

## Een dure plicht

Bespreking van het preadvies van Marc Loth “Wat wij vinden wanneer wij waarheid vinden; een rechtstheoretische bijdrage”

H.M. Griffioen<sup>1</sup>, J.E.J. Prins<sup>2</sup>

### Inleiding

Precies drie jaar geleden ging preadviseur Marc Loth op deze pagina's het debat aan over waarheidsvinding in het recht.<sup>3</sup> In zijn kritische bespreking van het boek *Slapende rechters* van de rechtspsychologen Wagenaar, Israels en Van Koppen, betoogde hij dat de zoektocht naar de *waarheid* in het recht langs andere lijnen loopt dan in het wetenschappelijk (empirisch en historisch) onderzoek. De rechter gaat binnen de processuele context op zoek naar de waarheid. Juist daarom kent de waarheidsvinding in het recht een aantal institutionele beperkingen die aan wetenschappelijk onderzoek vreemd zijn.

“Weliswaar is in ons (gematigd) inquisitoire stelsel de waarheidsvinding een rechterlijke verantwoordelijkheid, maar die is ingebed in een juridisch discours waarin ook andere partijen, overwegingen en regels een rol spelen. Daardoor krijgt de waarheidsvinding een institutioneel karakter, die mede berust op wat die partijen hebben ingebracht, de regels over wie wanneer wat mag inbrengen, en niet in de laatste plaats, de redelijke termijn waarbinnen dit alles zijn beslag dient te krijgen.”

Niet verassend riep zijn stellingname diverse reacties op. Niet alleen van de drie rechtspsychologen. Ook van een collega-rechter die suggereert strafrechtelijke waarheidsvinding voor te stellen als de toetsing van hypothesen aan de werkelijkheid en bovendien concludeert dat er geen eenduidige theorie bestaat omtrent de omvang van de waarheidsvindende taak van de strafrechter.<sup>4</sup> De rechtspsychologen vallen over de opmerking van Loth dat de rechter niet aan hypothesetoetsing zou behoeven te doen. Dat zou hij, zo menen Wagenaar, Israels en Van Koppen, nu juist wel moeten doen.

---

<sup>1</sup> Wetenschappelijk medewerker Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) en medewerker Afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden.

<sup>2</sup> Hoogleraar Universiteit van Tilburg, raadslid Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) en redacteur van dit blad.

<sup>3</sup> Marc Loth, “Slapende rechters of dwalende deskundigen”, NJB afl. 18 2009, pp. 1142 ev.

<sup>4</sup> Corné van der Wilt, “Strafrechtelijke waarheidsvinding volgens Marc Loth”, NJB afl. 20 2009, pp. 1449 ev. In zijn reactie op Van der Wilt geeft Loth aan er overigens geen moeite mee te hebben “strafrechtelijke waarheidsvinding voor te stellen als de toetsing van hypothesen aan de werkelijkheid, zoals Van der Wilt graag wil, mits men maar voor ogen houdt dat in een strafrechtelijke context de aard en strekking van die toetsing aan andere criteria voldoet dan in de (empirische) wetenschappen.” (NJB afl. 20 2009, p. 1451 ).

“Onze eis dat de strafrechter altijd ook alternatieve scenario’s moet onderzoeken, is het directe gevolg van de eis om te onderzoeken of de verdachte het te laste gelegde feit heeft gepleegd. De enige manier waarop dat kan worden bewezen, is door het aantonen dat het in redelijkheid niet mogelijk is dat er iets geheel anders is gebeurd.”<sup>5</sup>

