

4 | Hoe bewijst het recht zichzelf? Een pleidooi voor evidence-based law

R.W.M. Giard

Wat nooit is betwijfeld, is nooit bewezen.
Denis Diderot (1713-1784)

1 INLEIDING

Hoe breng je het beste in mensen naar boven en lukt dat ook? Waar individuen samenleven, zijn afspraken en gedragsregels nodig. Zelfs in een maatschappij van engelen zijn toch verkeersregels nodig, moeten afspraken gemaakt worden over de organisatie van telefoonverkeer etc.¹ Onze samenleving bestaat niet uit heiligen. Bovendien is de maatschappij vooral de afgelopen decennia uitgegroeid tot een omvangrijk, dynamisch en complex geheel van mensen en organisaties en hun onderlinge relaties waarin goede sturing vooraf, controle en correctie achteraf onmisbare instrumenten zijn. Daar is recht in actie.

Die veranderingen maken dat het recht een ander – feitelijk breder – aanzien heeft gekregen. Rechtswetenschap wordt vanouds aangeduid als normenwetenschap. Dat normatieve komen we tegen in wetgeving en geschillenbeslechting, het traditionele gezicht van het recht. Meer en meer echter hebben we daarnaast te maken met beleidsinstrumenteel recht, het nieuwe aspect. Wetgeving beoogt meer te zijn dan rechtsregels voor normatieve doeleinden: maatschappelijke processen worden in gang gezet en gestuurd die moeten leiden tot een beter en beschermd leven. Zo is wetgeving dan voor een aanzienlijk deel een sturingsmiddel van de overheid ter regulering, ordening en bijstelling van vooral sociale en economische verhoudingen; het moderne regulerende recht richt zich op beleidseffecten.² Die twee aspecten, normativiteit en instrumentaliteit, zijn onlosmakelijk verbonden geraakt. Het klassieke onderscheid tussen publiek- en privaatrecht vervaagt daardoor ook.³

1 J. Gardner, 'Law's aim in *Law's Empire*', in: Scott Hershovitz (red.), *Exploring Law's Empire* Oxford, Oxford University Press 2006.

2 G.W. van der Voet, *De kwaliteit van de WMCZ als medezeggenschapswet*, Bakelsreeks, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2005, p. 9-10.

3 Er ontstaan steeds meer functionele rechtsgebieden waarbinnen de wetgeving zowel privaats als publiekrechtelijke kenmerken bezit: gezondheidszorg, onderwijs, sociale zekerheid, huurrecht. Zie daarover ook A.F.M. Brenninkmeijer, 'Op de grens van rechtsorde en rechtschaos', *Ars Aequi* 2005, p. 538.

Die geschetste verbreding blijft niet zonder gevolgen voor de rechtswetenschap. Bij het zoeken naar optimaal recht is het dus nodig de 'oude' vraag naar de juridische dogmatiek van het recht te verbinden met de 'nieuwe' vraag naar de gewenste én gerealiseerde effecten van beleidsinstrumenteel recht.⁴ Boeken we vooruitgang? Om te zien op welke wijze de rechtsorde werkt, dienen we die te analyseren en te beoordelen op functioneren.⁵ Dat behelst zowel inhoudelijk (juridische grondslagen, werkprocestoetsing) als empirisch onderzoek (effecttoetsing). Een dergelijk proces is niet eenmalig maar cyclisch, anders kunnen we niet vaststellen wat er verandert en vooral of het verbetert.

En wat levert een dergelijke normatieve beoordeling van de rechtsdiscipline zelf op? Zo wordt er kritisch gedacht over het wetenschappelijke gezag van het recht en is commentaar geleverd op tekortschietende kwaliteit van juridische dienstverlening. Dan is het nodig om of die kritiek te weerleggen of om nader onderzoek te doen en op geleide daarvan gepaste maatregelen te nemen. Het recht moet zich op verschillende manieren en tegenover uiteenlopende fora steeds vaker verantwoorden en dat zichzelf bewijzen is even wennen voor de juristerij! Het is echter een goed medicijn tegen dogmatische dromerijen en de enige manier om te laten zien dat er vooruitgang wordt geboekt. In dit hoofdstuk zal ik deze problematiek verder verkennen.

