

Recht en ... Psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben



Prof. mr. I. Giesen*

Recht en psychologie vormen een 'natuurlijk' koppel, omdat beide wetenschapsgebieden betrekking hebben op het gedrag van mensen. Het belang van de psychologie voor het strafrecht, is bekend, maar ook voor de civilist is er veel te leren van de psychologie. Deze bijdrage laat zien wat dat zou kunnen zijn.

1. Inleiding

In dit WPNR-themanummer over 'law and ...' bewegingen beoogt de onderhavige bijdrage de lezer te informeren over 'of' en 'hoe' inzichten uit de 'law and psychology'-beweging van waarde kunnen zijn voor de (met name: privaatrechtelijke) rechtspraktijk, waaronder ik met de gastredacteuren versta: rechters, advocaten, beleidsmakers, en wetenschappelijk onderzoekers. Het oorspronkelijk aan mij toebedachte onderwerp was (nog) iets breder van aanpak, namelijk om 'law & cognitive sciences' onder de loep te nemen, maar ik heb al snel het thema vernauwd tot 'psychologie' als onderdeel van die 'cognitive sciences' omdat het thema anders te breed zou worden voor een enkele bijdrage. Binnen het thema 'recht en psychologie' zal ik speciaal focussen op voorbeelden en inzichten uit de *cognitieve* en (in mindere mate) *sociale* psychologie. Bovendien zal in deze bijdrage iets meer de nadruk liggen op de 'hoe'-vraag (langs welke weg kunnen psychologische inzichten van belang zijn voor het privaatrecht?), omdat de 'of'-vraag (zijn psychologische inzichten van belang voor het privaatrecht?) naar mijn mening positief beantwoord moet worden.¹

Om een 'horizontale' vergelijking tussen de diverse 'law and ...' bewegingen mogelijk te maken, hebben de gastredacteuren van deze aflevering de auteurs een beoogde indeling aangereikt. Die zal ik uiteraard, ten minste globaal, trachten te volgen. Dat betekent dat ik in het navolgende de kern van de 'recht en psychologie'-beweging zal trachten te duiden (§ 2), dat ik daarna in het bijzonder voor het privaatrecht het mogelijke toepassingsgebied en de potentiële 'werkingsfeer' zal proberen te demonstreren, althans nader te omschrijven (§ 3), en dat ik vervolgens zal trachten aan te geven welke nieuwe (concrete en algemene) inzichten de 'recht en psychologie'-stroming wellicht zou kunnen toevoegen aan de bestaande privaatrechtswetenschap (§ 4). In paragraaf 5 rond ik af.

2. De kern van de 'recht en psychologie'-beweging

2.1. Waarom de koppeling tussen psychologie en recht?

Dat er ergens in de tijd zoiets zou ontstaan als een 'recht en psychologie'-beweging, lag eigenlijk voor de hand, hoewel dat achteraf gezien ('with hindsight') natuurlijk gemakkelijk te zeggen is. Deze beweging zoekt immers de wetenschappelijke verbinding tussen twee wetenschapsgebieden die nauw gelieerd zijn aan elkaar, omdat beide van doen hebben met menselijk gedrag. Laat ik dat iets nader toelichten. Psychologie is – aldus een populair-wetenschappelijke omschrijving – de wetenschap van het menselijk gedrag, waarnemen, leren, voelen en denken.² De *cognitieve* psychologie wordt vervolgens in hand- en studieboeken op dat vakgebied omschreven als 'the science of how the mind is organized to produce intelligent thought and how it is realized in the brain',³ als 'the study of how the brain processes information',⁴ of als 'the internal processes involved in making sense of the environment, and deciding what action might be appropriate'.⁵ De ongetwijfeld eenvoudiger te vinden *Wikipedia*-pagina opent aldus:

* Hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht, raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch, vaste medewerker van het WPNR. (I.Giesen@uu.nl)
Dank aan de gastredacteuren voor hun commentaar bij een eerdere versie.

1. Zie vooral mijn oratie: I. Giesen, *Handle with care*, BJu: Den Haag 2005 (in verkorte vorm: De psychologie achter de waarschuwing: *Handle with care!*, AV&S 2006/1, p. 3-8), waaruit ik vrijelijk voor diverse onderdelen van het navolgende heb geput, en § 2 hierna. Ik ben positiever over de mogelijke bijdrage van andere wetenschappen aan het recht dan bijv. J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, BJu: Den Haag 2009, p. 52-56, hoewel hij op p. 167 wel nog aangeeft een voorstander van het gebruik van andere wetenschappen te zijn. Vgl. hierover ook K. Riesenhuber, English common law versus German Systemdenken? Internal versus external approaches, *Utrecht Law Review* Vol. 7, Issue 1, 2011, vooral p. 126 ('a limited role').
2. Vgl. D. Kohnstamm, E. Cassee (red.), *Nieuw cultureel woordenboek*, Anthos: Amsterdam 2003, p. 696.
3. J.R. Anderson, *Cognitive psychology and its implications*, 6th ed., Worth Publishers: New York 2005, p. 1.
4. A. Esgate, D. Groome (e.a.), *An Introduction to Applied Cognitive Psychology*, Psychology Press: Hove 2005, p. 2.
5. M.W. Eysenck, M.T. Keane, *Cognitive psychology. A Student's Handbook*, 5th ed., Psychology Press: Hove 2005, p. 1.

'De cognitieve psychologie is de tak van de psychologie die zich met cognitie bezighoudt, dus met al die psychische processen die te maken hebben met zaken als begrip, kennis, herinneringen en geheugen, probleemoplossen en informatieverwerking.'

Het betreft hier dus dat deel van de psychologie dat zich bezighoudt met het 'kennen', met het denken: met kennis, inzicht en redeneren.⁶ Begrippen die ook de jurist bekend en vertrouwd zullen voorkomen. De sociale psychologie heeft betrekking op de vraag hoe mensen in het dagelijks leven elkaars gedrag, gedachten en gevoelens beïnvloeden, aldus een van de bekendste Nederlandse psychologen in een universitair studieboek.⁷ Het betreft, zo leert opnieuw *Wikipedia*, de 'studie naar hoe (menselijke) gedachten, gevoelens en gedragingen worden beïnvloed door werkelijke of ingebeelde anderen'. Als dwarsverband tussen beide deelgebieden kent men dan ook nog zoiets als 'cognitieve sociale psychologie',⁸ een specialisatie binnen de sociale psychologie die, voor zover ik kan overzien, niet wezenlijk verschilt van wat anderen 'cognitieve psychologie' noemen. Beide terreinen gaan in elk geval over hoe mensen beslissingen nemen; het belangrijkste verschil lijkt te zijn dat de cognitieve sociale psychologie gericht is op de interactie tussen mensen en groepen.⁹ Met dit alles is echter nog weinig gezegd over de vraag waarom deze vormen van psychologie voor het privaatrecht interessant zijn.¹⁰ De reden daarvoor is simpelweg deze dat de mechanismen die ten grondslag liggen aan het menselijke denken belangrijk zijn voor een goed begrip van het menselijk gedrag zoals dat bestudeerd wordt door allerhande wetenschappelijke disciplines, zoals de economie, de sociologie, de psychologie en ook de rechtswetenschap. Begrijpen hoe een mens denkt, is bijvoorbeeld van belang om te weten hoe mensen in groepen functioneren, economische beslissingen nemen, keuzes maken, of hoe het komt dat mensen op bepaalde momenten op een bepaalde (juridisch relevante) manier handelen, nalaten of reageren. Waar gedrag belangrijk is, zoals dat in het recht het geval is – denk slechts aan het aansprakelijkheidsrecht dat in zijn diepste kern draait om het vaststellen van het bestaan van gedragsnormen – kan (cognitieve) psychologie derhalve tot extra begrip (en ongetwijfeld ook nieuwe vragen) leiden. Of, zoals Rachlinski het verwoord:

'Psychology and law (...) both constitute efforts to predict and control human behavior.'¹¹

Als het over het belang van de cognitieve psychologie (in het algemeen) gaat, drukt Anderson zich zelfs nog krachtiger uit:

'Cognitive psychology is thus the foundation on which all other social sciences stand, in the same way that physics is the foundation for the other physical sciences.'¹²

Misschien is dat overigens wat al te krachtig; ongetwijfeld zullen weinigen het zonder meer met hem eens zijn.¹³ Maar dat wij juristen in beginsel veel zouden kunnen leren van wat psychologen weten over het 'kennen', over 'denken', is wat mij betreft evident.¹⁴ Omdat menselijk gedrag gestuurd wordt door beslissingen die mensen nemen, kan kennis over de manier waarop die mensen beslissingen nemen, psychologisch inzicht dus, ons iets over dat gedrag leren.