De discussie van destijds toont maar al zeer hoe fundamenteel de vragen zijn die de NJV dit jaar aan de preadviseurs heeft meegegeven: wat is waarheid en waarheidsvinding in het recht? Hoe wordt met waarheidsvinding in de afzonderlijke rechtsgebieden omgegaan en zullen we in het recht ooit met zekerheid kunnen vaststellen dat de waarheid aan het licht is gekomen? En zo niet, op welke wijze en met welke garanties kunnen we als juristen de waarheid dan zo dicht mogelijk proberen te benaderen? In zijn rechtstheoretische preadvies maakt Marc Loth bij aanvang de ambities al direct duidelijk: een beantwoording in abstracto van vragen als ‘Wat is waarheid?’ en ‘Hoe vinden wij waarheid?’ zal weinig toevoegen aan het inzicht in de waarheidsvinding in de afzonderlijke rechtsgebieden. “Het onderzoek naar de noties van ‘waarheid’ en ‘waarheidsvinding’ levert nauwelijks pasklare antwoorden op die op uniforme wijze toepasbaar zijn in de verschillende domeinen waarin zij worden gebruikt.” (...) “Misschien is eerder het omgekeerde het geval. In ons taalgebruik binnen en buiten het recht wordt meestal aan de hand van impliciete criteria onderscheiden tussen ware en onware uitspraken. Zodra de waarheid van die uitspraken zelf een issue wordt verandert het debat zodanig van karakter dat het weinig toevoegt aan het taalgebruik dat het uitgangspunt vormde.” Overigens probeert Loth zelf in dit preadvies aan deze ‘ledigheid’ van ultieme waarheidstheorieën te ontsnappen door (in lijn met Wittgenstein) juist te betogen dat de praktijk van het recht en de taal die in die praktijk gebezigd wordt, (waarheids)theoretisch van belang is.

Wie argumenten over nut en noodzaak van een rechtstheoretische bespreking terzijde schuift en het preadvies van Marc Loth ter hand neemt, wordt getrakteerd op een rijkdom aan – lang niet altijd eenvoudige maar wel in een zeer toegankelijk betoog verwoordde – bespiegelingen over het begrip waarheid, de veelheid aan opvattingen die de afgelopen decennia het licht hebben gezien en de relatie met rechtsvinding en rechterlijke oordeelsvorming.

## **2. We spreken niet met één mond**

In de bundel *Contemporary Debates in Epistemology*, geredigeerd door Steup en Sosa, begint Marian David haar zoektocht naar de betekenis van het begrip waarheid met een treffende vergelijking tussen waarheid en fruit : “‘I want truth’ is a bit like ‘I want fruit’. Like

---

<sup>5</sup> Willem Wagenaar, Peter van Koppen & Han Israëls, “Een niet erg wakkere raadsheer”, NJB afl. 20 2009, p. 1447.

fruit, truth comes in pieces. We have separate words for the different sorts of pieces fruit comes in. The pieces truth comes in we can just call *truths*.”<sup>6</sup> Achter ‘waarheid’ gaat een wereld aan ‘waarheden’ schuil. En waar appels en peren lang niet altijd te vergelijken zijn, geldt dat evenzeer voor ‘waarheden’.

Ook Loth laat ons via een korte verhandeling over ‘De taal van waarheid’ bij aanvang van zijn preadvies zien dat achter het ogenschijnlijk zo eenvoudig te hanteren begrip ‘waarheid’ meerdere perspectieven schuil gaan. In ons alledaagse spraakgebruik lijkt het veelal te gaan om allerhande objectieve feiten die vaststaan, claims die we empirisch kunnen onderbouwen, kennis die neutraal is. Hanteren we dit perspectief, dan spreken we de taal van waarheid die de buitentalige en buitenmenselijke werkelijkheid van een objectiverende en gegeven ‘waarheid’ centraal stelt. Waarheid in de zin van een correspondentie van een uitspraak met de werkelijkheid. Dit is de taal van beleidsambtenaren die het buzz woord ‘evidence based’ in de mond nemen (bewijs voor beleid), politici die oproepen tot *fact based politics* en wetenschappers die onderzoek doen binnen een maatschappelijk topinstituut voor evidence based onderwijs.<sup>7</sup> Maar wie om zich heen kijkt, ziet dat ons handelen en de wensen van onze samenleving van meer kwesties afhangen dan keiharde gegevens die aan de hand van empirisch onderzoek zijn aan te dragen. Bij allerhande kwesties beoordelen burgers, politici maar ook rechters de wereld immers niet uitsluitend vanuit de rationaliteit van een neutrale werkelijkheid. Ze zullen hun standpunten soms ook innemen vanuit een meeromvattend verband tussen deze werkelijkheid en de sociale gemeenschap waarvan mensen deel uitmaken en waarin de werkelijkheid duiding krijgt. Zo krijgt ‘de waarheid’ over niet alleen beladen maatschappelijke en politieke kwesties (wel of niet strenger straffen), maar ook over relatief simpele aangelegenheden eveneens kleur aan de hand van waarden en voorkeuren die we als lid van een gemeenschap hanteren. Vanuit onze positie in een gemeenschap selecteren, accentueren, duiden en articuleren we aspecten van de waargenomen werkelijkheid als zijnde relevant en irrelevant. Feiten en normatieve opvattingen worden zo verbonden tot ‘de waarheid’.