2 IS ER WAT MIS MET HET FUNCTIONEREN VAN HET RECHT?

Het functioneren van het huidige recht kan vanuit drie verschillende perspectieven worden beoordeeld: maatschappelijk, politiek en wetenschappelijk.

a) *Maatschappelijke ontwikkelingen.* Recht, evenals bijvoorbeeld gezondheidszorg, is een wetenschappelijk gegrondvest sociaal systeem. De maatschappelijke context waarbinnen deze vorm van dienstverlening opereert, is duidelijk veranderd. Waar vroeger juristen – en ook artsen – vrijwel autonoom konden functioneren, worden ze nu geconfronteerd met vragen vanuit de samenleving om zich te verantwoorden.⁶ Hoe staat het met de rechtsorde en hoe functioneert de rechtsstaat? Vanuit consumentenperspectief wordt de juristerij beoordeeld op effectiviteit, efficiency, flexibiliteit, klantvriendelijkheid. Interuniversitaire visitaties beoordelen de kwaliteit van rechtenfaculteiten en hun innoverend vermogen. Wordt datgene wat gedaan moet worden, ook goed gedaan

4 G.W. van der Voet, a.w. 2005, p. 9.

5 Zie het themanummer van *Ars Aequi* over *Krom~recht*, J. Boot e.a., 'Krom~recht. Over misstanden in het recht' (*Ars Aequi* 2005-7/8; bijzonder nummer), Nijmegen, *Ars Aequi* 2005.

6 Zie bijvoorbeeld de rapporten van de WRR *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu, 2002 en *Bewijzen van goede dienstverlening*, Amsterdam University Press, Amsterdam 2004.

of kan het (nog) beter? Vanuit deze invalshoek vraagt de (potentiële) gebruiker van het rechtssysteem zich af of het voldoet aan kwaliteitseisen.

b) *Politieke ontwikkelingen.* De diverse functies van het recht moeten concreet vorm gegeven worden: dat is langs de weg van beleid, zich uitkristalliserend in wetgeving in formele zin of AMvB's, andere koninklijke besluiten (KB's), ministeriële regelingen, beleidsregels en circulaire's. Daaraan liggen veronderstellingen ten grondslag omtrent de noodzaak van regelgeving, hoe die zal uitpakken en daarmee de gewenste situatie kan worden verwezenlijkt.⁷ Bij een normatieve beoordeling ontkomt men echter niet aan de vraag: wat komt er uiteindelijk van dat bestuur terecht? Die vraag is totnogtoe opvallend weinig gesteld en als dat al gebeurde dan werd die meestal slecht beantwoord, gegeven de uitkomsten van een recent onderzoek door de Algemene Rekenkamer.⁸ Als er eenmaal beleidskeuzes zijn gemaakt, is het beleid dan ook voor anderen duidelijk en wordt het goed uitgevoerd? In het verlengde van die vragen is het nodig om te onderzoeken welke activiteiten gepland zijn om die doelen te bereiken, of de plannen efficiënt uitgevoerd worden, of het doel ook feitelijk bereikt wordt en daarmee de situatie verbeterd en tenslotte, als er verbeteringen geconstateerd worden, of die ook daadwerkelijk het gevolg zijn van het gevoerde beleid (causale relatie). Binnen dit kader past ook de wetsevaluatie (zie onder). Vanuit deze invalshoek voor evaluatie wordt ernaar gekeken of de beleidsintenties ook daadwerkelijk uitgevoerd én gerealiseerd worden, de instrumentele dimensie.

c) *Wetenschappelijke status van het recht:* Wie wetenschap bedrijft, streeft niet alleen naar vergroting van kennis maar ook naar voortdurende verbetering van die wetenschap. Beweringen van wetenschappers worden niet zonder meer als 'waar' aangenomen maar steeds kritisch beschouwd door anderen, al of niet vakgenoten. Nieuwe opvattingen worden tegenover oude gesteld. In een dergelijk debat zullen argumenten aangedragen dienen te worden om de juistheid van het ingenomen standpunt overtuigend te kunnen bewijzen. Ook de rechtswetenschap ontkomt niet aan deze dynamiek en moet zich keer op keer inhoudelijk bewijzen. Wie rechtswetenschap beoefent, zal willen streven naar houdbare uitspraken over het recht.⁹