2.2. Wat gebeurt er op dit terrein? Elders en in Nederland

Als het over de combinatie van 'recht' en 'psychologie' gaat, dan denkt in (juridisch) Nederland iedereen vrijwel meteen aan wat dan heet de 'rechtspsychologie',¹⁵ en daarmee aan de koppeling tussen het strafrecht en de psychologie, zoals dat hier op fenomenale wijze op de kaart is gezet door mensen als Wagenaar, Crombag, Van Koppen en anderen.¹⁶ Dat

6. Vgl. Kohnstamm/Cassee, *a.w.*, p. 682. Naast de cognitieve psychologie staat de 'cognitive neuroscience', waarbij via allerlei technieken hersenactiviteit gemeten wordt om te bepalen wat er op welk moment waar in de hersenen gebeurt. Deze discipline is overigens sterk aan het groeien, vgl. de bijdrage van De Kogel, Schrama & Smit aan deze aflevering, alsmede Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 3 en p. 18 e.v., en T. Chorvat, K. McCabe, *The Brain and the Law*, George Mason University School of Law. Law and Economics Working Paper Series, http://ssrn.com/abstract_id=577821, en B. Garland (ed.), *Neuroscience and the Law*, Dana Press: New York 2004.
7. Zie nader R. Vonk, Inleiding, in: R. Vonk (red), *Sociale psychologie*, 2^e druk, Wolters-Noordhoff: Groningen, 2007, p. 13.
8. Zie bijv. R. Vonk (e.a.), *Cognitieve sociale psychologie*, 2^e druk, Lemma: Utrecht 2001.
9. Ook onderscheidt men wel de 'applied cognitive psychology', waarover Esgate/Groome, *a.w.*
10. Zie § 4 hierna; Giesen, *a.w.* (oratie), p. 21-24, en voor een algemeen antwoord op die vraag bijv. ook C.R. Sunstein, *Behavioral Analysis of Law*, 64 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1997), en dezelfde *Hazardous Heuristics*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 165 (2nd Series), 2002, http://ssrn.com/abstract_id=344620.
11. J.J. Rachlinski, *The 'New' Law and Psychology: A Reply to Critics, Spektics, and Cautious Supporters*, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), op p. 765 en p. 766.
12. Anderson, *a.w.*, p. 3.
13. Anderson, *a.w.*, p. 3-4, geeft overigens wel toe dat 'much social science' ontwikkeld is zonder grond in de cognitieve psychologie.
14. Vgl. J.R.P. Ogloff, *Two Steps Forward and One Step Backward. The Law and Psychology Movement(s) in the 20th Century*, in: J.R.P. Ogloff (ed.), *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, Kluwer Academic: New York 2002, p. 13, en W. van Rossum, *Vier reflecties op empirisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming*, *NJB* 2010, p. 2472, die ook wijst op consequenties voor de juridische opleiding.
15. Dat ('Legal psychology') is ook de term die Ogloff, *a.w.*, p. 12-13, voorstaat.
16. Ik noem hier slechts de laatste twee drukken van het onder wisselende titels verschenen *magnus opus* van de rechtspsychologie, te weten P.J. van Koppen, D.J. Hessing, H.L.G.J. Merckelbach, H.F.M. Crombag (red.), *Het recht van binnen*, Kluwer: Deventer 2002, en P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic, J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*, Kluwer: Deventer 2010.

is ook logisch, want die rechtspsychologen hebben zich, vanuit juridisch oogpunt bezien, vrijwel alleen bezig gehouden met het strafrecht, en niet of nauwelijks met het privaatrecht en/of andere deelgebieden.¹⁷ Opvallend is bijvoorbeeld dat nu net een (toegegeven: al wat oudere) studie van Van Koppen (e.a.) over civielrechtelijke geschillen nauwelijks nog te achterhalen bleek.¹⁸ Elders, waarbij ik in eerste instantie aan de Verenigde Staten (VS) denk, is dat naar het zich laat aanzien iets minder het geval geweest – wellicht omdat bijvoorbeeld ‘jury trials’ daar ook in privaatrechtelijke kwesties nog wel voorkomen en ‘punitive damages’ een belangrijke kwestie zijn – hoewel ook in de VS het meeste rechtspsychologische werk op strafrechtelijk terrein ligt.¹⁹ Gezien de bredere maatschappelijke impact die het strafrecht nu eenmaal heeft, is het uiteraard ook niet erg verwonderlijk dat veel inspanningen zich juist op dat terrein concentreren.

Wat hier verder ook van zij, in de VS is vooral sinds de jaren '60 een levendige ‘law & psychology’-beweging op gang gekomen, hoewel er tussen 1908 en 1940 al een soortgelijke stroming tijdelijk bloeide.²⁰ Dat uit zich momenteel niet alleen in de 107.000.000 (!) hits op Google bij het zoeken via de zoekterm ‘law & psychology’,²¹ maar bijvoorbeeld ook in het bestaan van allerlei opleidingen op dit vlak; zo heeft Stanford University bijvoorbeeld een ‘Joint Degree Program’, kent men in Nebraska een Research Program en is er in Arizona een ‘Graduate Program’.²² Daarnaast blijkt dat bijvoorbeeld uit het bestaan van een onderzoekscentrum in California (‘The Center for Psychology & Law’ aan de University of California, Irvine)²³ maar bovenal natuurlijk uit de aanwezigheid van een heuse, professionele ‘beroepsvereniging’, de ‘American Psychology-Law Society’ ofwel AP-LS.²⁴ Het betreft hier een aparte tak (‘Division 41’) binnen de ‘American Psychological Association’ (APA), welke blijkens de website ook ‘grants’ en andere vormen van ‘funding’ verzorgt, naast congressen etc.²⁵ In 2009 had deze AP-LS in totaal 1892 leden, los van de student-leden.²⁶ De vereniging publiceert ook al 35 jaar een eigen tijdschrift, *Law and Human Behaviour*, en een (inmiddels tweede) boekenreeks²⁷, en men is betrokken bij trainingen, cursussen, etc. De website verwijst verder naar ongeveer 25 andere tijdschrifttitels die men kennelijk relevant acht voor de eigen leden.²⁸ Dat alles betekent overigens niet dat de onderzoekers binnen dit onderzoeksveld achterover kunnen leunen; men dient te blijven werken aan (het versterken van) de eigen positie.²⁹

In Europa is sinds een twintigtal jaren de ‘European association of psychology and law’³⁰ actief, welke vergelijkbare activiteiten ontplooit als de Amerikaanse tegenhanger. Ook zien we inmiddels, bijvoorbeeld in Maastricht, dat er ook ‘psychology & law’ (Master) programma’s³¹ van de grond zijn gekomen. Ook in Europa geldt overigens dat het strafrechtelijke discours de norm lijkt te zijn.

