij te maken (zie <http://www.mr-online.nl/meer-geld-nodig-juridisch-onderzoek/>) en het platform *ELSi* (geïnitieerd vanuit *de Ius Commune* Onderzoeksschool; daarover M.V. Antokolskaia, ‘Opkomst van Empirical Legal Studies: een vloek, een zegen of allebei?’, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2016, p. 424-425).

⁵ Wellicht heeft de oproep van R. van Gestel, I. Giesen en W. van Boom, ‘Een landelijk Centrum voor Methodologie en Empirische Rechtsbeoefening’, *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 2032 e.v., dan toch effect gehad.

⁶ Zie over de stamboom van de civilologie vooral M.T. Croes en F.L. Leeuw, ‘De logos van het civiele’, in: W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJU 2012, p. 7 e.v.; W.H. van Boom,

empirische bestudering van het privaatrecht met de bundel 'Gedrag en Privaatrecht'. In 2013 werd een herziene en uitgebreide tweede druk daarvan uitgebracht onder de titel '*Capita Civilologie: handboek empirie en privaatrecht*',⁷ dit maal in een heuse boekenreeks.⁸ We doopten ons initiatief 'civilologie', bedoeld als geuzennaam, doch inmiddels ook wel gebruikt als verzamelterm voor alle vormen van interactie tussen empirie en privaatrecht.⁹ Wat in onze beleving vooral nieuw was aan [p. 17] ons initiatief, was dat die interactie met empirie vooral uitging van positiefrechtelijk georiënteerde en opgeleide onderzoekers; ongebonden als wij waren en zijn aan welke empirische school dan ook, hebben we vooral de luiken voor ons eigen onderwijs en onderzoek willen openzetten.

Sinds 2008 is er het nodige gebeurd. Zo bracht het bolwerk van het Nederlandse positieve privaatrecht, het eerbiedwaardige *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, eind 2011 een bijzonder nummer uit over 'law and...' bewegingen, onder gastredactie van Vranken & Van Dijck. Er werden oraties gehouden door hoogleraren in het privaatrecht waarin empirie niet werden geschuwd,¹⁰ en er werden diverse proefschriften verdedigd in het privaatrechtelijke domein waar verschillende empirische elementen in waren verwerkt.¹¹ En zo is er nog veel meer te melden.

1.2 Onze vragen daarbij

Gegeven deze ontwikkelingen leek het ons nuttig om tien jaar na de bundel 'Gedrag en Privaatrecht' terug te blikken en onze indrukken van hetgeen achter ons ligt, op schrift te stellen. Wat is er in het tijdvak 2008-2018 binnen het Nederlandse privaatrecht aan empirische wetenschap beschikbaar gekomen? Zijn de luiken ook bij anderen open gegaan, en zo ja, hoe ver dan? En als we op de oogst van tien jaar mogen reflecteren, is hetgeen wat er nu gebeurt aan 'empirie en privaatrecht', gezien de manier waarop dat gebeurt, inhoudelijk en methodologisch aan de maat? Heeft het nut en toegevoegde waarde? En kunnen onze gebruikelijke publicatiefora ermee uit de voeten? Ofwel: is dit *the way to go*?

'Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2013, p. 7 e.v.; W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, 'Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht - Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008, p. 7 e.v.

⁷ W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht - Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: BJu 2008; W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie - Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013.

⁸ Het betreft de *Civilologie / Civilology* reeks die wordt uitgegeven bij BJu / Eleven, Den Haag.

⁹ Een uitgebreide omschrijving van empirisch onderzoek in het privaatrecht geven we hier niet; het kan worden gezien als de verzameling van wetenschappen die in onderlinge samenhang de kennis vergroten van de werking van het privaatrecht in de echte wereld. Daarbij betrekken we 'werking' dan zowel op de mate van doelbereiking, de houdbaarheid van de onderliggende argumentatie als op de maatschappelijke effecten van regels van privaatrecht. Voor definities zie bijv. W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit, 'Inleiding', in: W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit (red.), *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2012, p. 1-2; G. Van Dijck, 'Empirical Legal Studies (ELS)', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2011/6912, p. 1105 e.v.; G. Van Dijck, 'Naar een succesformule voor empirisch-juridisch onderzoek', *Justitiële Verkenningen* 2016, p. 30 e.v. Vgl. de iets engere definitie van 'civilologie' die wordt gegeven door W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, 'Inleiding: een handboek voor de civiloloog-privatist', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie - Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 1. Daar stonden centraal de gedragsassumpties waar het privaatrecht zich van bedient, de effecten die het privaatrecht heeft op gedrag van individuen en organisaties, en de betekenis die deze assumpties en effecten hebben voor privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en -toepassing.

¹⁰ Bijv. W.H. van Boom, *Door meten tot weten - Over rechtswetenschap als kruispunt (oratie Leiden)*, Den Haag: BJu 2015; G. van Dijck, *MoneyLaw (and beyond) (inaugural lecture Maastricht)*, the Hague: Eleven 2017. Vgl. ook oraties van onderzoekers die tegen het privaatrecht 'aanschurken', zoals C. Van den Bos, *Kijken naar het recht (oratie UU)*, 2014 (oratie ter gelegenheid van de aanvaarding van de Utrechtse leerstoel Empirische rechtswetenschap), P. Mascini, *Law and Behavioral Sciences: Why We Need Less Purity Rather than More (inaugural lecture Rotterdam)*, The Hague: Eleven 2016, p. (oratie ter gelegenheid van de aanvaarding van de Rotterdamse leerstoel Empirical Legal Studies).

¹¹ We noemen bij wege van recente voorbeelden: J.J.A. Braspenning, *Een gedragswetenschappelijk perspectief op de consumentenkredietovereenkomst (diss. Tilburg)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017; K. Van der Kraats, *De eigen(aardig)heid van de kantonrechter (diss. Utrecht)*, Den Haag: BJu 2017.

[p. 18] Het is dit type vragen dat wij nader voor het voetlicht willen brengen in deze bijdrage. Van belang om te vermelden is dat onze bijdrage is ingegeven door onze indruk dat er naast het vele mooie dat gebeurt, de afgelopen jaren ook wel wat ontwikkelingen zijn te bespeuren waar meer kritische kanttekeningen bij te plaatsen zijn. Onze voornaamste zorg – en een mogelijke vloek die op de civilologie zou kunnen (komen te) rusten¹² – is dat de civilisten maar wat aanrommelen, te brede conclusies trekken en te weinig bij de harde resultaten van de empirie blijven, te weinig zelf onderzoeken, zich te veel laten verleiden door de sociale wetenschappen, of de empirie te veel gebruiken als retorisch instrument en te weinig als waarde in zichzelf.¹³ Als dat zo zou zijn en de kwaliteit van de (juridische) uitkomsten daarmee ter discussie zou komen te staan, is een waarschuwing op zijn plaats. De geloofwaardigheid van het gebruik van empirie in het privaatrecht gaat ons aan het hart. Liever entameren we dus een open discussie over de toegevoegde waarde van die empirie en hoe die wordt gehanteerd door civilisten, dan om over pakweg tien jaar te moeten constateren dat het een doodlopend pad is gebleken omdat er fouten zijn gemaakt. Tegen die achtergrond moet deze bijdrage dus worden begrepen.

1.3 Onze aanpak

We gaan als volgt te werk. Allereerst bakenen we de wisselwerking tussen empirie en privaatrecht nader af en komen we tot een staalkaart van de civilologie (paragraaf 2), door o.a. te bezien welke privaatrechtelijke deelterreinen 'empirisch' actief zijn en welke externe disciplines daar dan benut worden. Daarna focussen we in paragraaf 3 op de inhoudelijke kant van die staalkaart: welke thema's worden zoal empirisch aangepakt door onze privatisten? In paragraaf 4 reflecteren we op een en ander, gegeven de vragen die we hiervoor al stelden, waarna we in paragraaf 5 bij wege van afronding vooruit kijken richting 2028.

[p. 19]

2. Een staalkaart: wie werkt op welk deelterrein vanuit welke disciplines?

2.1 Nadere afbakening: primair, secundair én tertiair onderzoek

Het eerste punt op onze agenda is de staalkaart van wat is er zoal verschenen tussen 2008 en 2018 aan wetenschappelijke artikelen die 'iets' met empirie en privaatrecht te maken hebben. Gezien de veelheid aan materiaal – conclusie: de luiken staan in ruime mate open – beperken we ons hier tot tijdschriftartikelen. De vele fraaie bundelbijdragen,¹⁴ rapporten,¹⁵ proefschriften,¹⁶ boeken,¹⁷ bijdragen aan buitenlandse 'journals',¹⁸ etc. nemen we hier dus niet mee. We moesten een keuze maken en omdat tijdschriftartikelen in beginsel voor de meeste Nederlandse juristen de meest toegankelijke bron van informatie vormen en deze dus potentieel het meest gelezen worden en het meest invloedrijk zijn, leek het ons logisch om daar de aandacht op te richten. Uitputtend is onze staalkaart zeker niet. We hopen veeleer een rijke illustratie te geven dan ook maar enigszins volledig te zijn.

Bij onze inventarisatie konden we een onderscheid maken tussen primaire, secundaire en tertiaire literatuur. Primair onderzoek troffen we aan in tijdschriftartikelen die eigen dataverzameling en data-analyse

¹² Zie M.V. Antokolskaia, 'Opkomst van Empirical Legal Studies: een vloek, een zegen of allebei?', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2016, p. 430.

¹³ Een schot voor de boeg gaf bijv. W.H. van Boom en M.J. Borgers (red.), *De rekenende rechter: van "iudex non calculat" naar actieve cijferaar?*, Den Haag: BJu 2004.

¹⁴ Bijv. de bijdragen aan W.H. van Boom, P.T.M. Desmet en C.P. Reinders Folmer (red.), *Privaatrecht in het laboratorium – verslag van acht rechtspsychologische experimenten*, Den Haag: BJu 2015.

¹⁵ Bijv. R. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraktijk en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, Den Haag: BJu 2016.

¹⁶ We noemden hiervoor al enkele recente dissertaties. Er zijn er meer, maar we streven geen volledigheid na.

¹⁷ Bijv. S.D. Lindenberg, *Van smart naar geld*, Deventer: Kluwer 2013. Vgl. S.D. Lindenberg, 'Vier kinderen en hun lotgevallen in het aansprakelijkheidsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2670 e.v.

¹⁸ Bijv. L. Hulst en A.J. Akkermans, 'Can Money Symbolize Acknowledgment? How Victims' Relatives Perceive an Award for their Emotional Harm', *Psychological Injury and the Law* 2011, p. 245 e.v.

rapporteren, secundair onderzoek betrof artikelen van civilisten waarin de concrete uitkomsten van eerder door anderen verzamelde en geanalyseerde data zijn verwerkt. Ook zijn er 'tertiaire' juridische artikelen die (kort) reflecteren op de ontwikkelingen rondom empirie en privaatrecht met verwijzing naar secundaire bronnen.