De afgelopen jaren is de wetenschappelijke status van het recht – en daarmee de houdbaarheid van stellingnames – ter discussie gesteld en het debat daarover met verve gevoerd. Vooral Barendrecht, Stolker en De Geest hebben

7 M. Herweijer, 'Normen en rechtshandelingen: rechtswetenschap als interpreteren en observeren', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis (red.), a.w. 2003, p. 53-65.

8 Tussen beleid en uitvoering: lessen uit recent onderzoek van de Algemene Rekenkamer, *Kamerstukken II 2002/03*, 28 831, nr. 2.

9 M. Herweijer, 'Normen en rechtshandelingen: rechtswetenschap als interpreteren en observeren', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis (red.), a.w. 2003, p. 53-65.

dit dispuut in ons land aangezwengeld en zij bespeuren tal van deficiënties, vooral op methodologisch gebied.¹⁰

Vranken merkt in zijn beschouwing over juridisch argumenteren op dat juristen nogal gefixeerd zijn op casusposities en min of meer gevangen zitten in hun eigen denkraam.¹¹ Wie als geëngageerd toeschouwer kijkt hoe juristen met het recht omgaan, kan zich verbazen. Vragen zij zich wel eens kritisch af hoe valide de uitgangspunten zijn, hoe noodzakelijk wetgeving is, waarop hun werkwijze is gebaseerd, wat de directe en indirecte effecten op macro-niveau van hun beroepsuitoefening zijn zowel op korte als op lange termijn? Het is juist deze reflexieve houding die een voorwaarde is voor en uitnodigt tot een *critical enquiry* van recht en rechtspraktijk om die, waar nodig, te veranderen en te verbeteren.

3 EEN KIJKJE OVER DE JURIDISCHE GRENS

Een dergelijk kritische discussie betreffende het functioneren is niet uniek voor de rechtswetenschap. In de laatste decennia van de vorige eeuw is binnen de geneeskunde eveneens zo'n debat ontstaan. Ook daar werd van binnen het eigen vak en vanuit de politiek en door patiënten kritisch gekeken naar het functioneren van de medische zorg. Is het allemaal nuttig en nodig?

Artsen en juristen zien zich gesteld voor een concreet probleem van een patiënt of een cliënt dat opgelost dient te worden. De heuristische die artsen daarbij toepassen, zijn hetzij bepaald door de traditie, hetzij door het enthousiast toepassen van pas verworven medische inzichten. In veel gevallen echter bleek na evaluatie dat die gebruikte methoden weliswaar stoelden op wetenschappelijke aannames, maar dat niet of onvoldoende empirisch was onderzocht of die in de praktijk ook het effect hadden wat ervan werd verondersteld. Zo ontstond er in de negentiger jaren van de vorige eeuw de beweging van de *evidence-based medicine* (hierna: EBM).¹²

Die EBM resulteerde erin dat men op zoek ging naar verantwoorde methoden van onderzoek, zowel fundamenteel medisch-biologisch, observationeel als experimenteel-empirisch, om zo te komen tot een nauwgezette, expliciete en verstandige toepassing van de beschikbare kennis voor de best mogelijke

10 J.M. Barendrecht, 'Rechtswetenschap: stoffig of inventief?', *NJB* 1996, p. 705-714; C.J.J.M. Stolker, 'Ja, geleerd zijn jullie wél!' Over de status van de rechtswetenschap', *NJB* 2003, p. 766-778 en G.G.A. de Geest, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *NJB* 2004, p. 58-66.

11 J.B.M. Vranken, *Algemeen deel. Een vervolg*, Asser-serie. Deventer: Kluwer 2005, p. 1, Brenninkmeijer benadrukt dat van binnen uit het rechtssysteem het moeilijk is om misstanden te ontdekken, het juridische *systeem* (curs. RG) klopt steeds, Brenninkmeijer, a.w. 2005, p. 533-543.