Sinds enige tijd – maar voor velen is dat waarschijnlijk nog slechts een marginaal verschijnsel – wordt er binnen de beoefening van het privaatrecht, ook in Nederland,³² aandacht geschonken aan de (mogelijke) invloed van psychologische inzichten op juridi-

17. Zo ook Ogloff, *a.w.*, p. 22. Daarbij wijs ik echter wel nog op bijv. H.F.M. Crombag (e.a.), *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Tjeenk Willink: Groningen 1977.
18. Ik doel op P.J. van Koppen e.a., *Schikken of procederen: psychologische kanttekeningen bij de economie van civielrechtelijke geschillen*, Rapport aangeboden aan de Minister van Justitie, EUR 1989.
19. Zie Ogloff, *a.w.*, p. 22; T. Wayte et al., Psychological Issues in Civil Law, in: J.R.P. Ogloff (ed.), *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, Kluwer Academic: New York 2002, p. 323, en R.L. Wiener et al., Evaluating Published Research in Psychology and Law, in: J.R.P. Ogloff (ed.), *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, Kluwer Academic: New York 2002, p. 378-381. Bovendien, eigenlijk alle bijdragen in de recente, speciale uitgave over ‘Psychology and Law’ van het belangrijke psychologische tijdschrift *Current Directions in Psychological Science* gaan over strafrechtelijke onderwerpen, zie <http://www.clinicalforensicpsychology.org/current-directions-in-psychological-science-psychology-and-law/>.
20. Zie Ogloff, *a.w.*, p. 2. Hij (*a.w.*, p. 7-8) meent dat de beweging toen niet doorgezet heeft o.a. wegens gebrek aan ‘momentum’ en omdat er andere bewegingen opkwamen (zoals de rechtseconomie).
21. De zoekterm (laatstelijk op 3 juni 2011) ‘recht & psychologie’ leverde ook nog het respectabele aantal van 22.100.000 hits op.
22. Zie <http://www.law.stanford.edu/program/degrees/joint/psychology>; <http://www.unl.edu/psychlawreu>, en <http://lawpsych.asu.edu>. Er zijn er overigens veel meer, zie Ogloff, *a.w.*, p. 8-9, voor meer cijfers over de ‘Law & Psychology’-beweging.
23. Zie <http://socialecolony.uci.edu/research/psychlaw>.
24. Zie <http://www.ap-ls.org>.
25. Zo werd de ‘2011 AP-LS Annual Meeting’ gehouden in samenhang met het vierde ‘International Congress of Psychology and Law’ (Miami, 2-6 maart 2011), zie <http://www.ap-ls.org/conferences/apls2011/index2011.html>.
26. Zie de column in de nieuwsbrief: <http://www.ap-ls.org/publications/newsletters/aplsnews.winter2011.pdf>.
27. Zie <http://www.ap-ls.org/publications/LHB.php> en <http://www.ap-ls.org/publications/BookSeries.php>, waarin vrij recent bijv. een boek over ‘The Psychology of Judicial Decision Making’, onder redactie van David E. Klein & Gregory Mitchell, OUP 2010, is verschenen. In het verleden sponsorde men de reeks ‘Perspectives in Law & Psychology’.
28. <http://www.ap-ls.org/publications/OtherBooksJournals.php>. Ik noem hier slechts de *Law & Psychology Review*, opgericht in 1975, zie <http://www.law.ua.edu/lawpsychology>.
29. Vgl. in dit verband het 12-punten-plan van Ogloff, *a.w.*, p. 12 e.v.
30. Zie <http://www.eapl.eu>.
31. <http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Faculties/FPN/TargetGroup/ProspectiveStudents/MastersProgrammes/Psychology/Specialisations/PsychologyAndLaw.htm>.
32. In Duitsland heeft bijv. Wagner zich verdienstelijk gemaakt op dit vlak, zie G. Wagner, Heuristiken und Urteilsverzerrungen in Konfliktsituationen (2008) 121 ZFP 5.

sche leerstukken.³³ Daarbij lijkt in eerste instantie vooral ook het civiele procesrecht en ons stelsel van rechtspleging vanuit een meer psychologische bril bekeken en benaderd te worden doordat er betrekkelijk veel wordt geschreven over (elementen van) wat dan heet 'procedural justice'.³⁴ Daarmee raken we aan het mogelijke toepassingsgebied en de potentiële werkterreinen van de psychologische benadering van het privaatrecht.

3. Het mogelijke werkterrein van 'privaatrecht en psychologie'

3.1. Vele mogelijke raakvlakken: het gaat om beslissingen en (dus) keuzegedrag

Psychologie en privaatrecht, in de ruime zin van het woord, kunnen elkaar op vele vlakken raken. Op het terrein van het burgerlijk procesrecht speelt, ik noemde dat zonet al, de idee van 'procedural justice' een belangrijke rol. Naast het materiële eindresultaat (winnen of verliezen van de rechtszaak) is voor procespartijen ook van belang hoe de (geschilbeslechting)procedure zelf verloopt en welke rol zij daarin hebben kunnen spelen. Men wil bijvoorbeeld gehoord worden. Een procedure die dat element niet inbouwt, zal als minder rechtvaardig worden ervaren door betrokkenen en daarmee zal de uitkomst ervan minder eenvoudig geaccepteerd worden.³⁵ Bij vele procesrechtelijke thema's kan die insteek als een externe benaderingswijze, als een extrajuridisch perspectief of toetsingskader, betrokken worden om zo een ander licht te laten schijnen op het onderhanden probleem.

Echter, ook buiten het civiele procesrecht, door het materiële privaatrecht heen, is het van groot gewicht dat de civiele rechter uiteindelijk een beslissing zal moeten nemen, zodat het proces van besluitvorming door die rechter(s) (of elders: de jury³⁶) een enorm belangrijk onderzoeksterrein is.³⁷ Alvorens het daartoe komt, moeten echter ook de procespartijen zelf – met hun adviseurs, waaronder hun advocaat – en natuurlijk de burgers en bestuurders van ondernemingen die (gelukkig!) nog niet in een civiele procedure, arbitrage of anderszins beland zijn, maar bijvoorbeeld overwegen om een geschil te schikken, tot een besluit komen. Diezelfde burger of bestuurder zag zich voordien bovendien al geconfronteerd met de vraag of hij wel of niet een overeenkomst met een ander zou moeten aangaan; ook staan zij regelmatig voor de vraag of het nodig of wenselijk is een gesloten overeenkomst te vernietigen, op te zeggen of te ontbinden, of om een andere rechtshandeling of juridisch relevante beslissing te nemen ('kunnen we de nakoming nog wat uitstellen?').

In al deze gevallen moeten de betrokkenen een (juridisch wezenlijke) keuze maken; ze moeten bovendien beslissen in een situatie van onzekerheid. Dat 'moeten besluiten in onzekerheid' heeft betrekking op, zo moge duidelijk zijn, het gehele door het privaatrecht bestreken terrein van het menselijk handelen en de interactie tussen personen. Menselijk keuzegedrag is daarmee eigenlijk ook een typisch

juridisch thema, terwijl dat nu nog vooral een wijd verbreid en vaak onderzocht psychologisch (en economisch) fenomeen is.³⁸ En in die gevallen waarin er geen beslismoment voor ligt, geen echte 'keuze' wordt gemaakt, omdat we enkel op de automatische piloot handelen,³⁹ geldt dat ook een dergelijk handelen in potentie juridisch relevant is (is dat handelen eigenlijk toerekenbaar aan de handelende persoon?⁴⁰).