In het recht, zo stelt Loth, zijn beide perspectieven aan de orde en onlosmakelijk met elkaar verbonden. Hier “staat de regulering van menselijke verhoudingen centraal, hetgeen primair onze positie als lid van een gemeenschap raakt. Tegelijkertijd reguleert het recht sociale verhoudingen onder meer door rechtspraak waarin bindende uitspraken worden gedaan over concrete gebeurtenissen. Om die reden zijn in het recht niet uitsluitend sociale verhoudingen aan de orde, maar tevens onze verhouding tot de werkelijkheid.” (p. 4) Simpel en triviaal gezegd, we kunnen niet om de vraag heen of de verdachte het gedaan heeft – in de strafrechtelijke termen die voor dergelijke kwesties nogal dominant zijn.

---

<sup>6</sup> Marian David, “Truth as the Primary Epistemic Goal: A Working Hypothesis”, in *Contemporary Debates in Epistemology*, (Matthias Steup, Ernest Sosa), Blackwell 2005, p. 296.

<sup>7</sup> Top Institute for Evidence Based Education Research – TIER.

Die verhouding tot de (sociale c.q. 'werkelijke') werkelijkheid heeft natuurlijk deels ook van doen met onze persoonlijke opvattingen over die werkelijkheid. En dat brengt voor de rechtspleging natuurlijk de – overigens niet door Loth meegenomen – vraag met zich mee welke rol de persoon van de rechter en diens maatschappijvisie speelt. Is de rechter bij de zoektocht naar (de) waarheid een neutrale factor en doen diens individuele opvattingen er niet toe? Of is, zoals de oud-raadsheer in de Hoge Raad wijlen Frank van Bunschot het formuleerde, niemand waardevrij en neemt iedereen, ook een raadsheer bij de Hoge Raad, "...zo zijn eigen bagage mee."?<sup>8</sup> Overigens staan rechters daar lang niet altijd bij stil, aldus Paul van Amersfoort (eveneens oud-raadsheer bij de Hoge Raad) tijdens een : "De intuïtie van de rechter is – onbewust – mede gebaseerd op een opvatting over wat wenselijk recht is."<sup>9</sup> Nog afgezien hoe men in het debat over de invloed van de maatschappijvisie van de rechter staat, de onbepaaldheid van het recht verlangt van de rechter dat hij het recht gegeven de sociale context uitlegt, waarmee ook feiten uit de werkelijkheid binnen deze context waardering krijgen. Dat daarmee ook de persoon van de rechter een factor van (enige) betekenis is, lijkt welhaast onontkoombaar.

Met de wetenschap dat waarheid een meervoudig begrip is, neemt Loth de lezer vervolgens mee naar de geschiedenis van het waarheidsbegrip en laat hij zien dat deze geschiedenis nauw verbonden is met die van de empirische wetenschappen (paragraaf 3). Met de bloei van de natuurwetenschappen, genoot ook het onvoorwaardelijk geloof in de mogelijkheden van objectieve wetenschap als oplossing van maatschappelijke problemen een enorme populariteit. Gedurende drie decennia (vanaf de eerste helft van de 17<sup>e</sup> eeuw tot het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw) wisten de idealen van rationaliteit en objectiviteit het wereldbeeld en het debat over waarheid te domineren, met Descartes, Leibniz en Newton als prominente pleitbezorgers. Maar het wetenschappelijk vooruitgangsgeloof en de idealen van zekerheid en voorspelbaarheid, werden aan het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw ernstig op de proef gesteld. Zowel politiek-maatschappelijke ontwikkelingen (de twee wereldoorlogen) als nieuwe natuurwetenschappelijke inzichten (Bohr, Heisenberg) maakten duidelijk, dat de waarheid het niet uitsluitend van een onbetwifelbare empirische rechtvaardiging kan hebben. In de periode die volgt, wint dan ook het belang van discursieve kennis sterk aan invloed en verdedigen postmodernisten als Rorty dat waarheid niet langer is te beschouwen als correspondentie met de buitenmenselijke werkelijkheid (waarheid-als-correspondentie), maar als coherentie binnen een geheel van uitspraken en intersubjectieve overeenstemming (waarheid-als-coherentie). Tussen deze uitersten zoeken anderen naar een balans. En bij de

---

<sup>8</sup> Interview met Frank van Brunschot, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2006, p. 982.