12 D.L. Sacket e.a., 'Evidence based medicine: what it is and what it isn't', *British Medical Journal* 1996, p. 71-72.

medische zorg van de individuele patiënt.¹³ Pas ná het geleverde bewijs van de effectiviteit van een interventie mocht die worden toegepast.

De uitkomsten van dergelijke inspanningen om te komen tot juiste methoden van onderzoek en het toepassen daarvan worden wereldwijd verzameld en begeleid door een samenwerkingsverband, de *Cochrane Collaboration*, waarin niet alleen artsen maar ook andere wetenschappers participeren.¹⁴ De belangrijkste winst van deze EBM-ontwikkeling is de aandacht voor de fundamentele, conceptuele en operationele aspecten van medisch-wetenschappelijk onderzoek. Het handelen van artsen wordt door deze bewijsstap medisch-inhoudelijk én maatschappelijk gerechtvaardigd. De vraag is of een dergelijke denkwijze en aanpak ook van nut is voor de juridische wetenschap. Daarbij dient men in het bijzonder besef te hebben van de dualiteit normativiteit-instrumentaliteit.

4 WETENSCHAPPELIJK BEWIJS IS ER IN SOORTEN

Een van de belangrijke vruchten van de EBM is dat empirisch wetenschappelijk 'bewijs' er in soorten is en die onderscheidende categorieën zijn te rangschikken in een hiërarchie (zie schema 1).

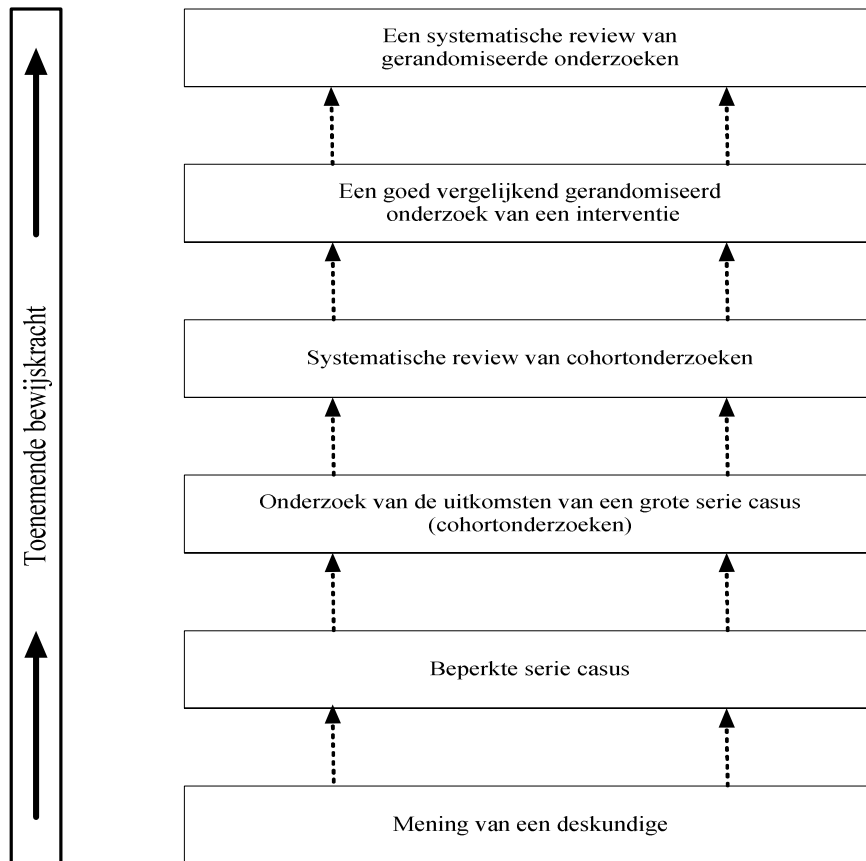
Het laagste in deze rangorde is de mening van een deskundige als 'bewijs' voor de juistheid van een opvatting. In de rechtswetenschap zou de annotatie hiervan een voorbeeld kunnen zijn, maar een dergelijk commentaar is meestal juridisch-dogmatisch van aard en niet zozeer als mening over het effect van regelgeving. De volgende laag wordt gevormd door onderzoek van een (meestal kleine) serie patiënten, te vergelijken met het analyseren van enkele voor dat doel geselecteerde casusposities uit de jurisprudentie. Bij zo'n jurisprudentieanalyse ligt ook het accent meer op inhoudelijke kwesties dan op een effectbeoordeling.