33. Zonder iemand te kort te willen doen, noem ik hier slechts W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, Oratie UvT, BJU: Den Haag 2003, p. 9 e.v.; W.H. van Boom, *Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger*, NTBR 2003, p. 555 e.v.; C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, *Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan*, in: G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, BJU: Den Haag 2003, p. 37 e.v.; M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, diss. UU 2004, p. 129 e.v.; diverse bijdragen in W.H. van Boom, M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, BJU: Den Haag 2004, vooral die van J.M. Barendrecht (p. 55 e.v.); Giesen, *a.w.* (Oratie); en diverse bijdragen in de bundel *Gedrag en Privaatrecht* (BJU: Den Haag 2008) onder redactie van W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij.
34. Weer zonder volledigheid te pretenderen: R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *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; L. Klaming & B. Bethlehem, *Procedure rechtvaardigheid*. Kunnen inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid bijdragen aan de verwezenlijking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht?, *TVP* 2007, p. 119-124; A.F.M. Brenninkmeijer, *Een eerlijk proces*, *NJB* 2009, p. 2050-2056; J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schicken*, Kluwer: Deventer 2010; B.C.J. van Velthoven, *Over het relatieve belang van een eerlijke procedure: procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland*, *RM Themis* 2011-1, p. 7-16, en P. Sluijter, *Sturen met proceskosten* (diss. UvT, 2011), par. 2.2.1. Men baseert zich vooral op het werk van Tyler en Lind, zie o.a. E.A. Lind & T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum Press 1998. In Nederland heeft ook de sociaal psycholoog Kees van den Bos (UU) een goede naam op dit vlak, zie bijv. K. van den Bos, *Rechtvaardigheid en onzekerheid*, in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser*, AUP: Amsterdam 2009, p. 89-114.
35. Aldus, te kort gezegd, de hoofdlijn van die theorie, zie nader de literatuur in de vorige voetnoot.
36. Voor een overzicht: E. Greene et al., *Jurors and Juries. A Review of the Field*, in: J.R.P. Ogloff (ed.), *Taking Psychology and Law into the Twenty-First Century*, Kluwer Academic: New York 2002, p. 225-284.
37. Het hier op hoofdlijnen gemaakte onderscheid tussen onderzoek inzake 'procedural justice' en onderzoek over besluitvormingsprocessen, is ook terug te vinden bij Wayte et al., *a.w.*, p. 323 e.v.
38. Zie nader de WRR studies van W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), *De menselijke beslisser*, AUP: Amsterdam 2009, en W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken*, AUP: Amsterdam 2011.
39. Ik wijs hierbij op R.H. Thaler & C.R. Sunstein, *Nudge*, Penguin Books: London 2009, p. 21-24, die in dit verband ons 'automatic' en het 'reflective system' onderscheiden.
40. Daarbij denkt iedere lezer uiteraard meteen aan het debat dat al enige tijd woedt over of er zoiets bestaat als 'de vrije wil'. Zie samengevat: Tiemeijer, *a.w.*, p. 47 e.v.

Dat er veel (psychologisch en economisch) onderzoek⁴¹ wordt gedaan naar deze fenomenen, is terecht, want elk mens moet per dag vele beslissingen, groot en klein, nemen. En omdat daardoor over de vraag hoe mensen tot beslissingen komen, stiltejes aan het nodige bekend is geworden en begint door te sijpelen in juridische kringen, kunnen wij die kennis ook gaan benutten in een juridische, privaatrechtelijke context.⁴²

3.2. Voorbeelden: 'Heuristics', 'baises' en juridische 'vingeroefeningen'

Gebaseerd op reeds bestaande psychologische kennis, is mijn vertrekpunt in deze paragraaf dat beslissen vaak gebeurt op basis van een zogenoemde 'heuristic', een vuistregel of een *intuïtie*. Dat is veelal ook de beste manier om tot een besluit te komen. Helaas is dat echter niet altijd het geval, omdat er daardoor soms onvoldoende wordt nagedacht over de te verwachten gevolgen en effecten van de beslissing in kwestie. Soms leidt dit handelen op basis van intuïtie zelfs tot slechtere uitkomsten.⁴³ Hierna bespreek ik, zonder al die onderdelen helemaal recht te kunnen doen en zonder deze ten gronde uit te kunnen werken, een aantal van die vuistregels. Tegelijk zal ik bij wijze van 'hint' of 'vingeroefening' kort proberen te duiden wat daarvan op juridisch (vooral privaatrechtelijk en procesrechtelijk) vlak het gevolg zou kunnen zijn.

Bekend is in dit verband het verschijnsel '*framing*'. Omdat mensen risicomijdend⁴⁴ blijken te zijn als het om het behalen van een voordeel gaat, en juist risicozoekend als het om het eventueel tegengaan van een verlies gaat,⁴⁵ worden er in situaties die in wezen gelijk zijn, afhankelijk van de manier van inkleding (het '*frame*') ervan, verschillende beslissingen genomen. Personen reageren dus anders op een boodschap afhankelijk van hoe die boodschap wordt gebracht, en dat leidt tot verschillende beslissingen die rationeel niet te verklaren zijn.⁴⁶ Is dat juridisch relevant? Een credit card-transactie kost de verkoper 1% van de afgerkende prijs, af te dragen aan de credit card maatschappij. Uiteindelijk moet de consument natuurlijk die extra kosten opbrengen. Massaal kozen middenstanders er (in de VS) dus voor om de credit card prijs als dé prijs van het product of de dienst vast te stellen om vervolgens bij een cash betaling een zogenaamde korting van 1% te geven. Kan dat zo maar of is dat niet ook een beetje misleiding van de klant?

Een vergelijkbare valkuil is bijvoorbeeld het '*do no harm*'-principe, ook wel: de '*omission bias*', waarbij geldt dat schade door een eigen handelen erger gevonden wordt dan schade door een nalaten. Is dat wellicht waarom we bij een nalaten soms langer nadenken over de vraag of aansprakelijkheid wel mogelijk is?⁴⁷ Denk ook aan het '*status quo effect*', hetgeen wil zeggen dat mensen graag het bestaande in stand houden. Degene die iets veranderen wil, moet daarvoor de argumentatie aanbrengen, draagt 'de bewijslast' in juridische termen (vgl. art. 150 Rv).

Dat we soms een tijdschrift gedurende zekere tijd gratis krijgen als we tevens een abonnement nemen, heeft ook hiermee van doen. Dat abonnement wordt vervolgens namelijk (althans tot nu toe) na een jaar automatisch verlengd en dan zitten wij eraan vast, want actie ondernemen om die 'Donald Duck', 'Voetbal International' of 'Cosmopolitan' weer op te zeggen, wijkt af van de status quo, en, zo weet de uitgever, dat zal niet snel geschieden.⁴⁸ De wetgever is niet voor niets hiermee in de weer gegaan.⁴⁹

Als dit soort valkuilen bekend zijn, zo zal de nog niet ingevoerde jurist zich nu reeds afvragen, waarom doen wij daar dan niet aan, waarom schuiven wij die intuïties dan niet opzij? Een eerste probleem daarbij is echter dat er ook nog een intuïtie bestaat die ons nog sterker doet geloven in de andere intuïties, namelijk deze dat wat natuurlijk is, zoals bijvoor-

41. We komen zo in de hoek van de 'behavioural law & economics' terecht. Vgl. M.G. Faure, *The Impact Of Behavioural Law And Economics On Accident Law*, (oratie EUR), BJu: Den Haag 2009, en J. De Coninck, *Overcoming the Mere Heuristic Aspirations of (Functional) Comparative Legal Research? An Exploration into the Possibilities and Limits of Behavioral Economics*, *Global Jurist* 2009, Vol. 9: Iss. 4 (Topics), Article 3, (available at: <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art3>).

42. Zie meer algemeen over de vraag hoe mensen tot beslissingen en keuzes komen, en de valkuilen daarbij, o.a. Thaler & Sunstein, *a.w.*, p. 24-41, waarover eerder I. Giesen, *Handhaven met een toefje psychologie*, *WPNR* (2009) 6817, p. 845-847; E. Rassin, *De juiste keuze*, in: Van Boom e.a. (red.), *a.w.*, p. 65 e.v.; J. Baron, *Thinking and Deciding*, 4th ed., Cambridge University Press: Cambridge 2008; Vonk (c.s.), *a.w.*, p. 321 e.v.; Eysenck/Keane, *a.w.*, p. 481 e.v.; Anderson, *a.w.*, p. 312 e.v.; S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, McGraw-Hill: New York 1993. Ik bouw in het hierna volgende voort op mijn oratie (*a.w.*).

43. D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge University Press: Cambridge 1982, p. 3; J. Baron, *Judgment misguided*, OUP: New York 1998, p. 1; Vonk (c.s.), *a.w.*, p. 337. Vgl. ook N.R. Feigenson, *The Rhetoric of Torts. How Advocates Help Jurors Think About Causation, Reasonableness, and Responsibility*, *47 Hastings L.J.* 61 1995-1996, p. 87-92.