<sup>9</sup> Paul van Amersfoort, "Rechterlijke besluitvorming. Factoren die de besluitvorming beïnvloeden, en de invloed van specialisatie", bijdrage Fiscale conferentie (zie voor het verslag van deze conferentie *Weekblad Fiscaal Recht*, 28 april 2011, pp. 604-609).

zoektocht naar deze balans tussen theorie en praktijk, tussen logica en retorica en tussen rationaliteit en redelijkheid, wordt tegelijkertijd erkend dat verschillende domeinen (mathematica, filosofie, literatuur en recht) verschillende opvattingen over rationaliteit en rechtvaardigheid kunnen hanteren. “Waarom zou het niet mogelijk zijn om realistisch te zijn in de context van de exacte wetenschappen, perspectivist in de ethiek en het recht, en pragmatist in de literatuurwetenschap?” aldus Loth (p. 9).

### 3. Loths waarheid als regulatief idee

Te midden van de veelheid aan theorieën over het waarheidsbegrip die in de loop der jaren zijn ontwikkeld, relateert Loth het belang van het streven naar een eenduidige definitie. Om meerdere redenen heeft het, aldus de preadviseur, weinig zin om in metafysische zin via het formuleren van een aantal noodzakelijke en voldoende voorwaarden de inhoud en reikwijdte van het begrip waarheid te definiëren. Allereerst is het zinloos omdat een eenduidige definitie tekort schiet zodra we een uitspraak moeten doen over een situatie die getuigt van enige complexiteit. Zelden of nooit is in dat soort situaties sprake van uitsluitend correspondentie met een buitentalige werkelijkheid of coherentie met andere ware uitspraken of proposities. Loth illustreert zijn punt aan de hand van de bewezenverklaring van een strafbaar feit: “De waarheid van een bewezenverklaring bestaat voor een deel in de samenhang tussen de bewijsmiddelen (coherentie) en voor een deel in de relatie tussen bewijsmiddelen en de werkelijke toedracht (correspondentie).” (p. 10). Een tweede reden waarom een definitie van het waarheidsbegrip niet voor de volle 100% soelaas biedt, is dat het ons weinig te bieden heeft als we voor de vraag komen te staan *wanneer* nu exact een uitspraak waar is. Om deze vraag te beantwoorden, zullen we veeleer op zoek moeten gaan naar criteria aan de hand waarvan we kunnen beoordelen of een uitspraak gerechtvaardigd voor waar gehouden mag worden. In dit geval gaat het kortom niet zozeer om een waarheidstheorie als wel om een rechtvaardigingstheorie. Met de vaststelling dat zowel de waarheidstheorie (*wat* is waarheid) als de rechtvaardigingstheorie (*wanneer* is een uitspraak waar) van belang zijn, zien we ons vervolgens geconfronteerd met de vraag hoe beide zich tot elkaar verhouden. Sommigen (Kirkham) menen dat de rechtvaardigingstheorie het niet zonder de waarheidstheorie kan stellen. Met andere woorden en toegespitst op het recht: het is onmogelijk om over waarheidsvinding in het recht te schrijven zonder eerst de keuze te maken voor een (metafysische) waarheidsdefinitie (waarheid-als-correspondentie dan wel waarheid-als-coherentie). Loth toont zich minder streng en bepleit een, wat hij noemt, ‘waarheidstheoretisch agnosticisme’. Het waarheidsbegrip speelt in het recht weliswaar een centrale rol, maar deze kan tamelijk terughoudend worden omschreven: het begrip vormt “het definiërende doel van ieder onderzoek naar de toedracht van de feiten en vormt als zodanig een regulatief idee.” (p. 12) Als we het waarheidsbegrip als regulatief idee opvatten, aldus Loth, hebben we niet meer nodig dan de intuïtieve aanname dat die waarheid bestaat in overeenstemming met de buitentalige werkelijkheid. Wie dit standpunt van Loth omarmt,