Een voorbeeld van de eerste categorie (primaire ELS) biedt een artikel van Engelhard c.s.¹⁹ Zij onderzochten in een 'kwantitatief' jurisprudentieonderzoek [p. 20] rechterlijke beslissingen in strafprocedures over ingediende vorderingen tot vergoeding van schokschade. De onderzoekers willen weten welke factoren bepalend zijn voor het lot van schokschadeclaims in de strafrechtprocedure. Na een overzicht van de juridische achtergronden, wordt de relevante rechtspraak van rechtspraak.nl gezocht met trefwoorden en na ontdebelling blijven 229 uitspraken over. De uitspraken worden gecodeerd op uitkomst (af- of toewijzing, niet-ontvankelijkverklaring) en redengevingen voor niet-ontvankelijkverklaring. De auteurs hebben hier beschrijvende statistieken van gemaakt, die zij met een kwalitatieve analyse van 'kleur' en verklaring proberen te voorzien. Het is met name die kwalitatieve analyse die mogelijke verklaringen geeft. Zo concluderen de onderzoekers dat strafrechters 'geneigd lijken' om een vordering toe te wijzen als de shockschadevordering niet wordt betwist en het bestaan van geestelijk letsel is onderbouwd met een medische verklaring. Dat lijkt ons plausibel.²⁰

Een voorbeeld van de secundaire categorie is een artikel over de rol van excuses bij oordeelsvorming door de rechter in aansprakelijkheidszaken.²¹ Na een juridische getinte start wordt stilgestaan bij de uitkomsten van (uitvoerig geboekstaafd) primair sociaalpsychologisch onderzoek naar de invloed van excuses.²² Omdat het beeld daaruit niet eenduidig is, wordt terecht geconcludeerd dat er nu nog geen harde conclusies te trekken zijn.²³ Een ander voorbeeld is een essayistisch artikel waarin een lang pleidooi wordt gehouden voor stelselmatiger (neuro)psychologisch onderzoek naar beslisgedrag en oordeelsvorming door de rechter.²⁴ De bekende lijst van heuristieken en biases (onbewuste vooringenomenheden) komt langs, evenals een schets van de ontwikkelingen in de neuropsychologie en neurobiologie (o.a. het gebruik van fMRI en EEG-technieken). Dergelijke artikelen dragen bij, zo hopen wij, aan het 'salonfähig' maken van empirisch getint 'law and...' onderzoek.

[p. 21] Een voorbeeld van de tertiaire vorm is een artikel van een civilist waarin algemene inzichten uit rechtspsychologie (m.n. 'behavioral finance'), zoals verwoord in secundaire juridische bronnen, als uitgangspunt voor een juridisch betoog worden gehanteerd.²⁵ Dit is dus 'tertiair' onderzoek, omdat de jurist onderzoek van een andere jurist citeert dat de resultaten van het onderzoek van een psycholoog heeft geciteerd. In dit voorbeeld leidt het tot een oproep tot meer onderzoek van en naar gedragsbeïnvloeding, ook uit te voeren door anderen dan juristen. Dat soort oproepen tot 'meer onderzoek' zijn op zichzelf waardevol, zo menen wij (dat zal niet verrassen). Het betekent immers dat de waarde van inzichten vanuit andere disciplines langzaam aan meer 'mainstream' aan het worden is. Maar misschien zijn ze inmiddels wel een beetje sleets aan het raken, gegeven wat er allemaal al in gang is gezet. We komen daarop nog terug.

¹⁹ E.S. Engelhard, M.R. Hebly en I. van der Zalm, 'De shockschadevordering in het strafproces', *Tijdschrift Vergoeding Personenschade* 2015, p. 87 e.v.

²⁰ We vragen ons daarom wel af waarom de auteurs die verklaring niet ook in de statistische analyse hebben geprobeerd te betrekken. Het artikel zegt daar helaas niets over.

²¹ L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: In hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016/7092, p. 82 e.v.

²² Dit is sowieso een populair thema de laatste tijd, zie bijv. G. van Dijck, 'The Ordered Apology', *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, p. 562 e.v.

²³ Men zou hier dus ook van een negatief onderzoeksresultaat kunnen spreken: de zoektocht in de psychologie heeft geen aanwijzingen voor een effect van al dan niet aanbieden van excuses opgeleverd. Het valt niettemin toe te juichen dat dergelijk onderzoek publiceerbaar is (iets dat in andere wetenschappen nog steeds als lastig wordt ervaren). Zie nader W.H. van Boom, 'Rechtsempirisch onderzoek in het privaatrechtelijk domein – enkele observaties', in: *'Law and...' (bundel studiedag Iura Falconis 2017)*, Antwerpen: Intersentia 2018 (te verschijnen).

²⁴ D. van Toor, J. Soeharno en J. Smits, 'Makkelijk gedacht. Over (neur)psychologie van oordeelsvorming door de rechter', *Nederlands Juristenblad* 2013, p. 3148 e.v.

²⁵ B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2013, p. 15 e.v.

Wij menen dat naast aandacht voor het primaire onderzoek, ook aandacht moet uitgaan naar de secundaire en tertiaire categorie. Vanuit de empiristen is dat misschien niet een voor de hand liggende afbakening,²⁶ maar dat is het wel vanuit het perspectief van (reguliere)²⁷ civilisten, en daarmee zal de empirist die die civilisten wil 'meenemen' op zijn zoektocht naar *evidence based* kennis, terdege rekening moeten houden. Voor de civilologie zijn wat ons betreft de secundaire en tertiaire onderzoekslijnen dan ook wel degelijk relevant, omdat die potentieel de brug kunnen vormen tussen de empirisch verkregen bevindingen en een beleidsrelevante en juridisch relevante duiding en richting. Ook het gebruik van inzichten (en data) die door anderen zijn gegenereerd, kan namelijk inspiratie bieden of een bewijsfundament vormen voor juridische oplossingen en ook bij dat secundaire gebruik kan er van alles en nog wat mis gaan. Het is dus van belang dit 'secundair' gebruik van empirie door juristen te stimuleren én in de analyse te onderzoeken of dat gebruik momenteel op juiste wijze geschied.

2.2 *Spreiding binnen het privaatrecht*

Onze 'staalkaart' van wat is er zoal verschenen tussen 2008 en 2018 aan wetenschappelijke artikelen die 'iets' met empirie en privaatrecht te maken hebben, is [p. 22] als gezegd vooral als illustratie bedoeld. We beperken ons tot het vermogensrecht (hoewel in het personen- en familierecht ontegenzeggelijk interessante ontwikkelingen te melden zijn²⁸). We hanteerden een beredeneerde zoekmethode waarbij we met trefwoorden een aantal Nederlandse vermogensrechtelijk georiënteerde tijdschriften elektronisch doorzochten.²⁹ Daarna werden valse positieven handmatig uitgeselecteerd en werden bronnen uit eigen wetenschap handmatig toegevoegd. We geven toe, het is zeker geen volledig betrouwbare wijze van meting en bovendien is wat we hierna rapporteren onze eigen naselectie binnen de gevonden bronnen. Voor het doel van deze bijdrage menen we niettemin dat deze werkwijze volstaat.

Onze eerste indruk van de resultaten van deze werkwijze is dat er bij de primaire bronnen relatief veel publicaties betrekking hebben op het aansprakelijkheidsrecht, en daarbinnen lijkt de letselschadeproblematiek goed vertegenwoordigd. Algemeen vermogensrecht, overeenkomstenrecht en procesrecht werden ook aangetroffen, maar in mindere mate. Goederenrecht en zekerhedenrecht bleken vrijwel afwezig. Bij de secundaire en tertiaire bronnen lijkt de verdeling iets beter gespreid, maar nog steeds denken we te zien dat de belangstelling van civilisten voor de empirie van het aansprakelijkheidsrecht het grootst was. Een voorzichtige top vijf zou kunnen zijn: 1) aansprakelijkheidsrecht,³⁰ 2) procesrecht, inclusief [p. 23] rechtspleging³¹ 3) vermogensrecht algemeen³², 4) overeenkomstenrecht³³ en 5) ondernemingsrecht.³⁴

²⁶ Zo zien we 'Empirical Legal Studies' vaak omschreven als een zuiver empirische aangelegenheid; zie bijv. M.V. Antokolskaia, 'Opkomst van Empirical Legal Studies: een vloek, een zegen of allebei?', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2016, p. ; G. van Dijck, 'Naar een succesformule voor empirisch-juridisch onderzoek', *Justitiële Verkenningen* 2016, p. 30-31.

²⁷ Tussen haakjes, omdat we eigenlijk geen onderscheid willen maken tussen gewone of empirische civilisten, civilisten die juist niet of juist wel 'aan empirie (mee)doen'.

²⁸ Zie bijv. K. Boele-Woelki e.a., *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders? Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek*, Den Haag: BJu 2014.

²⁹ De tijdschriften waren Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR), Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR), Recht der Werkelijkheid (RdW), Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade (AV&S), Nederlands Juristenblad (NJB), Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl). Zoektermen waren 'kwalitatief onderzoek', 'kwantitatief onderzoek', 'empirische analyse', 'psychologie', 'economie', 'rechtseconomie', 'sociologie', 'multidisciplinair', 'interdisciplinair', 'civilologie'. Vermelding verdient dat de vele theoretisch-rechtseconomische geschriften niet in de opsommingen in de noten hierna zijn opgenomen; die rechtseconomie vormt inmiddels een eigen discipline binnen het recht in brede zin (en is overigens ook niet altijd empirisch van aard).

³⁰ Wat betreft de literatuur scharen we onder 1 (aansprakelijkheidsrecht) bijv.: (in chronologische volgorde) E.F.D. Engelhard, 'Opzettelijke levensberoving en shockschade', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2008, p. 307 e.v.; R. Schwitters, 'Tort, Social Aims and the Iron Cage: On the Relevance of Weber's Concepts for the Analysis of Tort', *Recht der Werkelijkheid* 2008, p. 99 e.v.; M. Hebly, 'Suicide na een arbeidsongeval: een (on)geval apart?', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010, p. 258 e.v.; C.J.M. van Doorn, 'Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010, p. 387 e.v.; E. Lebrecht en J.P.v.d. Sluijs, 'Voorzorg bij onzekere milieu-gezondheidsrisico's; het voorbeeld van elektromagnetische velden', *Aansprakelijkheid, Verzekering &*

[p. 24] Opvallend is dan uiteraard het relatief hoge aantal artikelen in de hoek van het aansprakelijkheidsrecht. Een mogelijke verklaring zou kunnen zijn dat veel van de civilisten die zich mede toeleggen op empirie en recht, (toevallig) een voorliefde voor en/of expertise in dat rechtsgebied hebben. Denk aan personen aan Arno Akkermans, Albert Verheij, Gijs van Dijck en onszelf. Dat op zichzelf lijkt ons nog onvoldoende verklarende kracht, mede gezien de lijst van auteurs die wij hier aantreffen.³⁵ Is er soms juridisch-dogmatisch niets (meer) te doen op dat terrein? Zeker wel. Maar misschien lokt dat vakgebied meer dan elders uit dat men op zoek gaat naar empirie, bijvoorbeeld om de vaak pregnant aanwezige policy-overwegingen (ook bij de Hoge Raad, al dan niet expliciet³⁶) steviger te kunnen onderbouwen of onderuit te kunnen halen. Aan de

Schade 2010, p. 196 e.v.; R.W.M. Giard, 'Law and medicine: dokteren aan het recht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2011/6912, p. 1086 e.v.; J.L. Smeehuijzen, 'De toekomst van letselschadeafwikkeling', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011, p. 29 e.v.; G. van Dijck, K. van Doorn en I. Tzankova, 'Reguleren van de afwikkeling van massaschade. Over opt-in/opt-out, inzichten voor de praktijk en de noodzaak van meer (empirisch) onderzoek', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 1383 e.v.; B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2013, p. 15 e.v.; G. van Dijck, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht: Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 2530 e.v.; R.W.M. Giard, 'Dit had niet hoeven gebeuren'. De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout van het CSQN-verband', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011, p. 471 e.v.; I. Giesen, R. Rijnhout en L. Enneking, 'Een ontmoeting tussen psychologie en aansprakelijkheidsrecht: Het anchoring effect', *Ars Aequi* 2013, p. 904 e.v.; D. de Groot, 'Neurowetenschap en civiel recht; Een onontgonnen combinatie in letselschadezaken', *Nederlands Juristenblad* 2014, p. 3152 e.v.; F.M. Ruitenbeek-Bart en A.J.J.G. Schijns, 'De schadeclaim van het slachtoffer van strafbare feiten; bruggenbouwer tussen twee rechtsgebieden?', *Tijdschrift Vergoeding Personenschade* 2014, p. 38 e.v.; L.A.B.M. Wijntjens, 'Excuses en aansprakelijkheid: In hoeverre en op welke wijze beïnvloeden excuses het oordeel van de rechter?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016/7092, p. 82 e.v.; R. Rijnhout, 'Alternatieve vergoedingssystemen in personenschadezaken en slachtofferbehoeften', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017, p. 277 e.v. G.M. Kuipers en M.K.G. Tjepkema, 'Publieke regie' in Groningen. Publiekrechtelijke schadeafhandeling en het vertrouwen in de overheid', *Nederlands Juristenblad* 2017, p. 2058 e.v.; G. van Dijck, 'Hebben afgedwongen excuses zin?', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017, p. 298 e.v.