44. Overigens, mensen die beslissen voor anderen, zoals advocaten vaak doen voor procespartijen, zijn geneigd meer risico's te nemen, vgl. L.D. Wray, E.R. Stone, *The Role of Self-esteem and Anxiety in Decision Making for Self versus Others in Relationships*, *J. Behav. Dec. Making*, 18: 125-144 (2005), op p. 126.

45. Meer in het algemeen geldt dat het voorkomen van verlies zwaarder telt dan het bereiken van winst. Dat heet 'loss aversion'. Zie o.a. Baron, *a.w.* (2008), p. 267 en p. 297. Zie over dit effect in de context van beleggingen ook de noot van Du Perron onder HR 11-7-2003, *NJ* 2005, 103 (Kouwenberg/Rabobank), en Van Boom, *NTBR* 2003, p. 560-561.

46. Plous, *a.w.*, p. 69-73; Anderson, *a.w.*, p. 343 e.v.; Baron, *a.w.* (2008), p. 267 e.v.; W. Farnsworth, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 224 e.v.

47. Vgl. (rechtsvergelijkend) I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2005, p. 47 e.v., met verdere verwijzingen.

48. Zie o.a. Thaler & Sunstein, *a.w.*, p. 37-39.

49. Zie de Wet van 26 november 2010, houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten), *Stb.* 2010, 789, die per 1 januari 2012 in werking treden zal.

beeld de intuïtie van de mens, ook goed is – ofwel 'naturalism: nature knows best'.⁵⁰ Intuïties opzij zetten, is dus behoorlijk lastig.

Overigens is het, als gezegd, ook niet zo dat handelen op basis van deze intuïties, 'heuristics' of 'rules of thumb', altijd slecht is, zeker niet, maar ze mogen geen absolute waarden worden. Dat is lastig genoeg, want mensen geloven wat ze willen geloven (het bekende 'wishful thinking'), waarbij positieve, bevestigende indicaties (of bewijs) wél en negatieve, ontkennende indicaties niet gezocht en niet meegewogen worden. Dit heet de 'my-side bias' of 'confirmation bias'. Deze kan vervolgens leiden tot 'overconfidence' of zelfs 'belief overkill', met als gevolg dat iemand niet wil luisteren, en niet tot een compromis of samenwerking wil komen; en dus wordt het geschil niet via een schikking beëindigd.⁵¹ Dat dit voor juristen een belangrijke mogelijke valkuil is, is ook bewezen in diverse grote strafrechtelijke miskleunen die onder de noemer 'tunnelvisie' bekend zijn geworden, zoals de Schiedammer parkmoord, de Puttense moordzaak en de strafzaken van Ina Post en Lucia de B. Deze 'confirmation bias' gaat ook wel onder de noemer 'belief perseverance' door het leven; steeds gaat het erom dat mensen in principe niet snel van mening zullen veranderen, omdat zij informatie die hun oorspronkelijk standpunt steunt, actief zoeken en overmatig waarderen, terwijl zij informatie die dat standpunt niet steunt, negeren en niet zelf zoeken.⁵² Overigens schijnt die neiging af te nemen als een alternatieve hypothese wordt verstrekt,⁵³ hetgeen meteen aangeeft wat het nut en belang kan zijn van de noodzaak voor de wederpartij om de stellingen van de ander te betwisten (art. 149 Rv) en om tegenbewijs te mogen leveren na een rechterlijk oordeel dat een feit voorshands aannemelijk is.

Het gaat hier steeds om vormen van 'biases', cognitieve illusies of vertekeningen,⁵⁴ 'fouten' in een bepaalde richting,⁵⁵ die beslissingen door mensen voortdurend, en veelal onbewust, beïnvloeden. Er zijn nog veel meer van dit soort interessante verschijnselen, gerelateerd aan het nemen van beslissingen. Ik wijs bijvoorbeeld nog op de 'gambler's fallacy'.⁵⁶ Nog steeds denken veel mensen dat na een serie van zwart, het rouletteballetje nu toch echt wel een keertje op rood zal landen, *quod non*, want de kansen blijven bij iedere draai van het rad gelijk. Verwant daaraan betreft 'representativeness' of de 'similarity heuristic' het idee dat wanneer iemand gevraagd wordt hoe waarschijnlijk het is dat iets of iemand (X) tot een bepaalde categorie (A) behoort, deze persoon die vraag zal beantwoorden al naar gelang in hoeverre X lijkt op of gelijk is aan hun eigen beeld of stereotype van de betreffende categorie A. Vaak klopt dit ook, maar soms ook niet. Soms ontdekken mensen daardoor bepaalde patronen waar die er helemaal niet zijn omdat het om kansen gaat, bijvoorbeeld als iemand drie, vier, vijf of zelfs zes maal munt (en niet kop) gooit. Of serieuzer: men denkt ergens een kankercluster te zien (en dus ook

een onrechtmatig handelende fabriek, producent, GSM-mast of anderszins) omdat het percentage gevallen van kanker rondom een fabriek, mast of anderszins boven het (landelijk) gemiddelde ligt, terwijl die 'verhoging' gewoon een toevallige (aan statistiek inherente) fluctuatie is. 'Anchoring and adjustment' is vervolgens het proces waarbij degene die over getallen moet beslissen een bepaalde eerste schatting maakt vanuit een zeker vertrekpunt, een aanpassing ten opzichte van dat vertrekpunt doorvoert in die richting die hij denkt te moeten gaan, doch daarbij dan een te geringe aanpassing doorvoert.⁵⁷ Het gevolg is dat, afhankelijk van het gekozen vertrekpunt, elke persoon op een ander getal uitkomt. Dit laatste effect betekent dat een onderhandelaar (bijvoorbeeld een advocaat⁵⁸) er goed aan doet te starten vanuit een extreme positie en (ook in een procedure) bijvoorbeeld een zeer hoge (immateriële) schadevergoeding te vragen. De zogenoemde 'hindsight bias' ('I knew it all along...') is inmiddels een redelijk bekend fenomeen dat hierop neerkomt dat gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld, achteraf als relatief onvermijdelijk en voor de hand liggend beschouwd worden, zonder dat men zich realiseert dat de later verworven kennis van invloed is op dat oordeel.⁵⁹ In

50. Over de voorgaande kwesties, Baron, *a.w.* (1998), p. 5 en p. 8-9. Zie over een aantal van de genoemde intuïties ook Baron, *a.w.* (2008), p. 297 e.v. en p. 406 e.v., en Thaler & Sunstein, *a.w.*, p. 24 e.v.
51. Baron, *a.w.* (1998), p. 9-14. Voor een overzicht ook: R.S. Nickerson, Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises, *Review of General Psychology* 1998, Vol. 2, No. 2, 175-220. Zie over 'overconfidence' (te veel vertrouwen hebben en daardoor te veel risico's accepteren) verder nog Plous, *a.w.*, p. 217 e.v., en Kahneman (e.a.), *a.w.*, p. 287 e.v. R. Korobkin, *Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice*, UCLA School of Law, Research paper no. 05-9, <http://ssrn.com/abstract=689261>, laat zien dat diverse psychologische 'biases' in de weg kunnen staan aan succesvolle bemiddeling.
52. Baron, *a.w.* (2008), p. 1431-144 en p. 203 e.v.; Zie ook P.J. van Koppen, & J.W. de Keijser, *Beslissende Rechter*, in: P.J. van Koppen, H. Merckelbach, M. Jelicic, J.W. de Keijser (red.), *Reizen met mijn rechter*. Deventer: Kluwer 2010, p. 861-873.
53. Zie F. Vallée-Tourangeau, D.M. Beynon en S.A. James, The role of alternative hypotheses in the integration of evidence that disconfirms an acquired belief, *European Journal of Cognitive Psychology*, 2000, 12 (1), 107-129.
54. Vonk (c.s.), *a.w.*, p. 338.
55. Baron, *a.w.* (1998), p. 14.
56. Zie nader over deze en de navolgende 'biases': Baron, *a.w.* (2008), p. 146 e.v., diverse opstellen in Kahneman (e.a.), *a.w.*, p. 23 e.v. en p. 163 e.v.; Plous, *a.w.*, p. 109 e.v.; Vonk (c.s.), *a.w.*, p. 338 e.v.; Thaler & Sunstein, *a.w.*, p. 24 e.v.; en H. Latin, 'Good' Warnings, Bad Products, and Cognitive Limitations, 41 *UCLA L. Rev.* 1193 (1994), p. 1230 e.v.
57. Vgl. Plous, *a.w.*, p. 146; Farnsworth, *a.w.*, p. 230 e.v., en Baron, *a.w.* (2008), p. 380.
58. Vgl. over de rol van de advocaat (in relatie tot jury-rechtspraak in de VS) ook Feigenson, 47 *Hastings L.J.* 61 1995-1996.
59. Plous, *a.w.*, p. 35. Zie verder bijv. Baron, *a.w.* (2008), p. 157-158; Farnsworth, *a.w.*, p. 218 e.v., en B. Fischhoff, For those condemned to study the past: heuristics and biases in hindsight, in: Kahneman (e.a.), *a.w.*, p. 335 e.v.