moet wel vaststellen dat het spanning oplevert met het uitgangspunt dat de rechter zijn bewijsoordeel niet op intuïtie mag baseren. Voor Loth impliceert zijn bepleite terughoudendheid dat we ons vervolgens verre kunnen houden van de vrijwel onmogelijk te beantwoorden vraag of het daarbij dan om waarheid-als-correspondentie of waarheid-als-coherentie gaat. Vanuit de intuïtieve aanname dat ook in het recht waarheid bestaat in overeenstemming met de buitentalige werkelijkheid, komt waarheidsvinding in het recht neer op een *onderzoek* naar de werkelijke toedracht van een historische gebeurtenis en de rechtvaardiging van een bewijsoordeel over die gebeurtenis.

#### 4. Waarheidsvinding in het recht

Vanuit de vaststelling dat waarheidsvinding in het recht neerkomt op onderzoek naar de werkelijke toedracht van een voorval of gebeurtenis, belanden we bij de vraag hoe de rol van het waarheidsbegrip dan nader valt te specificeren. Volgens Loth is het belangrijk hierbij een onderscheid te maken tussen het externe perspectief van de toeschouwer van het recht enerzijds en het interne perspectief van de deelnemer aan die praktijk anderzijds. Wie vanuit het eerstgenoemde perspectief kijkt, ontwaart een bonte verzameling van claims op waarheid. Ieder van deze claims is relatief, in de zin dat ze afhankelijk zijn van de eigen interpretatie van zowel de feiten als de toepasselijke rechtsregels. Kijken we echter vanuit het interne perspectief, dan komt behalve de individuele interpretaties van de waarheid, ook in beeld het belang van de inbedding en voortzetting van het grotere verhaal van het recht als relevante factor voor het vaststellen de waarheid. “De rechter beslist door te oordelen wat het *beste* verhaal is, dat wil zeggen, de meest coherente weergave van de best verdedigbare interpretatie van het recht en de meest plausibele weergave van de feiten.” (p. 16) Met een verwijzing naar Dworkin (er zijn weliswaar verschillende interpretaties van het recht verdedigbaar, maar er is toch slechts één *right answer*), concludeert Loth dat het waarheidsbegrip in het recht vanuit het interne perspectief van de deelnemer een rol als regulatief idee vervult: “Het rechterlijk oordeel behelst niet alleen de beste voortzetting van het recht, maar tevens de meest plausibele toedracht van de feiten.” (p. 17). Natuurlijk streeft de rechter naar een feitenrelaas dat op waarheid berust, aldus de preadviseur. Maar hij weet bij zijn oordeel nooit zeker of hij dat in het voorliggende geval ook daadwerkelijk heeft bereikt. Het vaststellen van die ene, absolute waarheid zou “an imaginary judge of superhuman intellectual power and patience” vereisen (Dworkin). Natuurlijk, zo erkent Loth, worden we met het waarheidsbegrip als regulatief idee achtervolgd door hardnekkige vragen als ‘weten we ooit met zekerheid of wij de waarheid kennen?’ In absolute zin zullen we het antwoord inderdaad veelal schuldig moeten blijven. Maar de rechter kan het antwoord heel wel bieden met de zekerheid die in de voorliggende beslissingscontext van hem wordt verlangd.

Het uitgangspunt dat er slechts één *right answer* is, komt natuurlijk wel op scherp te staan wanneer – zoals wij hierna onder het kopje ‘processuele context’ nader bespreken – een

buitenstaander de gegeven interpretatie van de feiten niet deelt. De redenering van Dworkin is immers de uitweg om de ‘mogelijkheid van toegang tot de werkelijkheid’ niet radicaal te behoeven te problematiseren. Die noodzaak is er niet langer als men werkt met de gedachte dat de goede rechter slechts gradueel en niet kwalitatief verschilt van de ‘goddelijke’ rechter. Het *superhuman* duidt op een bovennatuurlijke ‘reken capaciteit’ (een soort Deep Blue die het wint van de computationeel beperkte Kasparov – de voormalig wereldkampioen schaken).