³¹ Onder 2 (procesrecht, inclusief rechtspleging) scharen we bijv. I. Giesen, 'Handhaven met een toefje psychologie', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2009/6817, p. 845 e.v.; C.J.M. van Doorn, 'Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010, p. 387 e.v.; I. Giesen, 'Beter burgerlijk recht door keuzes op metaniveau en via beter burgerlijk procesrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011, p. 434 e.v.; M.-J. Van der Heijden, 'Adempauze (II)', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011, p. 430 e.v.; G. Van Dijck, K.v. Doorn en I. Tzankova, 'Reguleren van de afwikkeling van massaschade. Over opt-in/opt-out, inzichten voor de praktijk en de noodzaak van meer (empirisch) onderzoek', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 1383 e.v.; R.W.M. Giard, 'Waarheidsvinding. Hoe de juridische werkelijkheid het methodologische ideaal kan naderen', *Trema* 2013, p. 89 e.v.; M.J.C. Schröder, 'De invloed van de authority bias op het waarderen van deskundigenbewijs', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2016, p. 75 e.v.; I. van Duijneveldt, P. Wijga en K.v. Reisen, 'Werkdruk en organisatieontwikkeling in de rechtspraak', *Recht der Werkelijkheid* 2017, p. 9 e.v.; M. M. ter Voert en C.M. Klein Haarhuis, 'Waarom schakelen burgers (geen) rechtshulp in?', *Recht der Werkelijkheid* 2017, p. 24 e.v.

³² Onder 3 (vermogensrecht algemeen) scharen we bijv. C. Jansen, 'Charles Robert Darwin (1809-1882), het privaatrecht en de rechtwetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1320 e.v.; K. de Kogel e.a., 'Themanummer 'Neurolaw in Nederland'', *Nederlands Juristenblad* 2013, p. 3130 e.v.; J.E.J. Prins, 'Normering, regulering en rechtshandhaving door technologie: over de implicaties van technoregulering voor het privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2011/6912, p. 1075 e.v.; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Solidariteit in het privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2012/6939, p. 539 e.v.; D. Van Toor, J. Soeharno en J. Smits, 'Makkelijk gedacht. Over (neur)psychologie van oordeelsvorming door de rechter', *Nederlands Juristenblad* 2013, p. 3148 e.v.; C. Mak, E. Mak en V. Mak, 'De verwijzende rechter. Rechtspolitieke verandering via prejudiciële vragen van lagere rechters aan het Europese Hof van Justitie', *Nederlands Juristenblad* 2017, p. 1724 e.v.

³³ Onder 4 (overeenkomstenrecht) scharen we bijv. M.W. De Hoon, 'Macht in (inter)actie. Een verkennend, multidisciplinair onderzoek naar machtsverhoudingen tussen twee (rechts)personen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2008, p. 392 e.v.; F.W. Grosheide, 'Survival of the fittest en bescherming van de zwakkere partij. Over de actualiteit van Darwin's evolutietheorie voor het privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2009/6793, p. 281 e.v.; P. Verbruggen, 'Regulatory governance by contract: the rise of regulatory standards in commercial contracts', *Recht der Werkelijkheid* 2014, p. 79 e.v.

³⁴ Onder 5 (ondernemingsrecht) scharen we C.F. Deelen, 'Mentale misleiding en de rechter. Meavita, de OK en oordelen achteraf', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016/7111, p. 475 e.v.

³⁵ Zie de voetnoten 30 e.v.

³⁶ Vgl. E. de Jong, 'De alles overziende rechter? Over rechtsvorming met oog voor macro-effecten', in: (red.), *De Spier-Bundel*, Deventer: Kluwer 2016, p. 51 e.v.; E. de Jong en T.E. Van Der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten',

andere kant, dat element kan elders evenzeer een rol spelen, zo menen wij. Denk aan het stelsel van ons zekerhedenrecht, dat heel wel onderzocht zou kunnen worden vanuit bedrijfseconomisch of welvaartseconomisch perspectief; bij ons weten gebeurt dat nauwelijks.³⁷

Als we dan ook kijken naar het auteurscorps van de bijdragen, dan zien we dat bij de primaire literatuur redelijk veel artikelen door één enkele auteur zijn geschreven,³⁸ terwijl in de sociale wetenschappen dergelijke empirische 'single authored papers' nauwelijks voorkomen. We vermoeden dat het iets te maken heeft met de juridische individualistische schrijfcultuur. Overigens zien we ook diverse mooie combinaties van juristen en sociale wetenschappers.³⁹ Dat laatste [p. 25] lijkt eenvoudig te verklaren: twee (of meer) weten meer dan één en als een jurist ver buiten het juridische domein treedt, ligt samenwerking voor de hand.⁴⁰

2.3 Benutte disciplines

De disciplines waar binnen de secundaire literatuur naar wordt gekeken, zijn uiteenlopend. Het valt echter wel op dat een grote voorkeur bestaat voor de psychologie (in brede zin, dus variërend van cognitieve en sociale psychologie tot bijv. neuropsychologie). Om een tweetal voorbeelden te noemen: in literatuur over de afwikkeling van massaschade wordt geleund op sociaal-psychologische literatuur over belangen en belangenbevrediging⁴¹ en in literatuur over machts(on)evenwicht bij de totstandkoming van overeenkomsten worden inzichten over onderhandelingen verwerkt.⁴² Naast psychologie komen we ook de (rechts)sociologie tegen als theoretisch raamwerk⁴³ of als 'vindplaats' voor inzichten,⁴⁴ Maar op het oog is de psychologie populairder. De nabijheid tot het (privaat)recht kan dat verschil niet direct verklaren, wat ons betreft, te meer niet omdat juist de rechtssociologie al jaren een stevige voet tussen de deur van de rechtenopleidingen heeft (gehad, zo voegen we toe), anders dan de psychologie (los van een enkele rechtspsycholoog in de omgeving van het strafrecht). Onze indruk is ook dat, buiten de vele (theoretisch) rechtseconomische publicaties, bijdragen die economische data als uitgangspunt nemen, vrij weinig voorkomen (zelfs als men experimenteel onderzoek uit de gedrags(rechts)economie meetelt).⁴⁵

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 2017, p. 4 e.v.; A.L.M. Keirse en R. Ortlep, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2017, p. 3 e.v.

³⁷ De literatuur die we vonden, betrof met name insolventievraagstukken in algemenere zin; zie G. van Dijck e.a., 'Lege boedels: code rood of vals alarm? Een verkennende empirische studie naar Bredase ervaringen met lege boedels', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2008, p. 210 e.v.; G.v. Dijck en M.A. Gramatikov, 'De beloning van curatoren empirisch onderzocht', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2010, p. 3 e.v.; G.v. Dijck, 'Biedt een basisvergoeding soelaas? Empirisch onderzoek naar salaristekorten in faillissement', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, p. 9 e.v.; J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2015, p. 125 e.v.

³⁸ Bij de secundaire en tertiaire literatuur is het aandeel van de 'single authored papers' nog groter, zo is onze indruk.

³⁹ Bijv. R. Rijnhout e.a., 'Agressie van jeugdige voetballers en de rol van het recht: kennis en (on)begrip van de (spel)regels empirisch getoetst', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2016, p. 171 e.v., of (buiten onze tijdschriftselectie maar uit eigen wetenschap bekend:) W.H. van Boom, P. Desmet en M.R.v. Dam, 'Eenvoudige tekst, eenvoudige claim? Over de invloed van tekstniveau in algemene verzekeringsvoorwaarden op verwachtingen en gedrag van consumenten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2015, p. 200 e.v.

⁴⁰ Vgl. W.H. Van Boom, *Door meten tot weten - Over rechtswetenschap als kruispunt (oratie Leiden)*, Den Haag: BJU 2015, p. 8.

⁴¹ C.J.M. van Doorn, 'Een collectieve afwikkeling van massaschade en de belangen van de individuele benadeelde', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010, p. 387 e.v. Vgl. ook G. Van Dijck, K.v. Doorn en I. Tzankova, 'Reguleren van de afwikkeling van massaschade. Over opt-in/opt-out, inzichten voor de praktijk en de noodzaak van meer (empirisch) onderzoek', *Nederlands Juristenblad* 2011, p. 1383 e.v.

⁴² M.W. De Hoon, 'Macht in (inter)actie. Een verkennend, multidisciplinair onderzoek naar machtsverhoudingen tussen twee (rechts)personen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2008, p. 392 e.v.

⁴³ Bijv. R. Schwitters, 'Tort, Social Aims and the Iron Cage: On the Relevance of Weber's Concepts for the Analysis of Tort', *Recht der Werkelijkheid* 2008, p. 99 e.v. Vgl. ook (buiten onze selectie) het fraaie overzichtswerk van Marc Hertogh en Heleen Weyers (red.), *Recht van onderop - Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

⁴⁴ Bijv. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Solidariteit in het privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2012/6939, p. 539 e.v.

⁴⁵ Zie wellicht in deze hoek bijv. R. Bekkers en E.E. Mariani, 'Gedrags effecten van de Geefwet', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2012/6917, p. 133 e.v.

Bij de wel populaire psychologie aansluitend, zien we ook bijdragen over het belang van neurowetenschappelijk onderzoek. Zo is er een bijdrage waarin de [p. 26] relevantie van neurowetenschappen voor het privaatrecht wordt onderzocht.⁴⁶ Allereerst wordt een literatuurreview gepresenteerd, waaruit bijvoorbeeld blijkt dat neurowetenschappen nu of in de nabije toekomst de bewijspositie kan verstevigen waar het gaat om het aantonen van pijn en bewustzijn (bij coma), genderervaring en wilsbekwaamheid. Hoe groot de rol van neurowetenschappen thans is in de rechtspraak, laten de auteurs in het midden. Dat neurowetenschappen veranderingen zullen brengen in het privaatrecht, daarover zijn de auteurs het wel eens. Zij bepleiten dan ook dat met name rechters meer kennis zouden moeten hebben over welke kennis de neurowetenschappen wel en niet kunnen opleveren.

Overigens zijn er ook bijdragen in de primaire categorie die niet een specifiek paradigma als vertrekpunt nemen, maar vooral een toegepaste kwantitatieve analyse zijn van primaire data, zoals rechtspraak of enquêtemateriaal, om een juridisch relevante vraag te verkennen. Het gaat dan om vragen als: welke kenbare factoren bepalen de uitkomsten van een rechterlijk afwegingsproces?,⁴⁷ komt een juridisch construct overeen met wat 'gewone mensen' vinden?,⁴⁸ of kan een juridisch formulier worden verbeterd zodat het vaker correct wordt ingevuld?⁴⁹ In de secundaire categorie komt men die 'theorieloze' stukken minder eenvoudig tegen, omdat de onderliggende bronnen waar die publicaties gebruik van maken, veelal een disciplinaire herkomst hebben zoals psychologie of sociologie.

Een voorbeeld van een bijdrage van de primaire categorie die niet een specifiek paradigma als vertrekpunt heeft, is een fraai artikel waarin de matigingsrechtspraak kwantitatief wordt ontleed.⁵⁰ Via rechtsorde.nl worden alle gepubliceerde uitspraken uit een bepaalde periode gezocht met trefwoorden "6:94 BW matiging".⁵¹ [p. 27] De auteur codeert vervolgens een aantal variabelen, zoals de hoogte van de contractuele boete, totale toewijsbare bedrag zonder matiging (voor zover door de rechter vastgesteld), werkelijk veroorzaakte schade (idem), hoedanigheid van partijen, en als uitkomstvariabele: wel matiging/geen matiging. Omdat in het merendeel van de uitspraken de schade niet in een bedrag wordt vastgesteld, worden rechterlijke vaststellingen van het type 'schade is aannemelijk' of 'is duidelijk lager dan de boete' ook gecodeerd. De auteur gaat vervolgens aan de slag met de gecodeerde data.⁵² De auteur laat bijv. zien dat er correlatie bestaat tussen de verhouding schade/boete en al of niet matiging. Hij geeft terecht aan dat dit geen causaal verband toont, maar alleen een verband.⁵³ Jammer is in dat verband dat de auteur mogelijke andere factoren niet in de kwantitatieve analyse betreft maar alleen in een kwalitatieve analyse. Zodoende wordt het verband tussen de beslissing om wel of niet te matigen met één andere factor (verhouding boete/schade) uitgelicht, terwijl de werkelijke relevantie van dat verband pas aannemelijk kan worden gemaakt als men ook de andere factoren betreft in de analyse. Je weet immers ook pas of de correlatie tussen het aantal

⁴⁶ C.H. de Kogel, W.M. Schrama en M. Smit, 'Civiel recht en neurowetenschap', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2011/6912, p. 1095 e.v.