het aansprakelijkheidsrecht is dit uiteraard van belang als een rechter, vele jaren na het ongeval in kwestie terugkijkend, moet beoordelen of iemands gedrag in het verleden onzorgvuldig was. Omdat men nu weet welke schade dat gedrag kan opleveren en heeft opgeleverd, wordt al bijna verondersteld dat het gedrag toen ook onrechtmatig was.⁶⁰

Minder bekend onder juristen is wellicht de theorie van de 'cognitieve dissonantie'. Die theorie gaat ervan uit dat mensen intrinsiek gemotiveerd zijn om psychologische inconsistenties te omzeilen of verkleinen, en dat kan betekenen dat ze vreemde beslissingen nemen.⁶¹ De spanning veroorzaakt door en de onvrede met hun (onbewuste) inconsistentie leidt ertoe dat mensen hun opvatting of mening herzien om deze in overeenstemming te kunnen brengen, consonant te maken, met hun eigen gedrag.⁶² Een voorbeeld is dat mensen sterker geloven in winstkansen nadat ze op iemand gestemd hebben, of nadat ze geld gezet hebben op een bepaald paard in een paardenrace.⁶³ Dat betekent waarschijnlijk, dezelfde redenering doordenkend, dat indien iemand besluit om een ander te dagvaarden, deze persoon nadien de zichzelf toegedichte winstkansen sterk zal verhogen, uiteraard ten onrechte. Dat is waardevolle informatie voor de praktiserende civielist, bijvoorbeeld als het gaat om het zo goed mogelijk adviseren van cliënten.

4. Nieuwe inzichten voor de beoefening van het privaatrecht

4.1. *Er verscheen inmiddels al redelijk veel moois ...*

Ik hoop en verwacht met het voorgaande overzicht van psychologische effecten, valkuilen en illusies aangetoond te hebben dat (het gebruik van) psychologische kennis behulpzaam kan zijn voor ons juristen, niet alleen in de rechtswetenschap, maar ook in de rechtspraktijk. Recent juridisch onderzoek van vooral wetenschappers – maar ook praktijkjuristen – die dit soort psychologische inzichten in concreto benut hebben voor hun onderzoek en denken, toont dat nut mijns inziens nog sterker aan.⁶⁴

Hoewel het privaatrechtelijke werk op dit vlak, zeker ook in Nederland, nog in de kinderschoenen staat, kan ik dat onderzoek hier niet met enige pretentie van volledigheid uit de doeken doen. Ik verwijs de geïnteresseerde lezer daarom graag naar het vele fraais dat al over en naar aanleiding van het concept van 'procedural justice' is geschreven.⁶⁵ Ik wijs tevens vol bewondering op het proefschrift en de oratie van Kroeze, alsmede op de Tilburgse oratie van Van Boom.⁶⁶ En ik noem hier nog de (vooral door de psychologie geïnspireerde) bijdragen aan de bundel *Gedrag en privaatrecht*⁶⁷ van Van Raaij, Rassin, Luzak, Giard, De Hoon, Pape, Giesen, Van Tilburg, Engelhard/Engelhard, Loonen, Raaijmakers, Van Dijk en Niemeijer/Klein Haarhuis. Daarmee kan de gemiddelde WPNR-lezer wel even vooruit, hoewel er – als gezegd – meer fraai werk te lezen valt.⁶⁸

Om die lezer echter ook een iets concreter voorbeeld mee te geven van wat de psychologie ons in deze leren kan, bespreek ik hier (te) kort (een deel van) de ondernemingsrechtelijke bijdrage van Kroeze in voornoemde bundel.⁶⁹ Kroeze laat daarin de invloed van diverse psychologische fenomenen zien, onder andere die van 'stereotypering' bij de selectie van nieuwe bestuurders of commissarissen. Aan een lid van een bepaalde groep ('mannen') worden eigenschappen toegedicht die bij de groep als geheel horen, en daaraan wordt een kwalificatie (goed of fout) gehecht, welke vervolgens doorwerkt in het oordeel over het individu (als vooroordeel dus). Het gevolg is dat kandidaten die dezelfde achtergrond hebben als de zittende bestuurders, een grotere kans maken geselecteerd te worden. Resultaat daarvan is dan weer dat er meer conformisme zal ontstaan, en dat kan dan bijvoorbeeld leiden tot 'groupthink', te weten kwalitatief slechte besluiten omdat ieder individueel lid van de groep denkt dat hij of zij de enige is met kritiek, die dan niet geuit wordt, zodat alternatieven en mogelijke gevolgen genegeerd worden en zo meer. Een meer divers samengestelde groep ('meer vrouwen in de raad van commissarissen') kan dit tegengaan, en dat kan bereikt worden door bewustwording, door de selectie uit te besteden, of door via zelfregulering of wettelijk ingrijpen 'quota' ('minimaal 40% is vrouw') vast te stellen. Dat laatste is in Nederland nog niet gebeurd, zodat de gevaren van teveel conformisme nog niet uitgebannen zijn.

60. Vgl. W.H. van Boom, J.M. Barendrecht, *Gedrag van toen, normen van nu?*, in: I. Brandt (e.a.) (red.), *Tijd en onzekerheid. BW-Krant Jaarboek 16*, Kluwer: Deventer 2000, p. 45 e.v., en T. Hartlief, *Aansprakelijkheid met terugwerkende kracht*, AA 2005, p. 553 e.v.

61. Met verwijzingen: Plous, *a.w.*, p. 22-23.

62. Zie Kohnstamm/Cassee, *a.w.*, p. 682; Plous, *a.w.*, p. 23-25; Vonk (c.s.), *a.w.*, p. 20-23.

63. Plous, *a.w.*, p. 28-29.

64. Daarbij verdient aantekening dat de invloed van psychologische inzichten op het recht nog erg beperkt is, zelfs in de VS, zie Ogloff, *a.w.*, p. 9-11 en p. 26-27.

65. Zie de literatuur genoemd in noot 34 hiervoor.

66. Zie Kroeze, *a.w.*; M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, oratie EUR, Kluwer: Deventer 2005; Van Boom, *a.w.* (oratie).

67. Van Boom e.a. (red.), *a.w.*

68. Zie bijv. nog R. Giard, *Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht*, *L&S* 20110-2, p. 6 e.v., en G. Low, *The (Ir)relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law: A Perspective from Psychology*, *ERPL* 2010-2, p. 285 e.v., die diverse van de in § 3.2 besproken psychologische fenomenen bespreekt in de context van de harmonisatie van het privaatrecht in Europa.

69. M.J. Kroeze, *Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen*, in: Van Boom e.a. (red.), *a.w.*, p. 423 e.v., met name p. 431-432, 437-438, 445-446, en p. 450-452.

4.2. ... waaruit vele wijze lessen te leren zijn ...

De vervolgvraag die automatisch boven komt, is dan natuurlijk of voornoemde WPNR-lezer hiermee ook verder geraakt. Welke nieuwe invalshoeken, ideeën en inzichten voegt die (cognitieve) psychologie toe aan het privaatrecht en aan de huidige wijze van beoefening van het privaatrecht in praktijk en wetenschap?