Opvallend is overigens ook dat Loth op deze plaats in zijn betoog nadrukkelijk wijst op de rechtsvormende rol van de rechter (“Tegelijkertijd behelst de uitspraak van de rechter niet alleen een keuze tussen de verhalen van beide partijen, maar tevens een voortzetting van het grotere verhaal van het recht”, p. 15), terwijl hij voor het overige in zijn preadvies uitsluitend aandacht heeft voor diens geschilbeslechtende rol. Vanuit de definitie van ‘waarheid’ die hij aan het slot van zijn betoog propageert (vgl. ook het vraagpunt dat hij aan de NJV-vergadering voorlegt<sup>10</sup>) zou het daarom belangwekkend zijn geweest te vernemen hoe Loth de relatie ziet tussen enerzijds zijn - uitsluitend op de geschilbeslechtende rol gebaseerde - werkbegrip van waarheid (“‘Waarheid’ kan daarom voor alle praktische doeleinden in het recht worden beschouwd als de best mogelijke uitkomst van het best mogelijke feitenonderzoek”) en anderzijds het belang van de rechtsvormende rol van de rechter. Diverse – voor vele rechters herkenbare – vragen blijven daarmee onbeantwoord in dit preadvies: welke verantwoordelijkheid heeft de rechter waar het gaat om de inbedding van de uitkomst van het feitenonderzoek en daarmee ‘het bewijs van de waarheid in een concrete zaak’, in het grotere verhaal waarin deze ene zaak (en uitspraak) betekenis krijgt? Hoe verhoudt het algemene belang van de rechtsontwikkeling zich tot de morele plicht van de rechter (aldus Loth) om het feitenonderzoek zo goed mogelijk in te richten en uit te voeren en aldus de waarheid zo dicht mogelijk te benaderen? En tenslotte, bij rechtsvorming blijft het immer een intrigerende vraag hoe de rechter denkt toegang te hebben tot maatschappelijke opvattingen. Hoe leest hij de *signs of the times* en wanneer kun je zeggen dat de uitspraken die de rechter daarover doet – ter rechtvaardiging van het feit dat hij ‘om’ gaat o.i.d. – *waar* zijn?

## 5. Waarheid als output: bewijsvoering in een processuele bedding

---

<sup>10</sup> Ter toelichting op zijn vraagpunt stelt Loth: ‘Waarheidsvinding *begint* met een onderzoek naar de feiten, *bestaat* in de toetsing van een verklarende hypothese en de rechtvaardiging van een bewijsoordeel, *wordt beheerst* voor de processuele context van het onderzoek en het daarin gehanteerde kennissysteem, en *resulteert in* niets minder dan de waarheid (althans wat wij daarvoor houden). ‘Waarheid’ kan daarom voor alle praktische doeleinden in het recht worden beschouwd als de best mogelijke uitkomst van het best mogelijke feitenonderzoek.’

Zoals de discussie over het boek *Slapende Rechters* al liet zien, is de processuele context voor Loth de onderscheidende karakteristiek van de rechterlijke waarheidsvinding. Onderscheidend zowel ten opzichte van de manier waarop de empirische wetenschap feiten vindt, als ten opzichte van de manier waarop proposities in het normale maatschappelijke verkeer voor waar worden gehouden. In een citaat van De Bock wordt dit kort maar krachtig uitgedrukt: “de kern van de processuele inbedding van de waarheidsvinding is de gerichtheid op het nemen van een beslissing.” Daardoor “transformeert” het rechtsproces “de historische werkelijkheid naar een procedurele werkelijkheid” (Loth citeert hier Crijns) als ware het een soort trechter. Opvallend is dat Loth bij deze gelegenheid, anders dan bij de eerdere discussie met Wagenaar, Israëls en Van Koppen, de scherpe kantjes van dit transformatieproces buiten beeld houdt. Dit heeft wellicht te maken met zijn gestelde overtuiging dat een rechtsfilosofische analyse (in ieder geval met betrekking tot het onderwerp ‘waarheid’) zo abstract is dat er niets aanstootgevends meer aan kan kleven. In het onderhavige preadvies is dat misschien een *self fulfilling prophecy* geworden. Dat is in ieder geval anders bij het recente boek *The Making of Law* van de filosoof-socioloog Bruno Latour.<sup>11</sup> Aan de hand van een fijnzinnige etnografische analyse van de gang van zaken bij de Franse *Conseil d’État* – het proces van transformatie van waarheid zagezegd volgend van postkamer tot paperclip – komt hij tot opmerkelijk anachronistische gevolgtrekkingen ten aanzien van de objectiviteit die het recht te bieden heeft. Hoewel Latour het niet met zoveel woorden zegt, komen de rechterlijke taak en het proces van rechterlijke oordeelsvorming als fundamenteel onreducerbare zaken naar voren. Principieel onnavolgbaar voor een empirische wetenschapper, of eigenlijk voor alle buitenstaanders. De deskundige in het rechtsproces wordt als een soort indringer neergezet, waar de rechter niet al te zeer het oor naar moet laten hangen.