Een niveau hoger is vervolgens onderzoek van een grote verzameling dezelfde gevallen (cohortonderzoek) waarvan de uitkomsten worden bestudeerd en geanalyseerd welke mogelijke factoren daarbij een rol speelden. De juridische tegenhanger daarvan is bijvoorbeeld jurisprudentieanalyse van alle gevallen van medische aansprakelijkheid binnen een bepaalde periode. Gezien de (poging tot) volledigheid van de groep te onderzoeken casusposities is dit niveau geschikt voor vraagstellingen betreffende effectevaluatie en voor onderzoek naar factoren van invloed op de uitkomsten.

13 Daarvan zijn talrijke voorbeelden te geven. De chirurgische behandeling van borstkanker bleek veel minder ingrijpend te kunnen worden uitgevoerd dan voorheen. Het 'knippen' van amandelen, buisjes in het trommelvlies bij oorontstekingen of scheve neustussenschotten rechtzetten bleek in de meeste gevallen ongefundeerd en dus overbodig.

14 Zie de algemene website www.cochrane.org/index0.htm

Schema: hiërarchische gelaagdheid van wetenschappelijk bewijs



De volgende laag is een systematische review¹⁵ van alle in de wetenschappelijke literatuur gepubliceerde cohortonderzoeken met eenzelfde vraagstelling, zodat overeenkomsten en verschillen tussen die studies kunnen worden vastgesteld. Een juridisch voorbeeld is het vergelijken van studies naar het effect van resocialisatieprogramma's van strafrechtelijke veroordeelden in verschillende landen.¹⁶

15 Dit is: het uitputtend speuren in de wetenschappelijke literatuur naar soortgelijke onderzoeken om te zien, als de publicaties tenminste voldoende overeenstemmen qua onderzoekspopulatie en -methode, of de conclusies aan kracht kunnen winnen omdat ook andere onderzoekers tot eenzelfde resultaat zijn gekomen. Men gebruikt hiervoor ook wel de term 'meta-analyse'.

16 Dit is te beschouwen als rechtsvergelijkend onderzoek. Traditioneel besteed een dergelijk type comparatief onderzoek meer aandacht aan verschillen betreffende de wijze van totstandkoming van beslissingen.

Het meest wetenschappelijk overtuigend zijn die onderzoeken waarmee langs experimentele weg onderzocht wordt wat het effect is van een interventie. Wil men bijvoorbeeld onomstotelijk proberen te bewijzen dat voor geschilbeslechting mediation een betere aanpak is dan een rechterlijk oordeel, of dat wettelijk bepaalde maatregelen leiden tot een omschreven en gewenst effect, dan is een experimentele bewijsvoering nodig met behulp van het gerandomiseerde onderzoek.¹⁷ Bij alle rechtssubjecten die voor de interventie in aanmerking komen, beslist het lot of zij bijvoorbeeld mediation of de rechter zullen krijgen. De uitkomsten worden in beide groepen gemeten en een vergelijking gemaakt, waarna conclusies kunnen worden getrokken.

Het onderliggende wetenschappelijke beginsel bij deze aanpak is die van de *ceteris paribus doctrine*: de te vergelijken groepen verschillen maar op één punt, namelijk op de toegepaste interventie. Mits beide groepen groot genoeg zijn, zorgt het lot ervoor dat andere factoren die op de resultaten van invloed kunnen zijn (denk aan: leeftijd, geslacht, sociale klasse etc.) min of meer gelijk over deze twee groepen verdeeld zijn. Deze vorm van bewijs is het krachtigst, nog overtroffen door een systematische analyse van verschillende gepubliceerde onderzoeken met dezelfde vraagstelling en uitvoering.