⁴⁷ P.T.J. Wolters, 'De invloed van de verhouding tussen schade en boete op de matiging van boetebedingen. Een empirische analyse', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2016, p. 109 e.v.; P.T.J. Wolters, 'De matiging van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken - een empirische analyse van de invloed van het gebruikelijke karakter', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2017/7136, p. 122 e.v.

⁴⁸ W.H. van Boom, H. Pluut en J.I. Van der Rest, 'Feiten van algemene bekendheid en ervaringsregels - een empirisch vervolg', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017, p. 176 e.v.

⁴⁹ J. Tegelaar en W.H. van Boom, 'Eenvoudiger verklaringsformulier bij derdenbeslag: beter begrepen en beter ingevuld', *Nederlands Juristenblad* 2017, p. 2655 e.v.

⁵⁰ P.T.J. Wolters, 'De invloed van de verhouding tussen schade en boete op de matiging van boetebedingen. Een empirische analyse', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2016, p. 109 e.v.

⁵¹ De onderzochte populatie betreft dus alleen uitspraken die aldus gepubliceerd zijn. De beperking van het onderzoek als gevolg van een eventuele vertekening door die steekproefvorming wordt beredeneerd.

⁵² Qua methode is er wel wat af te dingen op de uitvoering. Zo vonden wij een aantal coderingskwesaties. De codering is zo te zien door één persoon verricht; mooier zou het zijn om dat door twee of drie personen onafhankelijk van elkaar te laten doen en om vervolgens conflicten op te lossen en te registreren.

⁵³ Die zuiverheid verliest het artikel hier en daar (bijv. in titel en conclusie) waar het suggereert dat de verhouding tussen schade en boete een grote invloed heeft op de matiging van boetebedingen. Noch groot, noch invloed kunnen zo worden bewezen.

waargenomen ooevaars en het aantal geboortes werkelijk inhoudsbeteken is heeft als je ook het verband met de variabele 'maand' erbij betreft.⁵⁴ Misschien is dit wel een inherente beperking van 'theorieeloos' kwantitatief onderzoek: de gevonden verbanden schreeuwen om een verklarende theorie maar die dient zich hier niet aan. We zijn bij deze bijdrage wat op de details gaan zitten, niet om spijkers op laag water te zoeken maar omdat we hier echt enthousiast over zijn en we het zonde zouden vinden als dit type originele onderzoek op dat punt onnodig kwetsbaar zou zijn.

[p. 28]

3. Staalkaart: de inhoud van het empirisch-juridisch onderzoek

3.1 Enkele thema's uitgelicht

Als we met een meer inhoudelijke bril iets nader bekijken wat er zoal empirisch is onderzocht binnen het (brede) privaatrecht de laatste tien jaar, en nogmaals accepteren dat we geen volledigheid hebben nagestreefd, dan zien we een vijftal gemeenschappelijke noemers opdoemen: werking van recht, belangen en behoeften, schikken en procederen, rechterlijke besluitvorming en (op een meer meta niveau) het stelsel van juridisch onderwijs en onderzoek. Per noemer laten we een beperkt aantal onderzoeken kort de revue passeren, als een eerste ingang in de rijkdom die tien jaar civilologie heeft opgeleverd. Dat de noemers van zeker drie van die thema's vervolgens door een stevig gemeenschappelijk aura van 'de rechtspleging' omcirkeld worden, valt uiteraard ook ons direct op; dat ligt misschien hieraan dat onderzoek naar de werking van het privaatrecht in de dagdagelijkse werkelijkheid⁵⁵ vrij rechtstreeks verbonden is met de rechtspleging, hét forum bij uitstek waarbinnen die werkelijkheid uiteindelijk gestalte krijgt.

3.2 Werking van het recht

Een populair thema betreft de werking van het recht, meer in het bijzonder van het aansprakelijkheidsrecht. Heeft de dreiging van aansprakelijkheid gedragseffecten? Laten mensen en organisaties zich leiden door het aansprakelijkheidsrecht? Binnen deze categorie van vraagstellingen vinden we zowel literatuur van de secundaire als de primaire categorie.

Zo vinden we een uitgebreide literatuurstudie naar de vraag wat de bijdrage van aansprakelijkheidsrecht is aan voedselveiligheid.⁵⁶ Deze bijdrage geeft een overzicht van de rechtseconomische en rechtssociologische literatuur over aansprakelijkheidsrecht en verzekeringspraktijk als gedragsprikkel voor zorgvuldige bedrijfsvoering. De schrijfster komt tot de conclusie dat met name de sociologische literatuur relevantie heeft; de rechtseconomische modellen kennen weinig praktische toepassingen omdat kosten en baten van bedrijfshandelen in dit [p. 29] verband zelden concreet (kunnen) worden gemaakt. De sociologische literatuur wijst er bijvoorbeeld op dat kennis van voedselveiligheidsnormen in veel bedrijven onder de maat is, maar ook dat reputatieschade meer gevreesd lijkt te worden dan schadeclaims.

In dezelfde categorie plaatsen we een literatuurstudie naar de invloed van aansprakelijkheidsdreiging op het gedrag van artsen.⁵⁷ Het artikel geeft allereerst, terecht, aan dat de invloed van aansprakelijkheidsdreiging

⁵⁴ Waarmee we niet suggereren dat wij het verband dat de auteur laat zien, onwaarschijnlijk achten, integendeel.

⁵⁵ Zie onze omschrijvingen van de civilologie in vtnt. 9 hiervoor.

⁵⁶ T. Havinga, 'Draagt aansprakelijkheidsrecht bij aan de voedselveiligheid? Over de preventieve werking van schadeclaims en aansprakelijkheidsverzekering', *Recht der Werkelijkheid* 2010, p. 6 e.v.

⁵⁷ B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, 'Medical liability: do doctors care?', *Recht der Werkelijkheid* 2012, p. 28 e.v. Zie ook G. van Dijck, 'Aansprakelijkheid en defensief gedrag: nuanceren gewenst', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij

moelijk te onderzoeken is. Experimenteel onderzoek is nauwelijks extern valide, veldonderzoek met een tijdserie moet controleren voor allerlei veranderingen in sociaaleconomische factoren, en – ook niet onbelangrijk – men moet data en dus ook een maat hebben voor aansprakelijkheidsdreiging en gedrag. Voor Europa zijn al die gegevens niet voorhanden. Voor de VS is er veel meer materiaal, en doordat de VS wel 50+ jurisdicties heeft, kan men ook nog eens eenvoudiger vergelijken zonder een tijdseriemeting te hoeven doen. Op basis van dat Amerikaanse materiaal kunnen de auteurs de preventieve werking van medische aansprakelijkheid in kaart brengen. Belangrijk is dat zij verstoringen op die preventie in kaart brengen, zoals beloningsstructuren in de gezondheidszorg en de werking van de verzekeringsmarkt. Een aardige bevinding uit de literatuur is dat verhoogde aansprakelijkheidsdruk niet leidt tot verandering in gezondheid en daaruit leiden de auteurs af dat met name de slechte artsen ‘uitvallen’ door die verhoging van aansprakelijkheidsdruk.

Een studie die tot de primaire categorie behoort, is een onderzoek van juristen en ontwikkelingspsychologen naar het verband tussen regelkennis en regelbegrip enerzijds en respectvol gedrag van jeugdige voetballers anderzijds.⁵⁸ Ruim 100 jeugdige amateurvoetballers werden bereid gevonden een vragenlijst in te vullen. De lijsten bevatten zes casusvragen naar kennis van KNVB-voetbalregels, het strafrecht en aansprakelijkheidsrecht. De casus betreffen steeds een overtreding, en ze worden gevolgd door de vraag welke sanctie(s) opgelegd zal worden. Daarna moeten respondenten aangeven hoe zeker ze over hun antwoord zijn en hoe terecht ze de sanctie vinden. Het tweede deel van de lijst betreft psychologische testvragen naar pro-sociaal gedrag en agressief [p. 30] voetbalgedrag (d.w.z. zelf-rapportage), steeds gericht op de tegenstander, eigen team of officials/omstanders. De items hierover bleken betrouwbare maten op te leveren voor pro-sociaal gedrag en agressie. Hoewel de generaliseerbaarheid van de uitkomsten niet kan worden aangetoond (wie zegt dat alle jeugdvoetballers zijn zoals deze groep?), kunnen wel uitspraken worden gedaan over het verband tussen kennis van de regels en (gerapporteerd) gedrag. Die uitkomsten zijn niet bemoedigend: de regelkennis is slecht, respondenten zijn ongeacht hun werkelijke kennis erg zeker van hun antwoord, en een verband tussen gedrag en regelkennis danwel perceptie van regelkennis werd niet gevonden. De resultaten geven geen aanleiding om heel optimistisch te zijn over het idee (zoals dat leeft bij de KNVB) dat meer kennis zou leiden tot minder agressie, aldus de onderzoekers.

3.3 Belangen en behoeften

Een ander populair thema is de verkenning van belangen en behoeften van verschillende actoren in het privaatrecht. Zo zijn de behoeften van naasten en nabestaanden wat betreft vergoeding van affectieschade uitgebreid in kaart gebracht.⁵⁹ Een van de publicaties over dit thema doet bijv. verslag van een onderzoek over de behoeften van naasten en nabestaanden aan vergoeding voor affectieschade. Het onderzoek bestond o.m. uit vragenlijsten en interviews met naasten en nabestaanden van ongevallen. De auteurs beschrijven uitgebreid het onderzoeksproces en vooral ook hoe moeilijk het was om de doelgroep te vinden en bereid te vinden tot deelname. Uiteindelijk wordt een respectabele respons van 463 personen bereikt voor een vragenlijst met ruim 90 items (dat is erg veel, dus de bereidheid om in te vullen zegt ook genoeg over de

(red.), *Capita Civilologie - Handboek Empirie en Privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 459 e.v. Over dat thema loopt inmiddels aan de UU ook een promotieonderzoek (van S. Wiznitzer).

⁵⁸ R. Rijnhout e.a., ‘Agressie van jeugdige voetballers en de rol van het recht: kennis en (on)begrip van de (spel)regels empirisch getoetst’, *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2016, p. 171 e.v.

⁵⁹ A. Akkermans e.a., ‘Onderzoek biedt steun voor wetsvoorstel: vergoeding van affectieschade helpt, mits zorgvuldig aangeboden’, *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2009, p. 113 e.v. Het betreft rapportage van onderzoek dat in opdracht van het WODC werd uitgevoerd, te weten R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel I, Terreinverkenning*, WODC 2007 en A. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid (WODC-rapport)*, Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht, Vrije Universiteit Amsterdam 2008. Uit dezelfde onderzoeksgroep komt een studie naar de invloed van excuses voort; zie J.E. Hulst e.a., ‘Excuses in het privaatrecht’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2008/6772, p. 778 e.v.

betrokkenheid van de respondenten op het onderwerp).⁶⁰ De uitkomsten zijn, kort gezegd, [p. 31] dat respondenten verklaren behoefte te hebben aan deze vergoeding, bijvoorbeeld omdat deze helpen kan bij rouwverwerking. In dat verband vinden zij correcte en soepele afwikkeling van financiële schade overigens nóg belangrijker. Vergoeding van affectieschade moet, zo constateren de onderzoekers, wel op zorgvuldige en goed doordachte wijze worden aangeboden.⁶¹ Een interessant verband dat ook voor vervolgonderzoek (bijv. experimenteel onderzoek) relevant zou kunnen zijn, is hier het verband tussen de mate van verwijtbaarheid van het gedrag van de dader en de functie van de vergoeding voor affectieschade. Hoe verwijtbaarder het gedrag wordt gezien, hoe meer wordt verwacht dat de vergoeding een bijdrage zal leveren aan de verwerking van het verlies (ook al heeft die verwijtbaarheid geen echt effect op de hoogte van het bedrag die redelijk wordt gevonden). Hieruit zou men kunnen afleiden dat eenzelfde bedrag een andere functie kan krijgen naarmate een factor als verwijtbaarheid meer of minder een rol speelt.