De scherpe kantjes van het fenomeen ‘processueel gegenereerde waarheid’ passeren overigens bij Loth wel degelijk de revue, zij het weinig geprononceerd. Hij bepreekt bijvoorbeeld dat waarheidsvinding als belang moet worden afgewogen tegen andere processuele belangen, en dus mogelijk het onderspit kan delven. Ook analyseert hij het rechterlijk oordeel aan de hand van Wittgenstein als een *daad* – in plaats van een cognitief proces – welke vereist dat ‘iets’ (het bewijs) als onbetwifelbaar wordt neergezet. Dit zijn als het ware contrafactische elementen van het rechtsproces die van buiten bezien bevreemding kunnen wekken. Maar het meest van al zorgt recentelijk de *finaliteit* van het rechterlijk oordeel voor beroering. Rechtelijke dwalingen en de herziening van definitieve oordelen kunnen op veel publiciteit rekenen. Een uitgangspunt als ‘Het moet een keer klaar zijn; het argumenteren moet een einde hebben’ wordt wellicht in algemene zin nog wel onderschreven, maar als het in een individuele zaak gaat knellen lijkt deze hoe dan ook te moeten wijken. Dat zijn discussies die absoluut gevoerd moeten worden, maar wat zich

---

<sup>11</sup> B. Latour, *The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d’État*, Cambridge: Polity 2010 (vertaling van *La fabrique du droit*).



vanuit de thematiek van het preadvies in ieder geval laat vaststellen is dat ‘processueel gegeneerde waarheid’ in dit opzicht (maatschappelijk) aanstootgevend is geworden. Loth bespreekt de opkomst van ‘hulprechters’ in de publieke opinie niet echt, maar als we deze doordenken vanuit de observaties die hij plaatst, komt de spanning die deze ontwikkeling oplevert wel scherp op het netvlies. In aansluiting op Dworkin stelt hij immers dat het rechterlijk oordeel (inclusief de bewijsvoering), vanuit een intern perspectief op de waarheidsvinding neerkomt op de selectie van het *beste* verhaal. Maar, zo voegen wij toe, de rechter kan niet zonder gezag, en dus moeten de uitkomsten van dit interne perspectief communiceerbaar en te aanvaarden zijn. Onze (moderne) tijd lijkt te vereisen dat passieve maatschappelijke aanvaarding (‘het zal wel het beste verhaal zijn’) wordt vervangen door actieve maatschappelijke aanvaarding (‘dit is inderdaad het beste verhaal’), en automatisch gezag door ‘verdiend’ gezag.<sup>12</sup> Dat is een enorme uitdaging, en dan drukken we ons nog zacht uit. Loth constateert het zelf: vanuit extern perspectief doemt er altijd een overvloed aan verschillende ‘waarheden’ op.

Wij zouden kortom benieuwd zijn naar Loths visie op de manier waarop het recht zou moeten reageren op de maatschappelijke tendens om de rechtstoepassing – onder de vlag van transparantie, navolgbaarheid e.d. – binnenstebuiten te keren. Dat het recht ‘zijn beloop moet hebben’ betekent tegenwoordig geenszins dat tussentijdse bemoeienis is uitgesloten. Die kwestie is zeker niet wezensvreemd aan de thematiek van het preadvies. We hoeven slechts het bekende adagium van *res judicata* uit te schrijven om dat te zien. Voluit heet het *res judicata pro veritate habetur* (‘[...] heeft te gelden als waarheid’). Loth heeft het wel over wat de rechter doet als hij iets “voor waar houdt”, maar een veel pregnanter punt is dat de rechtstraditie veronderstelt dat wij allemaal (als burgers) de uitkomsten van een (definitief geworden) rechterlijke procedure in principe “voor waar houden”. Met andere woorden, de rechterlijke waarheidsvinding is traditioneel uitermate *geprivilegieerd* ten opzichte van andere vormen, maar dat privilege moet in onze tijd op last van ‘de maatschappij’ worden afgebouwd, zonder dat wij weten hoe we dat moeten aanpakken. Natuurlijk, we kunnen morrelen aan herzieningsregelingen, maar dat neemt de spanning niet weg.