Een enkel kijkje in de keuken werd hiervoor al gegeven, maar meer in zijn algemeenheid geldt daarvoor wat ik eerder (§ 2.1) al stelde, namelijk dat elk sprankje extra kennis over de manier waarop mensen in concrete situaties beslissingen nemen, ons iets over menselijk gedrag leert; daarmee is vervolgens elke jurist, ook de civilist, gebaat. Voorop staat wat mij betreft derhalve dat elk psychologisch geïnspireerd inzicht dat, deugdelijk onderbouwd en keurig vertaald naar het privaatrecht (zie § 4.3), noopt tot een nadere overdenking, vervanging, verandering of wijziging van een privaatrechtelijke (gedrags)-norm, bevoegdheid, plicht of regel, om zo tot 'beter' recht te geraken – bijvoorbeeld bij de invulling van de zorgplicht van art. 6:162 BW of art. 7:658 BW⁷⁰ of bij de inrichting van de civiele procedure⁷¹ – winst betekent. Hoe meer en vaker het (privaat)recht langs deze weg verbetert, hoe klein de stap steeds weer moge zijn, hoe fraaier dat is.

Daarbij is overigens nog een belangrijk probleem dat aan die 'heuristics' en 'biases' kleeft – het werd hiervoor in § 3 al aangestipt – dat deze lastig te veranderen zijn. Dit roept de vraag op hoe we vooruit kunnen komen als we weliswaar weten dat we iets 'verkeerd' doen, maar we vervolgens niet kunnen bedenken hoe of bewerkstelligen dat het anders kan of moet. Opnieuw staat hier voorop dat deze 'biases' vaak niet 'verkeerd' zijn. Als ze echter wél verkeerd uitpakken, dan zou een hiervoor in de psychologie aangedragen oplossing voor de betrokkene bijvoorbeeld aanleiding kunnen zijn om van houding te veranderen, om te komen tot 'actively open minded thinking'.⁷² Te kort gezegd komt dat hierop neer:

'It is "open-minded" because it allows consideration of new possibilities, new goals, and evidence against possibilities that already seemed strong. It is 'active' because it does not just wait for these things but seeks them out.'⁷³

Een probleem als dit duidt er echter tevens op dat meer onderzoek, het liefst specifiek voor onze eigen privaatrechtelijke context, naar mogelijke vormen van 'debiasing' wenselijk zou zijn. Daarvoor zijn wij juristen echter afhankelijk van psychologen. Omdat zorgvuldig motiveren dwingt tot zorgvuldig (actief en open) nadenken en juristen juist de vaardigheid om te motiveren aangeleerd hebben, opent zich hier wellicht wel een in potentie interessant samenwerkingssterrein.

Het voorgaande betekent dat er in potentie vele honderdduizenden concrete lessen te leren zijn; een

onvoorstelbaar immens, nog nauwelijks ontgonnen terrein van privaatrechtsbeoefening – met als opdracht: doordenk het *gehele* privaatrecht vanuit (de diverse deelgebieden binnen) de psychologie – ligt braak. Voor de beoefening van dat privaatrecht zou dat evenzeer immense consequenties kunnen hebben; hieraan kunnen immers gemakkelijk een tiental onderzoeksscholen vele opeenvolgende onderzoeksprogramma's wijden.⁷⁴

Zo'n vaart zal het echter niet lopen, ik ben niet naïef. Veeleer voor de hand liggend – en dat is maar goed ook, want het reguliere privaatrechtelijke onderzoekswerk moet vooral doorgang blijven vinden – is dat enkele rechtswetenschappers, en een samenwerkingsverband hier en een onderzoeksgroep daar, zich zullen wijden aan (de bestudering van) de mogelijke doorwerking van psychologische inzichten op het privaatrecht, zodat andere rechtswetenschappers en de praktijk (rechterlijke macht en advocatuur) vervolgens van de resultaten daarvan kunnen profiteren in hun werk. Het belangrijkste gevaar dat hier echter loert, is dat beide onderzoeksrichtingen te weinig oog hebben voor elkaar, dat men te weinig in de gaten heeft en houdt wat de ander aan het doen is en nodig heeft, en dat men dan dus te weinig van elkaars werk profiteert. Dat, zo luidt de belangrijke boodschap voor elke privaatrechtsbeoefenaar, moeten wij te allen tijde zien te voorkomen.

4.3. ... maar het privaatrecht is geen voer voor psychologen

Wat daarnaast ook voorkomen moet worden, is dat de (onjuiste) gedachte zou postvatten dat het gebruik van de resultaten uit andere wetenschappen, zoals de psychologie, ook meteen betekent dat met die extrajuridische resultaten ook het juridische antwoord is gegeven.⁷⁵ Dat is immers helemaal niet het geval en mag ook niet het geval zijn. De extra-

70. Ten aanzien van het gebruik van psychologische inzichten op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, wijs ik bijvoorbeeld nog op de veelgebruikte tournure in arresten van de Hoge Raad dat de dagelijkse omgang met gevaren tot een zekere mate van onvoorzichtigheid leidt (zie bijv. HR 18-9-1998, NJ 1999, 45 (Van Doorn/NBM)) en dat de aangesprokene daarmee rekening had behoren te houden. Ook dat is een thema dat vanuit de psychologie ('human error') bekeken zou kunnen worden. Een aardig startpunt vormt G. Matthews (e.a.), *Human performance: Cognition, stress and individual preferences*, Psychology Press: Hove 2000, p. 141 e.v.

71. Zie bijv. ook J.J. Rachlinski, *Heuristics and biases in the courts: ignorance or adaptation?*, 79 *Or. L. Rev.* 61, die ingaat op de manier waarop rechters omgaan met cognitieve illusies.

72. Zie Baron, *a.w.* (1998), p. 7-8, en Baron, *a.w.* (2008), p. 199 e.v.

73. Baron, *a.w.* (2008), p. 200. Hiermee worden de meeste 'biases' tegengewerkt.

74. Zie ook Ogloff, *a.w.*, p. 22. De uitspraak van J.B.M. Vranken, zie zijn noot (nr. 15) onder HR 19-1-2001, NJ 2011, 524 (Ter Hofte/Oude Monnik Motors) over de vele hectoliters inkt die nog aan 'de omkeringsregel' te wijden zijn, zou daarbij verbleken.

75. Zie al Giesen, *a.w.* (oratie), p. 87 e.v.

juridische, psychologische uitkomst moet namelijk eerst 'terugvertaald' (kunnen) worden en in een juridisch jasje gegoten (kunnen) worden. Er komt, en er moet, een normatieve *kwalificatie* overheen; de uitkomst moet vertaald worden in een eventueel rechtsgevolg.⁷⁶ Als derhalve een psychologisch inzicht wordt losgelaten op het privaatrecht en er daarmee een 'mismatch' blijkt te bestaan tussen wat psychologisch verstandig is en wat het geldende recht ons voorhoudt, betekent dat niet dat het recht 'dus' en 'enkel en alleen daarom' aangepast moet worden. Het recht kent nog altijd zijn eigen, normatieve afweging. Bij die weging is het nieuwe inzicht van belang, want het voegt een element (een nieuw argument) toe aan de totale discussie die daarmee breder en dus rijker wordt.⁷⁷ Maar dat nieuwe inzicht is niet bij voorbaat, en zeker niet op zichzelf, doorslaggevend. Er kunnen goede redenen bestaan om het recht alsnog niet aan te passen. Dit betekent dus dat wij steeds opnieuw voorzichtig moeten zijn met het gebruik van andere wetenschappen; wij kunnen niets klakkeloos overnemen. Het privaatrecht verwordt niet en nooit tot voer voor louter psychologen. Het zal niet verbazen dat het wat mij betreft, ondanks deze belangrijke waarschuwing, toch zinvol is om de exercitie naar het andere, onbekende gebied te ondernemen.⁷⁸ Wat immers in elk geval daarmee bereikt wordt, is dat zodoende allerlei voordien externe gegevens (gegevens die er wel waren, maar niet benut werden) intern gemaakt worden, intern-juridisch, en dat dan op een gefundeerde basis.⁷⁹ Zelfs als een psychologisch inzicht uiteindelijk niet benut wordt, was het van belang; het heeft immers wel tot een hernieuwde afweging geleid die de kracht en de waarde van het doorslaggevende (juridische) argument nog eens voor het voetlicht heeft gebracht.