In een publicatie over de praktijk van het Schadefonds Geweldsmisdrijven rapporteert de auteur een onderzoek naar de vraag in hoeverre de vergoedingen van het Schadefonds worden ervaren als tegemoetkoming aan emotionele behoeften.⁶² Het empirische onderzoek is gebaseerd op vragenlijsten aan slachtoffers die een aanvraag deden bij het Schadefonds; de vragen gaan over verwachtingen, tevredenheid en de factoren die verband houden met die tevredenheid. Meer dan de helft van de ondervraagden geeft aan dat het krijgen van de vergoeding niet de belangrijkste reden is om de aanvraag te doen. Emotionele behoeften zoals erkenning blijken wél belangrijk, en het verkrijgen van de vergoeding blijkt bovendien tegemoet te komen aan de behoefte tot erkenning. Ten slotte blijkt ook dat de hoogte van de bedragen geen verband vertoont met de mate waarin slachtoffers verzachting van hun pijn ervaren. De uitkomsten van het onderzoek zijn aanleiding voor de auteur om te stellen dat wat hier geldt, ook zal moeten gelden als er een wettelijk recht op affectieschade zou worden ingevoerd.

[p. 32] Een heel ander type ‘belangen en behoeften’ treffen we aan in een publicatie over accountantsaansprakelijkheid.⁶³ Daarin wordt onderzocht of beperking van de aansprakelijkheid van de accountant wenselijk is, gelet op de visie van de diverse belangengroepen en, indien wenselijk, hoe deze beperking dan vormgegeven moet worden. Na een overzicht van wettelijk kader, rechtspraak, literatuur en beleidsinitiatieven, volgt een praktijkonderzoek. De opzet en verantwoording van dat praktijkonderzoek worden slechts summier toegelicht. Er zijn vijf belangengroepen geïdentificeerd, waarbinnen 37 respondenten bereid bleken om geïnterviewd te worden. De selectie van de respondenten wordt niet onderbouwd anders dan met de verzekering dat deze zorgvuldig was.⁶⁴ De vragenlijst is niet opgenomen in het artikel; we vermoeden dat de opzet van de interviews semigestructureerd was, maar we weten het niet zeker. Of de interviews zijn uitgeschreven, is ook niet bekend. De uitkomsten zijn zeker interessant te noemen; ze geven de verschillende belangen duidelijk weer, waarbij accountantsbelangen bijvoorbeeld duidelijk verschillen van ondernemersbelangen en waarbij er op gewezen wordt dat aansprakelijkheidsrisico's misschien minder problematisch zijn dan reputatierisico's, net zoals bij artsen (zie paragraaf).

⁶⁰ Interessant om te melden is dat vrijwel steeds een 7-puntsschaal werd gebruikt zodat er altijd een neutrale optie 4 voor de respondenten was, én er ook nog een optie ‘geen antwoord’ mogelijk was. Onze ervaring is dat die optie het ‘invulplezier’ bij moeilijke vragenlijsten vergroot, omdat je als respondent niet gedwongen wordt te kiezen om het een beetje eens of oneens te zijn met een stelling die wordt voorgelegd. Anderzijds kan dat ook de bruikbaarheid van de uitkomsten onder druk zetten (wat zegt het als respondenten ‘niet kiezen’?), maar we hebben niet de indruk dat zich dat hier heeft voorgedaan.

⁶¹ Over het politieke steekspel dat aan het rapport voorafging en dat erop volgde, zie bijv. D.T. van Houwelingen, ‘Waarom heeft het Wetsvoorstel affectieschade het Staatsblad niet gehaald?’, in: W.H. van Boom en S.D. Lindenberg (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 429 e.v.; J.M. Vermolen en W.H. van Boom, ‘Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017, p. 248-249.

⁶² J. Mulder, ‘Hoe schadevergoeding kan leiden tot gevoelens van erkenning en gerechtigheid. Lessen uit de praktijk van het Schadefonds Geweldsmisdrijven’, *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 293 e.v.

⁶³ I. van der Zalm, ‘Beperking van de aansprakelijkheid van de controlerende accountant: een praktijkonderzoek’, *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2016, p. 101 e.v.

⁶⁴ Zie hiervoor, vtnt. 14.

3.4 Schikken en procederen

Een dankbaar onderwerp voor zowel primaire als secundaire civilologische onderzoeksvormen, betreft de diverse aspecten van onderhandelen, schikken en procederen in civiele zaken. Zo wordt in een van de publicaties verslag gedaan van een uitgebreide analyse van schikkingsdossiers in letselschadegevallen.⁶⁵ Het betreft een degelijke kwantitatieve analyse van dossiers die normaal gesproken niet zomaar in handen vallen van onderzoekers, namelijk letselschadedossiers die zich onder aansprakelijkheidsverzekeraars bevinden. Voor het onderzoek was dan ook opdracht gegeven door het Personenschade Instituut Verzekeraars PIV. Het gaat om de vergoeding van buitengerechtelijke pre-processuele kosten van belangenbehartigers die opkomen voor letselschadeslachtoffers (zoals onderhandelingskosten van advocaten), die via art. 6:96 BW in rekening worden gebracht bij de **[p. 33]** aansprakelijkheidsverzekeraar.⁶⁶ Allereerst beschrijven de auteurs de rechtseconomische literatuur en komen zij op een voorspelling uit dat tarieven niet worden gematigd als belangenbehartigers de mogelijkheid hebben om deze kosten in rekening te brengen bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de wederpartij. Vervolgens wordt een door vijf verzekeraars aangeleverde database met 1063 gehele of gedeeltelijke dossiers uit de periode 2001-2006 onderzocht (alle dossiers waren afgedaan in die periode). De dossiers worden gecodeerd op o.a. type belangenbehartiger (advocaat/anders), soort zaak, aantal experts, of aansprakelijkheid werd betwist of niet, uurtarief en totaal in rekening gebrachte bedragen. Het blijkt dat de gemiddelde uurtarieven met ruim 24 % zijn gestegen, en dat de tarieven van de niet-advocaten relatief sterker gestegen zijn. De stijging is tweemaal groter dan die van cao-lonen en consumptieprijsindex. Grotere kantoren hanteren bovengemiddelde tarieven, maar bij de iets kleinere kantoren is de stijging relatief het grootst. De verhouding tussen de buitengerechtelijke kosten en schade is aldus dat het relatieve aandeel van de kosten daalt naarmate de schade groter is. De auteurs zijn voorzichtig met het trekken van de conclusie dat hier sprake is van een 'holdup' door belangenbehartigers, maar zij menen wel dat het vergoedingsmodel tot perverse effecten lijkt te leiden.

Een ander thema dat veel aandacht trekt, is de collectieve (schadevergoedings)actie. Zo wordt in een van de publicaties op dat thema een klein veldonderzoek binnen een van de grotere collectieve acties besproken.⁶⁷ Dat veldonderzoek wordt ingebed in een literatuuronderzoek, waaruit de schrijfster een aantal behoeften van slachtoffers destilleert. Vervolgens worden op twee peildata de internetsites onderzocht van de claimorganisaties die betrokken zijn in het betreffende dossier. De sites worden onderzocht op de mate waarin aan slachtofferbehoeften tegemoet gekomen wordt. De schrijfster geeft vervolgens zelf kwalificaties aan hetgeen zij op de websites vindt en hecht daar vervolgens een 'positief' of 'negatief' oordeel aan. Het geheel is dus een verkennende kwalitatieve studie.⁶⁸ Uit dezelfde onderzoekslijn komt een artikel voort dat de vraag onderzoekt of collectieve schadeafwikkeling voldoende recht doet aan de **[p. 34]** belangen (of beter: behoeften) van individuele benadeelden.⁶⁹ Het artikel is een samenvatting van een onderzoeksrapport. Het inventariseert allereerst het empirische onderzoek dat daarover bestaat en constateert dat veel van dat onderzoek vooral individuele schadeafwikkeling betreft. De vraag of dezelfde behoeften ook gelden in collectieve afwikkeling, wordt vervolgens onderzocht aan de hand van een casestudy van collectieve actie. Het onderzoek is verkennend kwalitatief van aard, dat wil zeggen: er zijn 14 semigestructureerde interviews met 'gedupeerden' gehouden. De selectie van de geïnterviewden wordt beredeneerd in het artikel. Voor de wijze

⁶⁵ M.G. Faure en N.J. Philipsen, 'Honoraria van belangenbehartigers in letselschadezaken: een dossieranalyse (2001-2006)', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2008, p. 316 e.v.

⁶⁶ Het betreffende wetsartikel zegt kort gezegd dat de aansprakelijke partij die pre-processuele kosten moet vergoeden als het inroepen van juridische hulp redelijk was en de kosten redelijk zijn. Dat levert nogal wat ruimte voor variatie op, en die is er dan ook.

⁶⁷ C.J.M. van Doorn, 'De afwikkeling van massaschade: optimale belangenbehartiging door belangenorganisaties?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2013/6982, p. 548 e.v.

⁶⁸ Een opmerkelijk aspect van het artikel is dat het psychologische construct 'behoefte aan vertegenwoordiging', bekend uit de procedurele rechtvaardigheidstheorie, wordt getoetst aan de hand van informatie op de website met betrekking tot de personen wier belangen vertegenwoordigd worden door de betreffende organisatie. We vragen ons af of dat wel een betrouwbare transpositie is van een psychologisch construct naar een juridisch-feitelijk construct.

⁶⁹ C.J.M. van Doorn, 'De mensen achter de grote getallen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2016, p. 144 e.v.

van verwerking van de data (de 6-staps thematisch raamwerk methode) wordt verwezen naar het uitgebreidere onderzoeksrapport. Gezien de grootte van de steekproef wordt gewezen op de beperkte generaliseerbaarheid. Interessant is dat de studie een aantal motieven bij 'gedupeerden' boven water brengt die in onderzoek over individuele schadevergoedingsacties minder duidelijk naar voren komen.

3.5 Rechterlijke besluitvorming

Uit de internationale literatuur is al het nodige bekend over rechterlijke besluitvorming. Zo is er experimenteel onderzoek in de rechtspsychologie naar diverse cognitieve aspecten, en wordt daarover in secundaire literatuur bericht,⁷⁰ maar er is ook meer sociologisch getint onderzoek naar motieven, redeneerstijlen en rechterlijke attitude. In het Nederlandse domein valt bijvoorbeeld te wijzen op een artikel over de invloed van 'het onbewuste' van de rechter bij oordeelsvorming en de legitimatie daarvan.⁷¹ Na een overzicht van generieke bevindingen uit o.a. psychologie en neurowetenschappen⁷² worden resultaten daarvan in uitnodigende zin getransponeerd naar rechters. "Het kan bijvoorbeeld het geval zijn dat de rechter..." en "De rechter kan hierdoor bijvoorbeeld onbewust..." , "Het is [p. 35] voorstelbaar dat de rechter...". Vervolgens gaat het artikel in op wat er bekend is in de wetenschap over de invloed van indrukken en vooroordelen bij oordeelsvorming over anderen. Ook hier wordt een literatuurreview gegeven⁷³ en worden de bevindingen daaruit zonder meer op rechters toegepast. In het artikel wordt een aantal maal verwezen naar interviews die de auteur – kennelijk – met rechters gehouden heeft. De wijze van selecteren van de rechters, de gestelde vragen, en de gegeven antwoorden zijn echter niet te vinden in het artikel, en verwijzingen naar een andere vindplaats zijn er ook niet. Toch zou uit de interviews blijken dat er (onder rechters?) tot op heden vrijwel geen aandacht voor de werking van 'het onbewuste' is. De auteur beveelt aan om in de opleiding en bijscholing van rechters meer aandacht te besteden aan het fenomeen van het onbewuste. Hoe een en ander zich verhoudt tot beslissingen in meervoudige kamer, wordt echter niet duidelijk.