## 6. Rechtvaardiging als publieke functie

Daarmee is niet gezegd dat een soort vacuüm zou moeten worden bevochten voor het rechterlijk bewijsoordeel. Dat bewijsoordeel is immers principieel publiek van karakter. En als zodanig nodigt het uit tot kritiek. Loth gaat ook uitvoerig in op de *rechtvaardiging* van bewijs; de centrale rol van rechtvaardiging is als het ware zijn kompas bij de rondgang langs de waarheidstheorieën die wij hiervoor aanstipten. Rechtvaardiging is een kwestie van het

---

<sup>12</sup> Vgl. A-G Knigge in zijn Vordering inzake Lucia de B. (herziening); HR 07-10-2008, NJ 2009, 44, m.nt. P.A.M. Mevis, §3.2.2.

vinden van voldoende zekerheid, niet van absolute zekerheid. Hij onderscheidt hierbij allerlei aspecten in de rechterlijke oordeelsvorming, die hij identificeert aan de hand van de historiografische theorie van Behan McCullagh. Het preadvies is in deze fase niet overal even goed te volgen: wat maakt “het geven van redenen” nu bijvoorbeeld zo anders als het “vaststellen van bewijs”? Een ander, meer basaal onderscheid blijft verborgen, namelijk tussen hoe de rechter zelf overtuigd raakt en hoe hij dit vervolgens verantwoordt. Die verantwoording is een soort veruitwendiging – in het vonnis – van de overtuiging die zich heeft genesteld. Voor dit publieke aspect van het bewijs doet het innerlijk van de rechter minder terzake. Sterker nog: als het innerlijk van de rechter, in de vorm van beweegredenen en motivaties, ter sprake komt is dit meestal een teken dat er iets niet goed zit, in ieder geval in de ogen van degene die het ter sprake brengt. Het Gerechtshof ‘s Gravenhage zou Lucia de B. per se hebben willen veroordelen omdat men ervan overtuigd was dat zij een “monster” was, zo werd gezegd. Misschien was dat inderdaad zo, misschien niet, maar in ieder geval toont zo’n bewering aan dat het publieke aspect van het bewijs (de *bewezenverklaring* en de onderbouwing daarvan) als ontoereikend werd ervaren.

In het preadvies lopen de innerlijke overtuiging omtrent het bewijs en de uitwendige manifestatie daarvan nogal door elkaar. Dit speelt met name bij wat Loth de morele verantwoordelijkheid van de rechter noemt. Hier behandelt hij “waarheidsdeugden” zoals accuraatheid en eerlijkheid. Het geeft uiteraard geen pas om het belang daarvan te relativiseren. Maar het blijft wel onduidelijk wat het bewijsrecht, als een sterk veruitwendigd taalspel of systeem van regels, dan precies met deze nogal innerlijke categorieën aan moet vangen. Het zal in het licht van de toegenomen turbulentie rond de rechterlijke macht steeds meer aankomen op een adequate *publieke* bewijsvoering, waarbij hopelijk de veronderstelling dat het met het innerlijk van de rechter behoudens contra-indicaties wel goed zit, nog enigszins overeind zal blijven.

## 7. Slot

De Nederlandse Juristenvereniging heeft een mooi, zeer actueel maar zeker ook complex onderwerp voor de jaarvergadering geagendeerd. Preadviseur Marc Loth heeft met zijn rechtstheoretisch preadvies absoluut een rijke en inspirerende voorzet voor de discussie van a.s. acht juni gegeven. En wie de laatste bladzijde ervan tot zich heeft genomen, kan niet anders dan instemmen met een observatie die Hans Nieuwenhuis ruim vijf jaar geleden aan het papier toevertrouwde: “Wat is waarheid. Ongemerkt zijn wij terechtgekomen bij een andere vraag: wat is wijsheid? Wijsheid is in ieder geval het inzicht dat de waarheid van het recht zelden enkelvoudig is.”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Hans Nieuwenhuis, *Waar toe is het recht op aarde?*, Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 138.