De methode van wetenschappelijke verantwoording of het empirische bewijs is steeds nauw gekoppeld aan de probleemstelling en ook daarbij stuiten we op de dualiteit normativiteit-instrumentaliteit. Wanneer de dogmatisch-juridische kant in de rechtswetenschap aangevuld wordt met een meer empirisch-wetenschappelijke benadering, zal de jurist eerst precies de onderzoeksvraag dienen te formuleren en dan de erbij passende methode(n) moeten kiezen. Lang niet alle vraagstellingen kunnen door middel van experimenteel onderzoek onderzocht worden. Wil men antwoorden hebben op vragen naar toename van de vraag naar juridische geschilbeslechting en de mogelijke oorzaak of -zaken daarvan of hoe hoog de recidiefkans is bij strafrechtelijk veroordeelden (hun prognose), dan zijn alleen cohortonderzoeken daarvoor geschikt, mits aan bepaalde methodologische voorwaarden wordt voldaan.¹⁸

5 WETSEVALUATIE

Zoals hiervoor al werd aangegeven, bestaat er toenemende motivatie voor wetsevaluatie. Er zijn twee verschillende tijdstippen voor beoordeling: die van de *ex ante* en die van de *ex post* evaluatie.

17 De term 'gerandomiseerd' is een anglicisme van het werkwoord 'to randomise', d.w.z. het lot beslist wie welke interventie krijgt toegewezen.

18 Voorkomen moet worden dat er op een bepaalde manier selectie van de onderzoeksgroep plaatsvindt, waardoor er van vertekening (Engels: 'bias') van de uitkomsten sprake kan zijn.

Het wegen van wetgeving vóór die feitelijk wordt ingevoerd, behelst verschillende aspecten. Het belang van kwalitatief goede wetgeving, wordt al decennialang ingezien en heeft geresulteerd in tal van onderzoeken, nota's en formele scholing in wetgevingsacademies.¹⁹ Eerst en vooral zijn de strikt juridische hoedanigheden van belang.²⁰ Maar de vraag is ook heel fundamenteel *hoe* een rechtsregel eruit dient te zien om het gedrag van rechtssubjecten daadwerkelijk te kunnen beïnvloeden. Hier raken recht en psychologie elkaar. Rechtsregels sturen en begrenzen menselijk gedrag. De psychologie onderzoekt het cognitief en emotioneel functioneren van mensen. Juist de motivaties van personen om iets wel of niet te doen is waar de rechtsregels op ingrijpen. Het realiseren van het beoogde effect van regelgeving betekent dat ook de wijze(n) waarop mensen zullen reageren, verdisconteerd moeten worden. De vraag is in dit verband hoe complex rechtsregels nog mogen zijn om hun doel te kunnen realiseren.²¹

Een andere kwestie is dat nieuwe rechtsregels ingepast dienen te worden binnen al bestaande wetgeving.²² De bestaande regelgeving is allerm minst eenvoudig te noemen, eerder heeft het kenmerken van een complex systeem.²³ Bovendien zijn juridische regels niet de enige die in een samenleving gedragsbeïnvloeding proberen te bereiken. Binnen die juridische en maatschappelijk complexiteit moeten rechtsregels worden ontworpen en ingepast.²⁴

Voor de ex post beoordeling van wetgeving, meestal uitgevoerd als de wet enige jaren heeft gefunctioneerd, zijn er andere zaken van belang. In de eerste plaats is het nodig om een ijkpunt te hebben waaraan de effecten van de wet kunnen worden afgemeten. Dat impliceert dat de doelstellingen van de wet helder geformuleerd dienen te zijn. Bij het formuleren daarvan zal men al

19 Een uitgebreide beschouwing valt buiten het bestek van dit hoofdstuk. Zie bijvoorbeeld Nota 'Zicht op wetgeving', *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, nrs. 1-2, de daaropvolgende uitvoerige discussie in de juridische literatuur, de bespreking van een dissertatie van Winter over wetsevaluatie door W.J.M. Voermans in *RM Themis* 1996, p. 26-29 en recent verschenen studie van G.W. van der Voet, a.w. 2005.