3.6 Op een hoger plan: bestudering van ons juridisch onderwijs en onderzoek

Een belangwekkende ontwikkeling is dat het juridisch onderzoek en onderwijs in Nederland als zodanig ook onderwerp van onderzoek is (geworden). Dit meta-onderwerp valt strikt genomen buiten het civielrechtelijke domein, maar heeft onze grote belangstelling en daarom berichten we er hier toch kort over.⁷⁴ Zo heeft Van Dijk (met anderen) een aantal publicaties verzorgd waarin juridisch onderzoek werd onderzocht.⁷⁵ In 2010 verscheen bijvoorbeeld een kwantitatieve analyse van 82 dissertaties aangaande het verband tussen enerzijds het onderzochte onderzoeksdomein (onderverdeeld in 'klassieke' en 'niet-klassieke rechtsgebieden') en

⁷⁰ Bijv. B.B. Duivenvoorde, 'De gemiddelde consument als standaard bij misleiding - Een kritische blik vanuit de gedragwetenschappen', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie - Handboek empirie en privaatrecht*, BJU 2013, p. 147 e.v.; L.F.H. Enneking, I. Giesen en R. Rijnhout, 'Bewijswaardering en psychologische inzichten', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie - Handboek empirie en privaatrecht*, BJU 2013, p. 1017 e.v.; M.J.C. Schröder, 'De invloed van de authority bias op het waarderen van deskundigenbewijs', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2016, p. 75 e.v.

⁷¹ C. Deelen, 'De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 356 e.v.

⁷² C. Deelen, 'De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 356 e.v., voetnoten 9 t/m 16.

⁷³ Zie C. Deelen, 'De invloed van het onbewuste van de rechter op het rechterlijk oordeel', *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 356 e.v., voetnoten 19 t/m 40.

⁷⁴ Een mooie introspectie binnen de rechtssociologie kwamen we tegen bij R. Baas, 'Ervaringen uit de collegezaal. Een verslag van de discussie over rechtssociologisch onderwijs in Nederland', *Recht der Werkelijkheid* 2014, p. 65 e.v.

⁷⁵ Uit deze Tilburgse onderzoekslijn, waar Jan Vranken en Rob van Gestel de intellectuele vaders van zijn, kwamen ook twee proefschriften voort, te weten H.E.B. Tijssen, *De juridische dissertatie onder de loep - De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties (diss. Tilburg)*, Den Haag: BJU 2009, en M.V.R. Snel, *Meester(s) over bronnen (diss. Tilburg)*, Den Haag: BJU 2016.

anderzijds drie gevolgde onderzoeksstijlen.⁷⁶ Die stijlen werden geconstrueerd als (1) een intern juridisch perspectief dat gebondenheid aan de wet (recht?) vooropstelt en dat daarbinnen oplossingen zoekt, (2) een extern perspectief met gebruikmaking van een theorie en methode, dat het recht [p. 36] verklaart of normatief beoordeelt, en (3) een extern perspectief, veelal zonder expliciete methode maar wel met eclectisch gebruik van juridische en niet-juridische bronnen om te stellen hoe het recht zou moeten luiden. De derde onderzoeksstijl noemen de onderzoekers ‘het rolmodel van de wetgever’. De conclusie van het onderzoek is dat veel dissertaties in ‘klassieke rechtsgebieden’ die derde stijl aannemen. Dat betekent evenwel niet dat deze dissertaties zich op de wetgever richten, maar alleen dat deze proefschriften in het beste geval methodologische potpourri opleveren en in het slechtste een ongefundeerd normatief standpunt (zoals wetgevers plegen te doen, aldus kort gezegd onderzoekers).⁷⁷

Er was ook aandacht voor het introduceren van citatiemetingen,⁷⁸ hoewel daar onder juristen (nog) weinig enthousiasme voor lijkt te bestaan.⁷⁹ In het verlengde hiervan kan worden vastgesteld dat meermalen de roep is gedaan om ‘iets’ te doen met methodologie en empirie in het curriculum van de rechtsgeleerde opleiding.⁸⁰

4 Reflecties

4.1 Op zoek naar de uitdagingen nu de luiken open staan

In deze paragraaf willen we kort nader reflecteren op wat we hebben gevonden. Onze algemene indruk is, als gezegd, dat niet alleen bij ons maar in bredere zin de luiken zijn open gezet, maar ook dat de oogst – hoe verrassend – wisselend te noemen valt. We zien mooie voorbeelden van gedegen werk op het snijvlak van [p. 37] empirie en privaatrecht, zowel bij de primaire als secundaire vormen van onderzoek. Echter, soms is het werk nauwelijks empirisch, soms is het van dubieuze kwaliteit en een aantal keren hebben we ons afgevraagd of tijdschriftredacties niet strenger hadden moeten zijn. We kijken daarom hierna wat preciezer naar een aantal van de uitdagingen die zodoende aangevat moeten worden. Overigens: de dooddoener van het type ‘nader onderzoek is nodig’, die we een aantal keer tegenkwamen in conclusies bij secundaire literatuur, zouden we eigenlijk liever niet meer willen lezen. Als nader empirisch onderzoek nodig is, is het dan geen mooie opgave om dat zelf te gaan doen? Maar wellicht, zo realiseren wij ons ook wel, vragen we dan te snel te veel (want men zal dan vooral ondervinden hoe moeilijk het is). Hier geldt dat vele handen licht werk maken; samenwerking is het parool.⁸¹

4.2 Fundamenteel of praktijkgericht

⁷⁶ G. van Dijk, S. van Gulijk en M. Prinsen, ‘Wat doen juridische onderzoekers? Een empirische blik’, *Recht der Werkelijkheid* 2010, p. 44 e.v.

⁷⁷ Een van ons uitte overigens eerder enige kritiek op de opzet van de studie; zie W.H. van Boom, ‘De Nederlandse privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)’, *Regelmaat* 2012, p. 282.

⁷⁸ Bijv. W. Soetenhorst, ‘Een juridische citatie-index: het proof of concept is voorhanden’, *Nederlands Juristenblad* 2017, p. 1184.

⁷⁹ Zie de enquêteresultaten bij W.H. van Boom en R. Van Gestel, ‘Rechtswetenschappelijk onderzoek - Uitkomsten van een landelijke enquête’, *Nederlands Juristenblad* 2015, p. 1336 e.v. (de volledige webversie is te vinden op <http://ssrn.com/abstract=2609277>).

⁸⁰ Bijv. R. van Gestel, I. Giesen en W. van Boom, ‘Een landelijk Centrum voor Methodologie en Empirische Rechtsbeoefening’, *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 2032 e.v.; Zie ook P. Wolters, ‘Empirische gegevens in de rechtswetenschap. Een onderzoek naar het gebruik en de status van empirische gegevens in de rechtswetenschap in Nederland en de Verenigde Staten’, *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 2083 e.v.; E. Mak, *The T-shaped Lawyer and Beyond: rethinking legal professionalism and legal education for contemporary societies (inaugural lecture Utrecht)*, the Hague: Eleven 2017; H. Spath, ‘Iedereen T-vormig?’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2017, p. 295 e.v.; G. van Dijk, ‘Doe maar een cursusje empirisch-juridisch onderzoek’, *Ars Aequi* 2018, p. 102-104. Voorzichtig is W.H. van Boom, ‘Rechtsempirisch onderzoek in het privaatrechtelijk domein – enkele observaties’, in: *‘Law and...’ (studiedag Iura Falconis 2017)*, Antwerpen: Intersentia 2018 (te verschijnen).

⁸¹ Naar A.R. Bloembergen, ‘De open wetenschap van het privaatrecht (afscheidsrede Leiden, Deventer: Kluwer 1979)’, in: *Bloembergens Werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 436.

We zien, gelukkig, dat de meeste literatuur over empirie en privaatrecht gericht is op ‘echte’ problemen. Binnen andere wetenschapsgebieden dan het juridische wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen fundamenteel versus toegepast, praktisch of beleidsonderzoek, waarbij dan soms alleen het eerste type onderzoek ‘echt’ meetelt, en het tweede type bij sommige onderzoekers nog een zeker dedain uitlokt. Gelukkig is de trend eerder dat de andere wetenschapsgebieden steeds meer inzien dat hetgeen ze doen wel een link naar de ‘echte wereld’ moet hebben, naar een daadwerkelijk probleem. In het domein van de juristen is eigenlijk vrijwel al het rechtswetenschappelijk onderzoek van academici praktisch en/of beleidsmatig relevant omdat in feite steeds een geconstateerd juridisch probleem met daarachter een maatschappelijke kwestie aan de basis staat van dat onderzoek, dat vervolgens beoogt om het probleem aan te pakken en vaak ook om de theorievorming verder te helpen. De vraag is echter of dat ook zo is als het om onderzoek op het snijvlak van empirie en privaatrecht gaat. De kans bestaat immers dat daarbij, in lijn met wat er elders gebeurt, de praktische kant van de zaak toch wat ondergesneeuwd raakt als het verzamelen van data voorop komt te staan. We hebben van een dergelijke beweging in Nederland echter nog geen bewijs gevonden. De drijfveer voor veel onderzoek dat wij gezien hebben, is de verbetering van het recht door daar externe gezichtspunten en argumenten bij te betrekken om het onderliggende maatschappelijke [p. 38] probleem op te lossen. Bovendien was een aantal publicaties die we zagen, juist uitvloeisel van opdrachtonderzoek in verband met een actueel beleidsprobleem.⁸²

4.3 Primair onderzoek

Zonder twijfel zijn bij het primaire onderzoek de betrouwbaarheid en validiteit van de onderzoeksopzet van het grootste belang, net als de publieke verantwoording van die methode, met als doel om de uitkomsten voor derden, buitenstaanders, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.⁸³ Voor juristen die niet bekend zijn met een bepaalde sociaalwetenschappelijke discipline, is het van belang de beperkingen te kennen die daar spelen. Juist omdat we in de door ons onderzochte periode een grote belangstelling zien voor de uitkomsten van experimenteel onderzoek in de cognitieve psychologie, is het wellicht goed om bij die deeldiscipline wat langer stil te staan.

Experimenteel onderzoek in de cognitieve psychologie spreekt tot de verbeelding van juristen. Een onderzoekslijn die toont dat de menselijke beslisser zich laat beïnvloeden door juridisch niet-relevante aspecten of zich laat ‘foppen’ door zijn eigen cognitieve tekortkomingen en menselijkheden, is bijvoorbeeld interessant en relevant. Dergelijk onderzoek is echter, zo is onze ervaring, niet onproblematisch. Zo laten publicaties in dit domein in de regel vooral significante uitkomsten zien, terwijl de weg daarnaartoe bezaaid is met ‘probeersels’. En die ‘probeersels’ worden bij ons weten zelden gerapporteerd.⁸⁴ Dat is bij experimenteel [p. 39] onderzoek in zoverre begrijpelijk dat het vrijwel altijd om een kleine casus gaat die in een zgn. ‘between subjects’ ontwerp met of zonder ‘manipulatie’ aan de respondenten wordt voorgelegd, met de vraag zich in te

⁸² Zie bijv. R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel I, Terreinverkenning*, WODC 2007; A. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid (WODC-rapport)*, Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht, Vrije Universiteit Amsterdam 2008.

⁸³ De overduidelijke parallel met de norm zoals die voor de rechterlijke motiveringsplicht geldt (vgl. Asser *Procesrecht*/Giesen 1 2015/455), werd hier niet opzettelijk door ons gezocht, maar bleek gaandeweg het schrijven.