Om een en ander gestalte te geven, is wel nog nodig, zo liet ik al blijken, dat advocatuur, rechterlijke macht en wetgever voldoende oog hebben voor wat andere disciplines, zoals de psychologie, ons (kunnen) leren, alsmede voor de gevaren van het gebruik daarvan. Daarmee wordt ook helder dat deze nieuwe wijze van denken en onderzoeken ook niet helemaal zonder consequenties voor de rechtsvinding en rechtsvorming zal kunnen blijven. De Hoge Raad zal bijvoorbeeld zijn rechtsvormende taak gedeeltelijk moeten 'herijken' en zijn arresten zoveel mogelijk moeten verrijken met multidimensionale (waaronder: psychologische) kennis en inzichten.⁸⁰ Rechtsvorming pakt immers potentieel verkeerd uit als de rechtsvormers onvoldoende oog hebben voor wat andere disciplines ons kunnen leren en die resultaten niet in de afweging betrekken; dat kan er bijvoorbeeld zo maar toe leiden dat de Hoge Raad voor een gedragsnorm kiest die vanuit de cognitieve psychologie niet te verantwoorden is.⁸¹ Dat betekent dan overigens ook dat de rechterlijke macht (de Hoge Raad voorop), de wetgever én de advocatuur – linksom of rechtsom – sociaalwetenschappelijke kennis in huis (zouden) moeten halen, althans benutten.⁸²

5. Afrondende opmerkingen: 'recht & psychologie' als onderdeel van 'civilologie'

Het zal de lezer niet ontgaan zijn. Ik voel veel voor het benutten van kennis en inzichten uit andere vakgebieden, ondanks de mogelijke bezwaren en gevaren daarvan, omdat ik ervan overtuigd ben dat dit ons veel kennis en inzichten op zal leveren. Dit maakt ons wellicht geen betere juristen maar leidt wel tot beter recht. Dat 'gevoel' strekt overigens verder dan louter de psychologie. In dat verband wijs ik er graag op dat de 'law & psychology'-beweging, waar het om het privaatrecht in Nederland gaat, slechts een onderdeel is, althans lijkt te worden, van wat ook wel ('what's in a name') de 'civilologie' wordt genoemd.⁸³ Die civilology is breder, meeromvattend

76. Uitvoerig en glashelder daarover E. Mertz, Introduction, in E. Mertz (ed.), *The Role of Social Science in Law*, Ashgate 2008 (via ssrn.com/abstract=1711222), de inleiding tot een bundel bijdragen over dit thema, waarin ook beschreven wordt dat het Amerikaanse *Supreme Court* regelmatig gebruik maakt van de resultaten uit de hoek van de 'social sciences', aangeleverd via 'briefs' van 'amicus curiae', bijv. daar waar het gaat over discriminatie. Zie ook Rienhuber, *a.w.*, p. 126 en p. 127 ('need to find a door to enter into the sphere of the law') en over dit thema ook de discussie tussen R.A. Hillmann, *The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages*, 85 *Cornell L. Rev.* 717 (1999-2000), en Rachlinski, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), op p. 753 e.v. In zijn Rotterdamse oratie (november 2010, n.n.g.) vertelde Rachlinski dat de 'law & psychology'-beweging genuanceerder is gaan opereren de laatste jaren. Het oudere stramien ('vertel wat psychologen weten, vindt iets dat verkeerd is in het recht, verander het recht op basis van de psychologie') is bijgeschaafd (vgl. ook Ogloff, *a.w.*, p. 20). Dit raakt m.i. het kernpunt hier, en wellicht voor elke 'Law & ...' beweging, namelijk dat de inzichten uit andere gebieden altijd nog 'vertaald' zullen moeten worden naar het juridische domein.
77. Giesen, *a.w.* (oratie), p. 18-21. Zo ook Smits, *a.w.*, p. 120 e.v., voor wat betreft de rechtsvergelijking.
78. Zo ook de conclusie van Mertz, *a.w.*
79. Zo komen in elk geval suggesties boven en is er feedback, en daarvan kunnen wij juristen vervolgens leren, vgl. Rachlinski, 85 *Cornell L. Rev.* 739 (1999-2000), op p. 757.
80. Ik wees daar, in breder verband, al eerder op, zie I. Giesen, *Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: onbedoelde neven-effecten op de positie en taak van de Hoge Raad*, in: A.M. Hol, I. Giesen & F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, BJu: Den Haag 2011, p. 51-70. Uiteraard onderken ik het 'toekomstkarakter' en ook het mogelijke gevaar daarvan (wat als de Hoge Raad dit 'verkeerd' aanpakt bij gebrek aan 'feeling?'), maar stilstaand komen we niet verder en angst is mijns inziens ook hier een slechte raadgever.
81. Een gedragsnorm die vanuit de psychologie niet hanteerbaar is, omdat daaruit blijkt dat aan die norm feitelijk niet te voldoen is, zou wat mij betreft in beginsel niet als juridische gedragsnorm gebruikt mogen worden, tenzij er sterke redenen van normatieve aard bestaan die dat anders maken. Zie Giesen, *a.w.* (oratie), p. 96.
82. Zie ook E. Bauw, *Rechtspraak in tijden van crisis*, oratie UvA, Amsterdam: Vossiuspers 2010, die pleit voor de intrede van (o.a.) psychologen bij het WB van de Hoge Raad. In die zin ook Giesen, *a.w.* (oratie), p. 92-93, in navolging van J.M. Barendrecht, Jeffrey-arrest, in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, BJu: Den Haag 2003, p. 102.
83. Zie W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij, *Gedrag en privaatrecht: inleiding en verantwoording*, in: Van Boom e.a. (red.), *a.w.*, p. 20.

dan louter de verbinding tussen recht en psychologie. Civilology stelt de bestudering van het civiele recht centraal, niet vanuit zuiver juridisch perspectief, maar met gebruikmaking van inzichten uit sociaalwetenschappelijke disciplines zoals economie, psychologie en sociologie. Dat wil de civilology doen omdat die disciplines, in onderlinge samenhang, onze kennis kunnen vergroten van de gedragsassumpties waar het privaatrecht zich van bedient, de effecten die het privaatrecht heeft op het gedrag van individuen en organisaties en van de betekenis die deze assumpties en effecten hebben voor privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en regeltoepassing.⁸⁴ De in deze aflevering van dit tijdschrift ook besproken 'New Legal Realism' beweging,

en zeker ook de 'Empirical Legal Scholarship', zijn ook hieronder te scharen. Gemeenschappelijk kern van al deze bewegingen is immers een meer vanuit de empirie ('hoe werkt het recht in de werkelijkheid?') ingestoken benadering van het privaatrecht. Dat is mijns inziens ook waar het de komende decennia, en misschien wel de rest van de 21^e eeuw om zal gaan draaien in de rechtswetenschap. Waar de toegenomen aandacht voor de empirie in de gammahoek de norm is geworden in de 20^e eeuw,⁸⁵ zou een meer empirische benadering wel eens dé ontwikkeling voor het recht in de 21^e eeuw kunnen blijken te zijn.

84. Ik ontleen deze omschrijving aan de nieuwe 'Civilologie / Civilology' boekenreeks (onder redactie van W.H. van Boom en I. Giesen) waarin binnenkort een eerste deel zal verschijnen bij uitgeverijen BJu en Eleven. In juni 2011 vond het eerste civilologie-seminar plaats aan de EUR. Meer informatie is bij de auteur verkrijgbaar.

85. Zie de bijdrage van Paul Schnabel in *de Volkskrant* van 18 december 2010 (Wetenschapsbijlage, p. 5).