20 Kernpunten zijn: 1. rechtmatigheid, 2. doeltreffendheid en doelmatigheid, 3. subsidiariteit en evenredigheid, 4. uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, 5. onderlinge afstemming en 6. eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

21 Zie hierover de working paper van R.A. Epstein, 'The optimal complexity of legal rules', *Chicago Working Papers in Law and Economics* (second series) nr. 210, April 2004.

22 Niet alleen de Nederlandse, maar vooral ook de Europese!

23 De problematiek van complexe systemen en chaostheorie in relatie met de huidige situatie van de rechtswetenschap en -toepassing zijn helder beschreven in de dissertatie van A.G. Veldman, *Effectuering van sociaal-economisch recht volgens de chaostheorie* (diss. Utrecht), 1995. Te raadplegen via www.library.uu.nl/digiarchief/dip/diss/01807385/diss.pdf. Hierover ook A.F.M. Brenninkmeijer, a.w. 2005, p. 533-543.

24 Wright beargumenteert dat rechtsregels niet maximaal eenvoudig kunnen worden opgesteld. R.G. Wright, 'The illusion of simplicity: an explanation of why the law can't just be less complex', *Florida State University law Review* 2000 (27), p. 715-744.

rekening moeten houden met die geplande beoordeling.²⁵ Er is uitgebreid gepubliceerd over wetgevingskwaliteit en de procedurele en inhoudelijke voorwaarden daarvoor²⁶ maar de empirisch-analytische methoden die daarvoor nodig zijn, staan nog in de kinderschoenen.

Naast de noodzaak van het ontwikkelen van empirische methoden is de procedure van evaluatie van belang: dat vraagt een onafhankelijke beoordeling. Dat impliceert dat diegenen die betrokken waren bij de ontwikkeling en implementatie voor die evaluatie buiten spel gezet worden, wil men een onbevooroordeelde mening krijgen.²⁷ Onafhankelijkheid en objectiviteit zijn de sleutelbegrippen in deze.

De kwaliteit van wetgeving mag geen doel op zich zijn, maar is het middel om de doelstellingen van de wetgevingen te kunnen realiseren en die deugdelijkheid heeft dus zowel een juridisch-dogmatische als een empirische kant.

6 WAT ZIJN DE PRAKTISCHE CONSEQUENTIES VOOR DE JURIDISCHE PROFESSION?

Moeten de juridische wetenschap, studie en beroepsuitoefening nu naar aanleiding van alle kritiek helemaal op de schop genomen worden? Dat lijkt me onnodig, maar wel dienen juristen zich van de al genoemde verbreding van hun discipline bewust te zijn en van de toenemende maatschappelijke druk om zich te verantwoorden. Het gaat hier om het verder vormgeven van een tot nu toe enigszins verwaarloosde dimensie, die van de empirisch-analytische methodologie als 'bewijs' voor de gepastheid van rechtstoepassing.

Het recht is een min of meer samenhangend geheel van gedragsnormen, een consistent geheel van behorensuitspraken. De jurist zal voor een goede en verantwoorde beroepsuitoefening uit twee vaatjes moeten tappen: die van de normatief-interpretierende en die van de empirisch-analytische methoden.²⁸ Juist omdat het gaat om de handelwijze van rechtssubjecten en de beïnvloeding en beoordeling daarvan zal men dat gedrag, de oorzaken daarvan, het effect van maatregelen op gedrag willen vaststellen en daarvoor zal men de empirisch-analytische methoden dienen te hanteren. Zoals Herweijer formuleert: 'Wie de sociale feiten en samenhangen wil leren kennen, zal moeten definiëren, operationaliseren, observeren, registreren, meten, samenvatten en vergelijken. Om te bewijzen dat er een bepaalde samenhang bestaat, zal de jurist moeten theoretiseren (over mogelijke verklaringen en gevolgen), modelleren en experi-

25 Sloot merkt in Katern 94 van *Ars Aequi* (2005), p. 5227, op: 'Wetgeving levert zelden de gewenste gevolgen op – als die wensen al eenduidig kunnen worden vastgesteld.'