⁸⁴ Zie nader W.H. van Boom, ‘Rechtsempirisch onderzoek in het privaatrechtelijk domein – enkele observaties’, in: *‘Law and...’ (bundel studiedag Iura Falconis 2017)*, te verschijnen. Een mooie uitzondering is bijv. de non-significante uitkomst bij het ‘handzaag’ experiment van J.J. Rachlinski, C. Guthrie en A. Wistrich, ‘Contrition in the Courtroom’, *Cornell L. Rev.* 2013, p. 1209-1210: rechters oordelen ten aanzien van die casus gemiddeld genomen niet anders over de toekenning van smartengeld wanneer zij informatie krijgen over een spijtbetuiging van de aansprakelijk gestelde partij. Ook in W.H. van Boom, P.T.M. Desmet en C.P. Reinders Folmer (red.), *Privaatrecht in het laboratorium – verslag van acht rechtspsychologische experimenten*, Den Haag: BJu 2015, p. worden non-significante uitkomsten gerapporteerd, met alle terughoudendheid die daarbij in acht moet worden genomen. Overigens: juridische artikelen waarin negatieve resultaten worden gepubliceerd (‘wetswijziging x of arrest y heeft geen negatieve impact op het systeem van het vermogensrecht’) zijn ook zeldzaam. Voor een zeldzame uitzondering, zie bijv. R. Rijnhout, ‘Vergoeding voor (im)materiële schade na de dood: over perte d’une chance de survie en lost years’, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2018, p. 23 e.v.

leven in een bepaalde positie en om bijvoorbeeld schuld toe te wijzen, schadevergoeding toe te wijzen, et cetera.⁸⁵ De manipulatie is dat in één van de varianten van de casus een informatie-element wordt toegevoegd of weggelaten, zodat met zekerheid kan worden gezegd dat eventuele significante verschillen in uitkomst tussen de varianten terug te voeren zijn op dat betreffende element. Om dat effect te verkrijgen, moet men er echter wel zeker van zijn dat de casus geen elementen bevat die afleiden van waar het om gaat. Dat kan betekenen dat men eerst wat 'probeersels' moet uittesten voordat een goede casus wordt gevonden. De lezer die van het uiteindelijke onderzoek kennisneemt, weet hier echter niets van.

En als men er wél van zou weten, zou de interpretatie van de resultaten niet zonder problemen zijn. Wat als het ene probeersel niets oplevert en het andere wél? Zou men beide rapporteren, wat verklaart dan het verschil? Een verklaring vinden voor een niet-significante uitkomst is sowieso een hachelijke onderneming. Er kan van alles als mogelijke verklaring dienen, variërend van de verklaring dat de onderliggende theorie niet juist is, dat het effect (te) klein is en dus niet werd gemeten, dat de voorgelegde casus andere associaties oproep dan bedoeld, en zo verder. Het rapporteren van dergelijke uitkomsten is dus wel eerlijk, maar men moet er niet zonder meer verstreckende gevolgen aan verbinden ('er bestaat geen verband').⁸⁶

Ook problematisch is dat het repliceren (herhalen) van dergelijke studies niet zonder problemen is. Het repliceren van cognitief psychologische experimenten is sowieso moeilijk; een van ons heeft meermalen geprobeerd om Amerikaanse experimentele studies te repliceren, maar nooit met sprekende resultaten.

Tenslotte zij men erop bedacht dat experimenteel psychologisch onderzoek een bepaald fenomeen als zodanig kan blootleggen, maar geen uitspraken kan doen over de vraag hoe vaak en hoe intensief een zeker effect zich zal voordoen in de [p. 40] werkelijkheid.⁸⁷ Wil men dus bijvoorbeeld weten of en in hoeverre rechters in echte rechtszaken worden beïnvloed door 'hindsight bias', dan zal men niet (alleen) experimenteel maar waarschijnlijk ook observationeel onderzoek moeten verrichten (als dat mogelijk is).⁸⁸

4.4 Secundair onderzoek

Wij menen, niet verrassend, dat secundaire literatuur goed ingebed moet zijn in de relevante primaire literatuur en dat daarbij rekening moet worden gehouden met de beperkingen van de primaire literatuur. Leg als jurist zonder zelf primair onderzoek te hebben verricht, niet zomaar verbanden die in de betreffende primaire bronnen nog niet zijn gelegd of nog geen gemeengoed zijn.⁸⁹ Besef bovendien dat de primaire literatuur beperkingen kent die in de weg kunnen staan aan (additionele) generalisaties en extrapolaties. De jurist mag, kortom, niet aan de haal gaan met empirie, bijvoorbeeld omdat die empirie nu eenmaal context-gebonden is. De data zijn gegenereerd onder bepaalde condities en als die condities in een aanpalend geval net

⁸⁵ Een korte uitleg over dit type experimenteel onderzoek vindt men bij W.H. van Boom, P.T.M. Desmet en C.P. Reinders Folmer, 'Experimenteren met privaatrecht', in: W.H. van Boom, P.T.M. Desmet en C.P. Reinders Folmer (red.), *Privaatrecht in het laboratorium - verslag van acht rechtspsychologische experimenten*, Den Haag: BJu 2015, p. 13 e.v.

⁸⁶ Over het nut en onnut van experimenten 'waar niets uitkomt', zie nader W.H. van Boom, 'Experimenteren met informeren', *Justitiële Verkenningen* 2016, p. 95 e.v.

⁸⁷ Over de mooie kanten en de beperkingen van experimenteel psychologisch onderzoek bijv. K. van den Bos, *Procedural justice and conflict* (diss. Leiden) 1996; K. van den Bos & L. Hulst, 'On experiments in empirical legal research', *Law and Method* 2016, p. 1 e.v.

⁸⁸ We denken dat dit punt wellicht wordt onderschat door auteurs als Deelen (zie hierna) en Hermans (bijv. R.M. Hermans, 'Het voorkomen van hindsight bias bij het beoordelen van het handelen van ondernemingen', in: A.M. van Amsterdam e.a. (red.), *Fraude, financieel recht en Ondernemingskamer*, Kluwer: Deventer 2016, p. 105 e.v.).

⁸⁹ C.F. Deelen, 'Mentale misleiding en de rechter. Meavita, de OK en oordelen achteraf', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016/7111, p. 475 e.v. beschrijft bijv. 'het Knobe-effect' in relatie tot hindsight bias zonder dat daarvoor al een basis in de psychologie gelegd is. De auteur zegt zelf dat 'desondanks (...) het niet onwaarschijnlijk' is dat... etc., waarna een vergaande uitspraak over beide effecten volgt. Dat lijkt ons meer een begin van hypothese voor primair onderzoek dan een stelling die in secundair werk betrokken kan worden. Het is voor ons als betrekkelijke leken op dit gebied bovendien de vraag of dit 'Knobe-effect' in de psychologie zelf al wel al zodanig aanvaard is en of het hier niet veeleer om de (welbekende) fundamentele attributiefout gaat.

even anders liggen, is het maar de vraag of de eerdere data nog steeds hout snijden voor dat nieuwe geval.⁹⁰ Resultaten zijn dus niet zonder meer generaliseerbaar. Daarmee is meteen geduid dat een belangrijke, bredere vraag nog is hoe je als onderzoeker de stap zet van de elders gevonden resultaten naar het recht.⁹¹

[p. 41] We geven graag een voorbeeld van een 'good practice'⁹² op dit vlak: een artikel dat met vele verwijzingen naar primaire bronnen, twee psychologische valkuilen (met name de fundamentele attributiefout en de contrafeitelijke denkfout) en de invloed daarvan op de vaststelling van het CSQN-verband bespreekt, waarna (mogelijke) implicaties voor de (processuele) benadering en de kwaliteit van ons aansprakelijkheidsrecht worden geschetst.⁹³ Nog een mooi voorbeeld: een bijdrage die steunt op een met diverse primaire, empirische bronnen gevuld voetnotenarsenaal, handelend over de mogelijke invloed van de 'authority bias' op het beslisdrag van rechters als het om deskundigenbewijs gaat.⁹⁴ Het gaat hier dus om een typische secundaire studie, gericht op verbetering van (de praktijk van) het privaatrecht, te weten de omgang met de deskundigenparadox. De auteur is daarbij voorzichtig en zet slechts kleine, voorlopige stapjes zoals kennis vergroten en toetsingscriteria benutten.

Hiermee raken we aan een volgend punt. Wij menen dat secundaire literatuur niet alleen ingebed moet zijn in de primaire literatuur, maar ook in de reeds bestaande secundaire (en uiteraard juridische) literatuur. Daarmee laat de auteur zien niet alleen de primaire bronnen te beheersen, maar ook te weten welke stappen reeds in het juridische domein zijn gezet. Dat gaat helaas niet altijd goed. Zo hebben we wel ondernemingsrechtelijke literatuur gezien die de invloed van heuristieken en 'biases' bespreekt alsof dat een net nieuw ontdekt fenomeen is waarover nog niet eerder in de privaatrechtelijke (secundaire) literatuur gerapporteerd werd.⁹⁵

[p. 42]

4.5 De review procedure bij tijdschriften

Hoe gaan juridische tijdschriften om met het type onderzoek dat we hier bespreken?⁹⁶ Wij denken dat er goede wil bestaat, maar dat de gouden standaard nog niet is gevonden. Wat naar onze mening in elk geval niet wenselijk is, is de publicatie van de 'state of the science' in een juridisch tijdschrift waarin geen enkele

⁹⁰ Zie bijv. n.a.v. het Skeeler-arrest R.W.M. Giard en W.H. van Boom, 'De empirische dimensies van zorgplicht.

Kanttekeningen bij het Skeeler-arrest (HR 25 november 2005, JA 2006, 1, RvdW 2005, 132)', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2006, p. 360 e.v. Vgl. ook W.H. van Boom, 'Rechtsempirisch onderzoek in het privaatrechtelijk domein – enkele observaties', in: 'Law and...' (bundel studiedag Iura Falconis 2017), te verschijnen.

⁹¹ Daarover bijv. I. Giesen, 'The Use and Incorporation of Extralegal Insights in Legal Reasoning', *Utrecht Law Review* 2015, p. 1 e.v.

⁹² Over 'good practices' qua onderzoek in bredere zin, zie J.B.M. Vranken, *Algemeen deel **** (Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2014.

⁹³ R.W.M. Giard, 'Dit had niet hoeven gebeuren'. De causale verklaring van ongewenste gebeurtenissen en de betekenis van de contrafeitelijke denkfout van het CSQN-verband', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2011, p. 471 e.v.

⁹⁴ M.J.C. Schröder, 'De invloed van de authority bias op het waarden van deskundigenbewijs', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2016, p. 75 e.v.

⁹⁵ C.F. Deelen, 'Mentale misleiding en de rechter. Meavita, de OK en oordelen achteraf', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2016/7111, p. 475 e.v. Over dit onderwerp is in werkelijkheid veel geschreven, ook door Nederlandse civilisten. Zonder volledigheid te pretenderen, noemen we (met verdere verwijzingen) W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Tilburg)*, Den Haag: BJU 2003, p. ; I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (oratie Utrecht)*, Den Haag: BJU 2005; R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen: juridische theorie en medische praktijk*, 2005; M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005. De auteur verwijst naar geen van deze bronnen, zodat positionering binnen de bredere discussie ontbreekt. Toegegeven, het stuk verwijst bijv. wel nog naar *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/484, maar de stelling aldaar dat juist deze 'bias' inmiddels een redelijk bekend fenomeen is, wordt genegeerd. Zie inmiddels overigens ook Y. Bosschaart, 'Achteraf is het makkelijk praten - Over het meewegen van gedragingen ex post bij het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2017, p. 4 e.v.

⁹⁶ Zie meer in het algemeen over de beoordeling door tijdschriftredacties bijv. R.A.J. Van Gestel, 'Kwaliteit van juridische publicaties', in: R.H. de Bock, P.J.P.M. van Lochem en R.A.J. van Gestel, *Kwaliteit als keuze: kwaliteit(sbeoordeling) van rechtspraak, wetgeving en rechtswetenschappelijk onderzoek* (NJV preadviezen 2015), Deventer: Kluwer 2015; R.A.J. van Gestel, 'Tegenspraak in de rechtswetenschap', *Ars Aequi* 2017, p. 882-883.

verbinding wordt gelegd met juridische vraagstukken.⁹⁷ Dat lijkt ons niet wenselijk omdat in juridische tijdschriften behoefte bestaat aan duiding en inbedding in de relevante juridische context, los van het feit dat de lezer zich dan ernstig zal afvragen wat zo'n 'ajuridisch' artikel in zijn blad doet.

Voor het overige geldt dat empirisch onderzoek van de primaire én secundaire categorie anders is dan 'gewoon' doctrinair onderzoek, en dus is het niet vreemd te veronderstellen dat ook de redactionele beoordeling van het aangeboden onderzoek af zou kunnen, misschien wel: moeten, wijken van wat gewoon is. De 'gewone' beoordelingsprocedure bij juridische tijdschriften loopt op hoofdlijnen grosso modo hetzelfde (de juridisch deskundige redactie, of een deel daarvan, beoordeelt zelf de stukken, al dan niet blind, en schakelt dus geen externen in) en achten we genoegzaam bekend.⁹⁸ Wij weten echter niet, op een enkele uitzondering uit eigen waarneming na, wat de redacties van de tijdschriften waarin de door ons bekeken onderzoeken zijn verschenen, qua beoordeling hebben gedaan met de publicaties die zij aangeboden kregen. Is er afgeweken van de [p. 43] standaardprocedure, en zo ja, hoe dan? Is er een externe reviewer betrokken, iemand met methodologische expertise op het terrein? Was dat eenvoudig? Is dat vervolgens beleid (geworden), of is dat (steeds) een ad hoc beslissing geweest?

We werpen hier slechts deze vragen op maar de ondertoon zal helder zijn: we achten het wenselijk dat er minimaal nagedacht wordt over de vraag of de bestaande structuur afdoende is om de kwaliteit van dit soort bijdragen goed te meten (we denken zelf een paar voorbeelden gezien te hebben waarin dit te betwijfelen valt). Liever nog zouden we zien dat er enkele beleidsmatige keuzes worden gemaakt als het gaat om de omgang met kopij op het vlak van empirie en privaatrecht. Dat wil uiteraard niet zeggen dat er altijd een externe deskundige als referent/reviewer betrokken moet worden; soms kan een kritische redactie zelf op basis van gezond verstand en goed lezen al zoveel vragen en opmerkingen verzamelen dat de bijdrage om die reden al niet door de review komt. Maar zeker als er cijfers en statistiek bij komen kijken en de redactie daarmee, logischerwijs, niet vertrouwd is, dan is het raadzaam om hulp van buiten in te schakelen. En als dat vaker nodig is, dan is het wellicht raadzaam om die expert stevig te binden aan het tijdschrift, bijvoorbeeld als medewerker of zelfs als redacteur. Een groot voordeel, naast voor de hand liggende items als kwaliteitsbewaking, reputatiebewaking, etc., van het stelselmatig betrekken van experts is dat de redactie niet bij de minste of geringste twijfel zekerheidshalve 'nee' hoeft te zeggen tegen een bijdrage die wellicht prima aan de maat blijkt te zijn en iets nieuws toevoegt aan het privaatrechtelijke debat.

Wat ons betreft zou een tijdschriftredactie, ook als men zelf de beoordeling ter hand neemt, tevens goed moeten letten op datamanagement. Worden transcripten van interviews ter inzage aangeboden? Zijn de interviewvragen als bijlage meegezonden? Is het databestand en een logboek bijgeleverd, of beter nog: zijn die beschikbaar gesteld via een openbare repository?⁹⁹ Een lezer moet erop kunnen vertrouwen dat de redactie er minstens op heeft toegezien dat verantwoording is afgelegd door de auteurs wat betreft de omgang met dit soort primaire data.

⁹⁷ Zie bijv. E. Lebrecht en J.P.v.d. Sluijs, 'Voorzorg bij onzekere milieu-gezondheidsrisico's; het voorbeeld van elektromagnetische velden', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2010, p. 196 e.v.

⁹⁸ Daarmee willen we niet zeggen dat de kwaliteitsmaatstaven van tijdschriftredacties altijd op orde zijn. Die discussie laten we hier rusten. Zie vooral R.A.J. van Gestel e.a., 'Rechtswetenschappelijke artikelen - naar criteria voor methodologische verantwoording', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 1448 e.v.; J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap - Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: BJu 2009, p. 161 e.v.; J.B.M. Vranken en R.A.J. van Gestel, 'Het dilemma bij de beoordeling van rechtswetenschappelijke publicaties', *Ars Aequi* 2010, p. 166 e.v.; R.A.J. van Gestel, *Kwaliteit als keuze: kwaliteit(sbeoordeling) van rechtspraak, wetgeving en rechtswetenschappelijk onderzoek* (NVJ preadviezen 2015), Deventer: Kluwer 2015, p. 243 e.v. Zie voor een concrete uiteenzetting van beoordelingscriteria van tijdschriftredacties J. Struiksmā, 'De wetenschappelijkheid van het Tijdschrift voor Bouwrecht', *TBR* 2014, p. 485 e.v.; F.J. Van Ommeren, 'Wetenschap en praktijk in RegelMaat - Beoordelingsmaatstaven voor publicaties', *RegelMaat* 2017, p. 307 e.v. Vgl. voorts in algemene zin J.B.M. Vranken, *Algemeen deel **** (Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 6 e.v. en de hiervoor in vnt. 75 genoemde dissertaties.

⁹⁹ Een goed voorbeeld van deze transparantie biedt P.T.J. Wolters, 'De invloed van de verhouding tussen schade en boete op de matiging van boetebedingen. Een empirische analyse', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2016, p. 109 e.v. Alle primaire onderzoeksdata zijn neergelegd in DANS-EASY, het openbare repository van de KNAW/VSNu.

5 De richting voor het jaar 2028? Louter voorwaarts?

5.1 *De lat hoog*

Om het onszelf niet te makkelijk te maken, hebben we ons de vraag gesteld waar het de komende tien jaar heen gaat met de civilologie. Gezien de moeite die het kost om een paar maanden of een jaar vooruit te kijken, hebben we de lat dus hoog gelegd. Niettemin volgt hier een poging enkele lijntjes bloot te leggen.

5.2 *Key issue: een verantwoorde methode en publicatiecultuur*

De gekozen *methode* en de *verantwoording* van de daarbij gemaakte keuzes zijn hier *sleutelbegrippen*. Het is wezenlijk voor elk civilologisch boek, artikel, etc., dat de daarin gebruikte methode goed doordacht, besproken, bekritiseerd, nogmaals doordacht, en vervolgens gedegen en transparant verantwoord wordt; te zonder halen we 2028 niet als civilologen, maar als dit goed wordt opgepakt, is 2028 opeens geen stipje op een verre, verre horizon meer, maar zeer nabij, gegeven de (par. 1.1) geconstateerde rugwind. Wij zouden het dan ook toejuichen als er een civilologische standaard voor openbaarmaking van primaire data zou ontstaan de komende jaren. Bijvoorbeeld het neerleggen van die data in een openbaar repository¹⁰⁰, zodat anderen desgewenst de analyses kunnen repliceren.

Veel komt bij dit alles neer op logisch nadenken (wat wil de lezer weten?) en bij twijfel duidelijk maken wat er is gedaan en waarom de keuze zo gemaakt is. Ja, dat geeft ruis op de lijn (het onderbreekt het betoog) maar dat is qua vormgeving op te lossen, vaak al door alle methodologie apart te zetten in een beginparagraaf, of in voetnoten, en desnoods door die overwegingen als apart bijlage bij te voegen. Er kan heel veel, ook hier, als het maar transparant is.

Kijken we vervolgens naar de overzijde, het publicatieforum, als het over verantwoording gaat, dan zouden ook de juridische tijdschriften die transparantie moeten betrachten. Dat vergt dat tijdschriftredacties, in hun redactiestatuut of elders, expliciet aangeven hoe zij met civilologische bijdragen wensen om te gaan: zijn die welkom? En zo ja, wat is dan de procedure van beoordeling, wijkt [p. 45] die af van wat gebruikelijk is bij gewone privaatrechtelijke bijdragen, en zo ja, hoe dan? Dat schept helderheid voor auteurs en voor de lezers. Als we daartoe overgaan, dan kan het civilologische onderzoek gepubliceerd worden waar het wat ons betreft thuis hoort, in de *juridische* vakbladen.

5.3 *Tot slot: vier voorspellingen?*

Wat staat ons te wachten? We wagen ons aan een enkele voorspelling. Bijvoorbeeld deze dat naarmate de luiken verder open komen te staan civilisten vertrouwder raken met de secundaire en misschien zelfs de primaire categorie van civilologisch onderzoek, het waarschijnlijker is dat zij zélf zullen participeren (opzetten en uitvoeren) in primair civilologisch onderzoek. Dat is uiteraard slechts een hypothese, die in 2028 wellicht getoetst zou moeten worden, maar we zijn dan ook in de sfeer van de voorspellingen terecht gekomen.

We voorspellen daarachteraan meteen ook dat een hieraan gerelateerde mogelijke aanwas van kopij, niet tot een eigen civilologisch tijdschrift zal gaan leiden; dat roept immers te zeer het gevaar op dat de civilologie losgezongen raakt van de praktijk van het privaatrecht, en de problemen die daar spelen en om een maatschappelijke aanvaardbare en juridisch-dogmatisch passende oplossing vragen. Maar allicht is dat dan weer eerder een wens dan een voorspelling (zie par. 5.2).

¹⁰⁰ Of meerdere, omdat tegenwoordig elke universiteit haar eigen regels en data-archiefstructuren heeft of aan het (door)ontwikkelen is.

We zouden ons tevens, ten derde, kunnen voorstellen dat de primaire studies straks ook verfijnder worden, niet zozeer in de zin van allerlei statistische ‘hocus pocus’ maar in de zin van de opzet van de studies. We zouden ons bijvoorbeeld kunnen voorstellen dat meer gebruik zal worden gemaakt van ‘triangulatie’ (in enge en brede zin), dat is het onderzoeken van een vraag met verschillende meetinstrumenten zodat kan worden bekeken of de gevonden resultaten elkaar aanvullen of juist tegenspreken. Dus bijvoorbeeld een experiment of enquête, gevolgd door focusgroepen of interviews.¹⁰¹

We voorspellen tot slot dat het privaatrechtelijk onderwijs zal volgen. Als er meer, of althans op bestendige(r) wijze, civilologisch gedacht en onderzocht gaat **[p. 46]** worden, dan zal het privaatrechtelijke onderwijs vanzelf ook in meer of mindere mate daarvan doordrenkt worden. Niet dat we dan het *Haviltex*-arrest niet meer bespreken en uitleggen tijdens college,¹⁰² maar wel in die zin dat het dogmatische onderwijs aangevuld wordt met ‘context’, de omgeving van de regeltjes *as such*, inzichten uit de empirische werkelijkheid dus. En zo wordt de civilologie dan uiteindelijk meer dan een openstaand luik, en veeleer een tweede natuur voor de ‘gewone’ privatist, zodat de civilologie als subdiscipline dusdanig geïncorporeerd raakt in dat privaatrecht dat het zichzelf overbodig maakt. Maar daarmee belanden we diep in een vijfde voorspelling (of: wens) en is het waarschijnlijk al ver voorbij 2028...

¹⁰¹ Zie voor een voorbeeld van een dergelijke aanpak: R. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraktijk en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, Den Haag: BJu 2016, alsmede het verslag van de methodologische zoektocht voorafgaand aan dat onderzoek in R.S.B. Kool, J.M. Emaus en D.P. van Uhm, ‘The Victim’s Right to Intervene as an Injured Party in Criminal Proceedings’, *Utrecht Law Review* 2017, p. 77 e.v.

¹⁰² Het *Haviltex*-arrest (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (Ermes & Langerwerf / Haviltex BV)) is het Nederlandse standaardarrest inzake uitlegging van rechtshandelingen.