26 Bijv. Aanwijzingen voor Regelgeving, *Staatscourant*, 4 november 2004, nr. 213.

27 M.B.W. Biesheuvel, 'Evaluatie van een evaluatie', *NJB* 2002, p. 1233.

28 M. Herweijer, 'Normen en rechtshandelingen: rechtswetenschap als interpreteren en observeren', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis (red.), a.w. 2003, p. 53-65.

menteren.' Juist die werkwijze zal het bewijs moeten leveren dat de intenties van wetgeving en rechtspraak ook praktisch worden gerealiseerd.

Deze empirisch-analytische methoden zijn nog op een ander punt van belang: de feitelijke grondslag van de vordering. Recent is dit punt door Vranken benadrukt.²⁹ Dat speelt bijvoorbeeld in het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol. Van Boom heeft hiervoor in zijn Tilburgse oratie aandacht gevraagd: wat weten we nu eigenlijk over menselijk gedrag, over kansen, gevaren risico's, effecten van voorzorg en mogelijkheden voor alternatieve handelwijzen?³⁰ Als we de onderliggende feiten en omstandigheden niet precies kennen, kan ons oordeel daarover evenmin precies zijn. Het juridische concept van de Kelderluikfactoren of de Learned Hand-formule³¹ is prachtig maar het werkt alleen als de toepassing daarvan goed geoperationaliseerd kan worden waarbij de concrete risico's en effecten van voorzorgsmaatregelen kenbaar zijn.

7 HOE EVIDENCE-BASED KAN HET RECHT ZIJN?

De analytisch-empirische benadering verschilt qua aard nogal van de traditionele normatief-interpretierende methoden en dus is het gevaar niet ondenkbeeldig dat sommige juristen een zekere reserve zullen tonen ten opzichte van die nieuwerwetse aanpak.³² Toch levert een verkenning naar knelpunten in het huidige recht een waaier van problemen op.³³ Er is duidelijk behoefte aan en ruimte voor verbetering, verdieping, er is minder behoefte aan retoriek en meer aan op empirie gestoelde rationaliteit.³⁴ De in de inleiding beschreven ontwikkeling van de meer instrumentele zijde van het recht en de vervlechting daarvan met de normatieve kant kan niet zonder gevolgen blijven.

Een diepgaande reflectie op juridisch onderzoek,³⁵ het besef dat er meer aandacht voor het ontwikkelen van methoden dient te komen³⁶ en meer

29 J.B.M. Vranken, *Algemeen deel. Een vervolg*, Asser-serie, Kluwer, Deventer 2005, hoofdstuk 4.

30 W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2003, p. 36.

31 W.H. van Boom, a.w. p. 8: het gaat meestal om de weging van vier kernfactoren: het gevaar van dood/letsel, de grootte van de kans op verwezenlijking van het gevaar, de onaanvaardbaarheid van het resulterende risico en de mogelijkheid voor alternatieve handelwijzen.

32 M. Herweijer, 'Normen en rechtshandelingen: rechtswetenschap als interpreteren en observeren' in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis (red.), a.w. 2003, p. 53-65.

33 Zie bijv. J. Boot e.a., a.w. 2005 m.n. de bijdrage van Brenninkmeijer.

34 Daarover voor het strafrecht K. Rozemond, 'De retorische verleiding van het strafrecht', *NJB* 2005, p. 1182-1185.

35 M. Herweijer, 'Juridisch onderzoek', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis (red.), a.w. 2003, p. 23-41.

36 G.G.A. de Geest, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *NJB* 2004, p. 58-66.

gebruik van observationeel én experimenteel onderzoek³⁷ laten zien welke boeiende nieuwe wegen ingeslagen kunnen worden. We willen zo de kwaliteit borgen. Het doel van evidence-based law is steeds een wetenschappelijk verantwoorde en richting samenleving te verantwoorden rechtsbeoefening: het recht bewijst zichzelf als een belangrijke én betrouwbare peiler van de samenleving.

37 C. Fitz-Gibbon, 'The need for randomised trials in social research', *Journal of the Royal Statistical Society (series A)* 2004 (vol. 167, part 1), p. 1-4.

